*Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

Maestros del Derecho Penal

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

Santiago Mir Puig

# INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL

2da edición

editorial IB de f
Montevideo - Buenos Aires

# INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. SANTIAGO MIR PUIG

Director del Departamento de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Barcelona

# INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL

*Concepto y método*

*2da edición*

*Reimpresión*

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

*2003*
*Julio César Faira - Editor*

I.S.B.N.: 987-1089-02-3

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 5

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.

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Buenos Aires 671 (C.P. 11.000), tel.: 916-6521 y telefax: 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (CPA C1431AAP), tel.: 4523-6225
Tucumán 1484, 9° "C" (CPA C1050AAD), tel.: 4371-7936 y telefax: 4371-7510
e-mail: euros@ciudad.com.ar

*Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.*

Impreso en la Argentina, en el mes de mayo de 2003 por:
Mac Tomas, Murguiondo 2160, Buenos Aires. Tel.: 4686-0106

*A Juan Córdoba Roda,*
*mi maestro.*

# PRESENTACIÓN

*¿Todo tiempo pasado fue mejor? A quien le parezca una indagación grotesca, propia de quienes se disconforman con aquello que definen como "presente", buscando refugio en un pasado que sólo tiene de atractivo el "haber sido", le sugerimos sin embargo un pequeño ejercicio de confrontación histórica, uno de cuyos extremos vendría propuesto por el momento actual que revulsiona a la ciencia del derecho penal, y cuya retrospectiva de referencia no debiera superar cuanto de ella se profesaba en los años setenta.*

*Precisamente, el libro que aquí se presenta vio la luz en su primera edición en el año 1976.*

*Por entonces, los cultores hispanohablantes más caracterizados no dudaban en transitar un modelo de explicación fuertemente influido por las construcciones que fueran legatarias del neokantismo, de las cuales, sin embargo, no supieron extraer mayormente sus riquezas. Aun por entonces (¿sólo por entonces?), la veneración del pensamiento positivista reproducía el ceremonial de su liturgia bajo la revelación de "una verdad" legislativa, para beneplácito de la feligresía devota que refractaba de su aparato ritual las concretas preocupaciones de quienes pecaban. La misa continuaba pronunciada en latín. Fuera del templo, discurría una vida extraña.*

*La metáfora no sería completa si no se incluyera la herejía. Pareció pues encarnada en la aportación ontológica del finalismo.*

*En Buenos Aires, Enrique* BACIGALUPO *y Raúl* ZAFFARONI *fueron quizá sus máscaras visibles más representativas, mientras en Latinoamérica agonizaban sus libertades más caras.*

*En España, y bajo la poderosa ascendencia de* ROXIN, *alguien sin embargo comenzó por ocuparse de las bases metodológicas valorativas fundamentales de la ciencia del derecho penal, sustrayendo el valor de*

*sus relicarios habituales, para exponerlo bajo la radiación directa de la política.*

*Y en su afán, naturalmente, hubo de acuñar conceptos de cuya procacidad, si bien no existe registro empírico, cabe ya suponerla como experiencia vivida –acaso sufrida– en el escenario científico de su tiempo.*

*Santiago MIR PUIG –pues naturalmente es quien viene aludido– elaboró un programa epistemológico bajo la tímida rúbrica que da bautizo a la obra hoy reeditada. La humildad de su propuesta no tarda en comprobarse ni bien el lector avanza en sus capítulos, cuyo riguroso tratamiento no ahorra exhaustividad temática, ni retacea citas ni opiniones, tanto como no se permite ocultar su –ya por entonces– singular "toma de postura" personal.*

*Un modelo de derecho penal que luego, en obras sucesivas, habría de conectar como derivado político del Estado social y democrático de Derecho, y que hoy hasta sabe a nostalgia cuando se toma conciencia del vértigo de esta época y sus reclamos de punición.*

*En el libro cuya reedición presentamos, el profesor MIR PUIG intentaba fundamentar las bases del derecho penal sobre principios racionales derivados de una concepción histórica política concreta: la del llamado Estado social y democrático de Derecho, lo cual, en ese entonces, como el mismo autor lo manifestara luego, representaba una opción valorativa que, si bien gozaba de consenso discursivo en el ámbito cultural, significaba una propuesta política criminal de interpretación, sobre todo de la dogmática y de la función de la pena. Al poco tiempo, la consagración constitucional de dichos principios en la Constitución española le dio positivización como principio valorativo supremo que debe orientar toda elaboración dogmática del derecho penal* (*cfr.* Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, *Bosch, Barcelona).*

*Podríamos decir que en toda la extensísima y valiosa obra del profesor MIR PUIG se trasunta con raro equilibrio esta pretensión de dar cuenta del "desencantamiento" de la modernidad, es decir, de traducir la tensión entre facticidad y validez en un derecho penal que ya no puede recurrir a incondicionales teológicos ni derivados de la tradición, sino que debe fundamentar su propia legitimidad como refuerzo coactivo de los consensos comunicacionales básicos en sociedades pluralistas y anonimizadas.*

*Recoge entonces el profesor* MIR PUIG *los mejores aportes del neokantismo en su versión sudoccidental alemana: la superación del naturalismo como único paradigma científico por el dualismo metodológico de las "Geistwissenschaften" , mas allá de las disputas sobre el relativismo valorativo o el subjetivismo epistemológico.*

*Pero, al mismo tiempo, el acento en lo normativo de la dogmática no aísla sino conjuga el mundo de la norma en clave sociológica, sin que este sincretismo metodológico disuelva la ciencia del derecho en las ciencias sociales.*

*La complementariedad de la dogmática con las ciencias sociales, su función creadora o continuadora de la ley, su controlabilidad en términos de argumentación racional por sobre las críticas del positivismo lógico, la negación de todo substancialismo de corte iusnaturalista, pero partiendo de principios mínimos indisponibles que hacen a la calidad de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales, en suma la síntesis en clave política criminal de la tensión entre "principialismo-consecuencialismo" ante el desafío del poscapitalismo globalizado, estaban ya magistralmente planteadas en esta obra temprana del profesor* MIR PUIG, *lo que amerita sobradamente esta reedición.*

*No habría de comprenderse a cabalidad la trayectoria de este significativo jurista, si se prefiriese sortear la lectura de esta obra bajo el pretexto de tomarla como derivado de un contexto ya superado.*

*Aun cuando su vertiginosa creatividad de científico lo condujera luego por la senda de propuestas modélicas menos atractivas que aquellas otras que ofreciera respecto del tratamiento del sistema conceptual orientado a definir lo prohibido y lo castigado, su* Introducción . . . *ha mantenido el mismo vigor de sus años tempranos. Y mucho más que ello. Ha logrado jerarquizar el esfuerzo que supuso, a la vista de cuanto sobreviniera, revelándose como premonitoria.*

*Sólo quizá las aportaciones de un funcionalismo sistémico radicalizado acaben por tomar distancia de muchas de sus premisas o más aun, tal vez estas últimas se exhiban inimaginables como proposiciones de las conclusiones de aquél. No existe sin embargo mejor receta para valorar responsablemente la plausibilidad que mereciera este nuevo desafío científico, que la gozosa experiencia valorativa a que invita el texto que el lector tiene entre manos.*

*El edificio de la ciencia del derecho penal se mostrará tan sólido como firmes sean sus bases. Las que propone el autor y aquí se recuer-*

*dan, calan con hondura la superficie social, prometiendo construcciones de elevado nivel, con garantía de perennidad.*

*Si el ejercicio propuesto fuese acaso de alguna utilidad, quizá el lector pueda entonces arriesgar una respuesta al interrogante inicial. Nosotros ya contamos con ella.*

RICARDO CARLOS MARÍA ÁLVAREZ
JORGE A. L. GARCÍA
ENRIQUE U. GARCÍA VITOR

Universidad Nacional del Litoral
(Santa Fe, República Argentina)

# PRÓLOGO
## A LA EDICIÓN DE 2002

*Mi estimado colega Enrique U. García Vitor me pide un prólogo de presentación. Pero lo primero que debo hacer es expresarle a él y a las demás personas que han impulsado esta nueva edición de mi obra –Ricardo Carlos María Álvarez y Jorge A. L. García, compañeros suyos en la Universidad Nacional del Litoral (República Argentina), y Gonzalo D. Fernández, profesor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, quien asume la responsabilidad de la dirección de la edición– mi sincera gratitud por haber hecho posible esta especie de* resurrección *de un libro agotado desde hace largos años.*

*En particular, quiero dejar testimonio público de reconocimiento de la importante labor que Enrique U. García Vitor viene desarrollando en la dinamización del derecho penal en la Argentina –sobre todo en* la otra Argentina, *la del interior–. Los penalistas españoles hemos de agradecerle especialmente que nos haya dado cabida en esa labor, lo que es un gran honor, habida cuenta de la calidad de la doctrina penal argentina en general y de la inteligencia del profesor García Vitor en particular.*

*Escribí esta* Introducción a las bases del derecho penal *cuando Franco aún vivía y mantenía su dictadura en España. Sin embargo, hacía ya tiempo que en mi país se aspiraba a un modelo político a la altura de Europa. Muchos luchaban por imponer de hecho lo que de derecho se prohibía. Por ejemplo: aunque los partidos políticos estaban prohibidos y eran perseguidos, sus integrantes se esforzaban por hacer sentir su voz en donde fuera posible, como lo era en gran medida, aunque con grave riesgo, en la Universidad del tardofranquismo. La doctrina penal trataba también de desarrollarse al margen del régimen*

*oficial, defendiendo los principios de un derecho penal propio de un Estado de Derecho, a pesar de que no lo teníamos. Esta anticipación contrafáctica de lo que se deseaba contribuyó, probablemente en gran medida, a facilitar el rápido tránsito de un sistema totalitario a nuestra actual democracia, tránsito que, por ello, no fue tan brusco ni sorprendente como desde afuera pudiera parecer. Quiero creer que el planteamiento que sirvió de base a esta obra aportó su grano de arena en la facilitación del tránsito al derecho penal que poco después había de corresponder al modelo de Estado asumido por la Constitución española de 1978.*

*En el presente libro se intentó una refundamentación del derecho penal con base en las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho. Dos años después de su primera edición, el art. 1, 1, de la Constitución declaró: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho". Que yo defendiese este modelo antes de su proclamación constitucional respondió a una convicción que sigo sustentando: el jurista debe hacer suyas las aspiraciones de su tiempo histórico, aunque ello signifique adelantarse al derecho positivo, precisamente para facilitar la adaptación del derecho positivo a la evolución de las ideas sociales. Las constituciones –como las declaraciones internacionales de derechos humanos– vienen a reconocer, a consagrar principios ya vigentes en la conciencia social. No los crean de la nada.*

*Ahora bien, es evidente la trascendencia que tiene que a la vigencia social se sume la vigencia jurídica-constitucional. En la Constitución española encontré un apoyo fundamental a mi planteamiento, que en los años posteriores extendí a toda la teoría del delito (a partir de mi libro* Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, *Bosch, Barcelona, 1ª ed. 1979, 2ª ed. 1982, recogido junto a otros trabajos míos en* El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, *Ariel, Barcelona, 1994). Mi* Derecho penal, Parte General, *5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998 continúa anclado, en todas sus partes, en los principios del Estado social y democrático de Derecho que había reivindicado, en mi primera formulación sistemática, en el presente libro.*

*Hay otro aspecto de esta obra –que ocupa toda la segunda parte– que no he desarrollado en ningún otro lugar como en ella. Me refiero a la evolución histórica de la "ciencia" penal desde el siglo XIX (cuando*

*incorpora los postulados ilustrados que han dado lugar al derecho penal contemporáneo) en Italia, en Alemania y en España, y a las tendencias de presente y de futuro que, a mi juicio, determinaban la orientación de la doctrina penal en la segunda mitad de los años setenta. En cuanto al estudio histórico, que me interesó intensamente, puede que sea la parte de este libro que en mayor medida haya seguido reclamando la atención de muchos lectores, a pesar de estar agotado y de que cada vez se iba haciendo más difícil encontrarlo. Y, por lo que se refiere a las tendencias de evolución que subrayé hace ya más de veinticinco años, creo que en su parte fundamental se han visto confirmadas.*

*Las dos corrientes de lo que ahora se llama "funcionalismo", la iniciada por* ROXIN *y la desarrollada más adelante por* JAKOBS, *me parecieron ya entonces las que dominarían la doctrina penal. Me parecía ineludible la unión de política criminal y sistema jurídico-penal propugnada por* ROXIN, *y consideraba fructífera la concepción de la ciencia jurídico-penal como ciencia social, que en Alemania empezaba a apuntar gracias a la resonancia que en los años setenta encontró en ese país la teoría de los sistemas de* LUHMANN. *Esta teoría social es la que, con matices importantes, ha servido de base a la construcción de* JAKOBS, *pero el lector verá que yo hice mi pronóstico –que ahora parece que tuvo algo de profético– sin tener en cuenta a este autor, porque su primera obra, en la cual se advirtió su orientación posterior (*Schuld und Prävention, *1976), se publicó cuando la presente obra ya estaba redactada. El tratado de* JAKOBS *no aparecería hasta 1983 –simultáneamente a la primera edición de mi manual–.*

*Hace veinticinco años no era tan consciente como ahora de la necesidad de distinguir claramente el significado político de la orientación de* ROXIN *y el de la teoría de los sistemas: abierta a la crítica política-jurídica la primera, y fundamentalmente cerrada en sí misma la segunda. El desarrollo ulterior de estas dos líneas de pensamiento me ha hecho tomar posición decidida por la primera.*

*Hay, como se ve, varias razones que me hacían desear que este libro no se extinguiera por completo. Tampoco me sentía capaz de actualizarlo debidamente. Éste es un libro cuyo mérito principal quería que fuera el de expresar de algún modo una época que ya no puede volver. La solución que al final se ha impuesto, una nueva edición inalterada, responde a estos dos sentimientos contrapuestos.*

*Por último: ojalá que se vea, en esta edición latinoamericana de un libro español, una señal más de que existe una profunda comunicación entre nuestros países, no sólo por compartir un mismo idioma.*

SANTIAGO MIR PUIG

Barcelona, marzo de 2002.

# PRÓLOGO
## A LA EDICIÓN DE 1976

*Este libro no fue escrito para ser publicado. Nació para dar cumplimiento al requisito, tradicional en las Oposiciones a Cátedras y Agregadurías de Universidad, de elaboración de una "Memoria" sobre tres extremos básicos de la disciplina respectiva: su concepto, su método y sus fuentes. He aquí el origen de la selección de los temas tratados –salvo por lo que respecta a las fuentes, que, concebidas en la Memoria como bibliografía y jurisprudencia, no han sido incorporadas a este libro–. Pero, en general, las materias aquí reunidas poseen en común lo suficiente para que su publicación conjunta se justifique con independencia de su objetivo inicial: constituyen los fundamentos primeros, la puerta de entrada del edificio jurídico-penal.*

*Por otra parte, será fácil al lector descubrir en seguida una evidente unidad entre las dos partes esenciales de la presente obra, pues la elaboración del* concepto *del derecho penal se ha efectuado con aplicación de la concepción del* método *que se defiende. Se comprenderá que no podía ser de otra forma, si la discusión en torno al método ha de tener alguna utilidad y no quedar encerrada en sí misma. Mas como el estudio del método sigue en el libro –por razón de su originario carácter– al del concepto, bueno será que adelante ya ahora, desde un principio, una rápida mención de las premisas metódicas que presiden toda la obra. Giran en torno a la idea de que es preciso mantener el postulado central del positivismo, según el cual la ciencia del derecho ha de ocuparse del estudio del derecho positivo, pero evitando las consecuencias negativas de tal planteamiento, tan importantes que han llegado a comprometer la subsistencia del mismo positivismo y, a la larga, la propia legitimidad de la ciencia jurídica. Tales defectos, destacados con tan creciente insistencia como innegable fundamen-*

*to por tantas voces críticas, pueden resumirse, en su formulación extrema, en las dos afirmaciones siguientes: la labor del jurista hace el juego –consciente o inconscientemente– al* statu quo, *y se halla alejada de la realidad.*

*Para liberar a nuestra ciencia de tan graves reparos es urgente, pues,* limitar *el positivismo por un doble camino. Por una parte, intentando que el estudio del derecho positivo no signifique la renuncia a toda actitud* crítica *frente a él: de una ciencia jurídica acrítica ha de pasarse a la introducción de claras perspectivas valorativas, en último término coherentes, claro está, con las convicciones políticas del jurista. Por otra parte, habrá que subrayar la necesidad, tan ampliamente sentida, de concebir la ciencia jurídico-penal en términos* realistas, *al servicio de las exigencias de aplicación de la ley al caso concreto. El lamentable hecho de que la justicia práctica recorra con frecuencia caminos alejados de la ciencia y se resista incluso a aceptar su dirección es, en no poca medida, responsabilidad de una teoría que hasta hace relativamente poco vivía de ordinario a espaldas de la realidad*.*

SANTIAGO MIR PUIG

Balaguer, agosto de 1976.

* Que afirmaciones como las aquí expuestas no son todavía obvias ni ociosas acaso lo confirme la reacción que provocó su desarrollo en la Memoria y en el resumen que de ella expuse oralmente en el segundo ejercicio de la primera Oposición a Agregadurías que realicé, ejercicio del que fui excluido por unanimidad del Tribunal correspondiente. Por fortuna, sin embargo –aunque tampoco sin dificultades–, esta Memoria y su presentación oral consiguieron la aprobación del Tribunal de la siguiente Oposición, a la plaza de la Universidad Autónoma de Barcelona, que logré obtener.

# ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN ..... IX
PRÓLOGO A LA EDICIÓN DE 2002 ..... XIII
PRÓLOGO A LA EDICIÓN DE 1976 ..... XVII

PARTE PRIMERA

CONCEPTO DE DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN

..... 3

CAPÍTULO 1

DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO

I

EL CONCEPTO FORMAL DE DERECHO PENAL

I. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL OBJETIVO ..... 7
1. Contenido tradicional y contenido actual del derecho penal ..... 7
2. El problema de la validez actual de la designación "derecho penal" ..... 8
3. ¿Pertenecen al derecho penal las medidas predelictuales? 13
4. Responsabilidad civil y derecho penal ..... 16
II. ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL ..... 19
1. Planteamiento ..... 19

2. Estructura de la norma penal. ..... 20
A) Supuesto de hecho y consecuencia jurídica ..... 20
B) Precepto y sanción; norma primaria y norma secundaria ..... 20
C) La teoría de las normas de Binding y M. E. Mayer..... 22
D) La estructura comunicativa de la norma penal..... 26
3. Leyes penales incompletas y leyes penales en blanco..... 29
A) Leyes penales incompletas en cuanto a su contenido, como regla general ..... 30
B) Leyes penales incompletas en cuanto a su estructura, como excepción: las leyes penales en blanco ..... 36

## II
## EL CONCEPTO MATERIAL DE DERECHO PENAL

### *Planteamiento*

I. ESENCIA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL ..... 41
1. Norma de valoración o norma de determinación ..... 41
2. Esencia imperativa de la norma punitiva ..... 44
3. El problema de la esencia de las normas que prevén medidas de seguridad ..... 47
II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ..... 48
1. Función del derecho penal como función de la pena y de la medida de seguridad..... 48
A) La función del derecho penal de la pena ..... 48
*a*) La función retributiva (teorías absolutas) ..... 49
*b*) La función de prevención (teorías relativas) ..... 52
*a'*) La prevención general ..... 53
*b'*) La prevención especial ..... 55
*c*) La combinación de las funciones de retribución y prevención ..... 59
B) La función del derecho penal de las medidas de seguridad..... 66
C) Resumen..... 68
2. Función del derecho penal como función del derecho positivo ..... 69
3. Posición personal ..... 75
A) Función de la pena y función del derecho positivo .... 76
B) Función del derecho penal español ..... 77
*a*) Determinaciones conceptuales previas ..... 77

*b*) Función de las medidas de seguridad ..... 78
*c*) Función de la pena ..... 79
*a'*) Concepto de pena en el derecho español ..... 79
*b'*) Función preventiva de la pena en el derecho español ..... 80
*c'*) Contenido de la prevención en el derecho español ..... 85
*d'*) Clases de prevención en el derecho penal español ..... 86
*e'*) Modo de operar de la función de prevención .. 92

CAPÍTULO 2

DERECHO PENAL
EN SENTIDO SUBJETIVO

I. PLANTEAMIENTO ..... 97
II. EL TITULAR DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO ..... 97
III. FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO ..... 98
1. Fundamento funcional ..... 98
2. Fundamento político ..... 103
IV. LÍMITES DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO ..... 108
1. Límites del derecho subjetivo del Estado a imponer penas 108
A) Límites derivados del fundamento funcional ..... 108
*a*) La naturaleza subsidiaria y el carácter fragmentario del derecho penal ..... 108
*b*) La protección de bienes jurídicos ..... 112
B) Límites derivados del fundamento político ..... 124
*a*) Límites derivados del Estado de Derecho ..... 125
*b*) Límites derivados del Estado democrático ..... 134
1°) Límites relativos al momento legislativo ..... 135
2°) Límites relativos al momento judicial ..... 143
3°) Límites relativos al momento de ejecución de la pena ..... 147

PARTE SEGUNDA

EL MÉTODO DE LA CIENCIA
DEL DERECHO PENAL

..... 151

CAPÍTULO 3

## EVOLUCIÓN DEL MÉTODO DE LA CIENCIA PENAL

I. INTRODUCCIÓN ..... 153
II. ITALIA Y LA EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE LA CIENCIA PENAL ..... 154
1. El método de la escuela clásica ..... 154
2. El método de la escuela positiva ..... 159
3. El método de la "terza scuola" ..... 165
4. El método de la dirección técnico-jurídica ..... 167
III. ALEMANIA Y LA HISTORIA DEL MÉTODO DOGMÁTICO ..... 176
1. Los inicios del método dogmático ..... 177
2. El positivismo ..... 187
A) El positivismo jurídico como normativismo ..... 188
B) El positivismo naturalista ..... 196
3. El neokantismo ..... 207
A) Insuficiencia del método positivista ..... 207
B) El retorno a la filosofía: historicismo y neokantismo .. 210
*a*) La filosofía jurídica de Stammler ..... 214
*b*) La escuela sudoccidental alemana ..... 216
4. El método del finalismo ..... 224
5. El irracionalismo de la escuela de Kiel ..... 235
IV. EL MÉTODO EN LA CIENCIA PENAL ESPAÑOLA ..... 239
1. El clasicismo en España ..... 240
2. El método del correccionalismo ..... 244
3. Correccionalismo positivista y positivismo criminológico 246
4. El método pragmático y la política criminal ..... 247
5. La fase dogmática ..... 250

CAPÍTULO 4

## EL MÉTODO JURÍDICO-PENAL EN LA ACTUALIDAD

I. ESTADO ACTUAL DEL MÉTODO JURÍDICO-PENAL EN ALEMANIA ..... 255
1. La continuación del pensamiento sistemático como conexión con el pasado ..... 256
2. La aproximación a la realidad como tendencia actual ..... 257
A) Del sistema al problema ..... 258

B) De la aplicación a la concreción de la ley ..... 260
C) Atención a la realidad metajurídica ..... 261
*a*) La preocupación por la política criminal ..... 262
*b*) Referencias a ciencias no jurídicas ..... 270
II. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO QUE SE PROPONE ..... 275
1. Bases del sistema ..... 275
A) Premisas políticas y científicas de una metodología actual ..... 275
B) Superación de las críticas a la dogmática ..... 280
2. La valoración en la ciencia penal ..... 282
A) La valoración *de lege ferenda* ..... 283
B) La valoración *de lege lata* ..... 285
*a*) Valoraciones procedentes inequívocamente de la ley 286
*b*) Valoraciones producto de la elaboración científica 288
C) Exigencias metodológicas del Estado social y democrático de Derecho ..... 290
*a*) Planteamiento general ..... 290
*b*) La prohibición de la analogía y sus límites ..... 292
3. El realismo en la ciencia penal ..... 299
A) La ciencia jurídico-penal como ciencia social ..... 300
B) La concepción realista del proceso de concreción de la ley ..... 306
C) Política criminal y dogmática realista ..... 319

ÍNDICE ANALÍTICO ..... 321

# INTRODUCCIÓN

I. El derecho *penal* es una rama del *derecho*, por lo que plantear su concepto presupone inevitablemente aludir al concepto mismo del derecho en general. Ahora bien, el concepto del derecho está muy lejos de ser inequívoco. Por una parte, la *filosofía del derecho* puede abordar esta cuestión con perspectiva distinta a la que ha de adoptar la *teoría general del derecho*, en la medida en que ambas disciplinas se aproximan al derecho con objetivos distintos. Por otra parte, el examen de las definiciones del derecho que se proponen dentro de cada uno de esos dos niveles muestra la enorme variedad de sentidos en que se puede entender el derecho. Puede decirse que cada dirección filosófica y metodológica concibe en términos diferentes el concepto de derecho. Para poner sólo un ejemplo extremo, piénsese en la distancia que separa a los conceptos de derecho propuestos por el iusnaturalismo y por el positivismo jurídico.

II. Buena parte de las mencionadas divergencias desaparecen si la cuestión del concepto se plantea limitada de antemano al derecho *positivo*. A esta limitación obliga, por de pronto, el objeto de nuestra disciplina, que más que ninguna otra parcela del derecho se halla necesariamente restringida a las normas positivas, ante todo por la exigencia, de significado político, del *principio de legalidad*[1]: la única *fuente primaria* del derecho penal es la ley *formal*, en cuanto expresión –al menos teóricamente– de la voluntad popular emitida por el Poder Legislativo.

[1] Así, ya en la misma acotación del objeto de la ciencia del derecho penal, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 4ª ed., Madrid, 1974, p. 7: "La nota de *legalidad* característica del derecho punitivo moderno hace que ese estudio tenga que versar siempre sobre un determinado derecho positivo . . .".

PARTE PRIMERA

# CONCEPTO DE DERECHO PENAL

III. 1. Pero, aun limitada al derecho positivo, la pregunta: ¿qué *es* el derecho?, presupuesto de la que aquí importa: ¿qué *es* el derecho penal?, puede responderse en muy distintos sentidos. A la filosofía del derecho le interesará preguntarse, a través de esta pregunta, por la *esencia material* del derecho: Cuál es su *esencia*. Planteada así la cuestión obtendrá respuestas distintas según el aspecto que se considere esencial en el derecho. Podría elegirse, pongamos por caso, tanto el aspecto ontológico (cuál es el *ser* peculiar del derecho), como el aspecto funcional (qué *función* tiene) o el teleológico (a qué *fin* tiende) del orden jurídico. Y cada escuela resolverá con criterio diferente cada una de estas cuestiones. La teoría general del derecho podrá, en cambio, preferir a la búsqueda de la esencia material del derecho su esencia *formal*: la descripción externa de lo que es derecho, que permite diferenciarlo de conceptos afines como el de moral o usos sociales.

2. La ciencia penal ha seguido casi siempre el último camino. No se ha preguntado por la esencia material del derecho penal, sino por su caracterización formal. Se entiende en este sentido el concepto de derecho y de derecho penal cuando se define a éste como "*conjunto de normas*", pues nada se dice con ello de la esencia material (ontológica, funcional, teleológica) de dichas normas. En principio, el proceder es perfectamente legítimo, porque la ciencia del derecho penal no puede abordar el concepto del derecho penal de la misma forma que la filosofía del derecho lo hace respecto del derecho en general. La ciencia del derecho penal no es "filosofía del derecho penal". Pero el penalista tampoco puede renunciar a penetrar en los aspectos materiales que de modo específico afectan al derecho penal. Nadie mejor que él puede y debe dar respuesta a cuestiones como: ¿qué función corresponde al derecho penal?, ¿qué finalidad persigue? Un modo de hacer compatibles el planteamiento formal tradicional del concepto de derecho penal y la necesidad de considerar los referidos aspectos materiales, es distinguir entre *concepto formal del derecho penal*, como acotación formal de lo que es derecho penal frente a lo que no lo es, y *concepto material de derecho penal*, destinado a la esencia de la norma penal y a la función del derecho penal previamente definido. Ésta será una primera gran distinción sistemática.

IV. Ahora bien, incluso ampliada en el sentido indicado la problemática del concepto de derecho penal, cabe entender este concepto en dos sentidos distintos: en sentido *objetivo* y en sentido *subjetivo*. Es una distinción que procede del concepto general del

derecho, que puede entenderse no sólo como *conjunto de normas* (derecho en sentido objetivo), sino también como *facultad de un sujeto* (derecho en sentido subjetivo). Aplicada al derecho penal, significa que: *a*) en sentido objetivo es derecho penal el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina, que habrá que precisar aquí, y *b*) en sentido subjetivo es derecho penal la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas. Ésta será la segunda división en el seno del concepto del derecho penal.

# CAPÍTULO 1

# DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO

## I

## EL CONCEPTO FORMAL DE DERECHO PENAL

### I. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL OBJETIVO

#### 1. *Contenido tradicional y contenido actual del derecho penal.*

A fines del siglo pasado VON LISZT propuso una definición de derecho penal que ha servido de base a la mayor parte de las formuladas con posterioridad:

"Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"[1 bis].

Esta definición es, desde hace ya tiempo, excesivamente *estrecha*, porque no da cabida a las *medidas de seguridad*, que a lo largo de este siglo[2] han ido ingresando en la mayor parte de los sistemas

[1 bis] F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, Madrid, s.f., 3ª ed., I, p. 5.

[2] Aparte de los orígenes ideológicos de la medida de seguridad, que hay que buscar en la escuela positiva italiana (ver *infra*, cap. 3, II, 2) el precedente más importante a nievel *legislativo* lo constituye el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, debido a Carl STOOS: cfr. F. OLESA MUÑIDO, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951, p. 233; A. BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, 1974, ps. 40 y ss., que, por cierto, propone sustituir la designación de "medidas de seguridad" por la de "medidas penales" porque éstas no sólo son asegurativas, sino también curativas, etc.; A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, 1976, ps. 36 y siguientes.

penales, entre ellos el español. Por esta razón, las definiciones actuales de derecho penal suelen añadir a la fórmula de VON LISZT una referencia a las medidas de seguridad: el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto asocian penas y (o) *medidas de seguridad* como consecuencia jurídica[3].

En el derecho penal español, que tanto en el Código Penal como fuera de él –en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, sucesora de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933– prevé un sistema amplio de medidas de seguridad, esta extensión de la definición es absolutamente necesaria, salvo que se admita que las medidas de seguridad no pertenecen al derecho penal, sino que poseen sólo naturaleza administrativa[4]. Pero nótese que entonces quedaría sin explicar que ciertas medidas de seguridad se incluyan en el Código *Penal*. En cualquier caso, la doctrina absolutamente dominante en España incluye las medidas de seguridad, junto a la pena, en la definición de derecho penal[5].

## 2. *El problema de la validez actual de la designación "derecho penal".*

El derecho *penal* ya no es hoy, pues, sólo el derecho de la *pena*. Se plantea con ello la cuestión de si la denominación "derecho penal" es, a la vista del nuevo contenido de nuestra disciplina, lo suficientemente amplia como para dar cabida a una de sus dos integrantes fundamentales, las medidas de seguridad. La respuesta

[3] Así, literalmente, el reciente manual de P. BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., München, 1975, p. 1. En el mismo sentido, J. BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Bielefeld, 1975, p. 6; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Karlsruhe, 1971, p. 2, y *Tratado de derecho penal*, I, Barcelona, 1962, traducción y notas de J. CÓRDOBA RODA, p. 3. De forma muy parecida, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín, 1969, p. 1.

[4] Así, G. BETTIOL, *Diritto penale*, 8ª ed., Padova, 1973, p. 816. La discusión sobre la naturaleza penal o administrativa de las medidas de seguridad se planteó en España ya desde antiguo. En referencia a la Circular de 1781 y la ley de 1845, ver J. R. CASABÓ RUIZ, *Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva*, en el libro *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, ps. 85 y siguientes.

[5] Ver por ejemplo: J. ANTÓN ONECA, en J. Antón Oneca y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, p. 1; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 9 y s.; C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *Introducción al estudio del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 11.

a esta cuestión parece, a primera vista, que ha de ser negativa: "derecho penal" parece expresión demasiado estrecha para abarcar todo lo que pretende significar hoy. Como dicen MEZGER-BLEI, el "derecho penal ha desbordado el marco de su designación literal"[6].

¿Quiere esto decir que es aconsejable sustituir la fórmula derecho penal por otra, como la de "derecho criminal", que responda mejor a su contenido? La doctrina suele considerar preferible mantener la terminología "derecho penal", por mucho que reconozca su actual inexactitud. Sin duda, el argumento de la tradición de que actualmente goza en España y en otros países, como Alemania (*Strafrecht*) e Italia (*Diritto penale*)[7], la expresión "derecho penal", juega en esta decisión un importante papel. Pero suele argumentarse acudiendo a otros puntos de vista. El de mayor peso es posiblemente el de que la pena sigue siendo la integrante *esencial* del derecho penal *común*. En él las medidas de seguridad no ocupan ni en la legislación ni en la ciencia, como tampoco en la práctica, más que un lugar *secundario*. Por eso, en aquellos sectores especiales en que esa relación se invierta, pasando a primer plano la medida de seguridad –como en el derecho de menores–, la designación derecho penal debe dejar paso a otras, como la de derecho *tutelar* de menores[8].

[6] E. MEZGER y H. BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 16ª ed., München, 1975, p. 4.

[7] Pero en España el dominio del título "derecho penal" no conoce desde inicios del siglo XIX las excepciones que pueden mencionarse en Alemania e Italia: ver J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas* a E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., I, Madrid, 1946, p. 28.

[8] Así se manifiesta H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín, 1972, p. 8. También B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, 2ª ed., reproducción inalterada, Napoli, 1964, p. 6.

El lugar preeminente que ocupa todavía la pena en comparación con las medidas de seguridad explica que buena parte de la doctrina siga empezando por definir el derecho penal como conjunto de normas que asocian al delito como presupuesto la *pena* como consecuencia jurídica, dejando para después la advertencia de que en la actualidad deben incluirse *además* las medidas de seguridad. Así, MEZGER-BLEI, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 7, como ya antes en E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, t. I, 2ª ed., Madrid, 1946, ps. 27 y s.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, A. T.*, cit., ps. 7 y 8 (consecuentemente con su argumentación expuesta en el texto); E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, 1970, p. 3 (nº 2). Califica de usual la tendencia citada J. BAUMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit.m os, 6 y s. En España: E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, I, 16ª ed., puesta al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1971, ps. 7 y siguiente.

En defensa de la intitulación "derecho penal" se alegan otros argumentos, pero su validez puede ser discutida o depende del contenido que se atribuya al derecho penal. Así, el argumento de que el legislador ha elegido el término *penal* para designar nuestro objeto, formulado en Italia por Petrocelli[9], tiene en nuestro país un valor muy relativo, porque el núcleo fundamental de las medidas de seguridad se contienen fuera del Código Penal, en una ley que no se denomina penal, sino de "Peligrosidad y Rehabilitación Social" (a diferencia de lo que ocurre en Italia, cuyo *Codice Penale* de 1930 reúne las penas y las medidas de seguridad).

De muy dudosa exactitud es, por otra parte, la argumentación esgrimida por MAURACH en favor de la designación "derecho penal". Para este autor dicha intitulación es preferible por razones *político-criminales*, como lo muestra su origen histórico: En Alemania la expresión "*Strafrecht*" (derecho penal) aparece por primera vez a mediados del siglo XVIII y se impone a principios del siglo XIX, sustituyendo al de "*Kriminalrecht*" (derecho criminal), como fruto del giro hacia el moderno derecho penal basado en el principio de legalidad: "No se haría justicia al papel que ha desempeñado el derecho punitivo en el desarrollo de la historia de las ideas, si se contemplara tan sólo desde el punto de vista lingüístico el devenir de este concepto. El cambio de 'derecho criminal' a 'derecho penal' a principios del siglo XIX, no se produce ni por pura casualidad histórica ni por simples pretensiones de fuerza conceptual. Esta modificación, que a primera vista representa un simple cambio de acento, encierra uno de los cambios valorativos más trascendentales para el derecho penal de la época posterior. En las palabras 'delito' (y, en consecuencia, en la de 'derecho criminal', añadimos nosotros) se da algo prejurídico penal, en tanto suena a injusto y a culpabilidad antes de la ley positiva. El término derecho penal alude a la *ley*, por cuyo solo mandato, con derogación de derecho consuetudinario, omnipotencia judicial y arbitrio del gobierno, se convertirá una determinada conducta desvalorada en delito punible, sometido al poder punitivo del Estado"[10]. Para MAURACH, pues, los términos "derecho *penal*" aluden a la necesidad de que toda pena se halle prevista por la ley, a diferencia de la expresión "derecho *criminal*", que remite a un concepto pre-

[9] B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 8.

[10] R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 4, y *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 2 y siguiente.

jurídico -previo a la ley- de "crimen". Hasta tal punto que, absolutizando los términos del razonamiento, llega a concluir que "en este cambio terminológico de derecho criminal a derecho penal se agita el principio rector que ha dominado el derecho penal del siglo XIX y que, tras su provisional desentronización durante la época del totalitarismo, ha ocupado de nuevo el lugar que le corresponde: el principio *nulla poena sine lege* . . ."[11].

El punto de vista de MAURACH no convence. En primer lugar, porque, tanto en Alemania como fuera de ella, no es exacto ni que la expresión derecho penal aparezca sólo con las ideas de la Ilustración, ni que la aparición del principio *nulla poena sine lege* fuera acompañada del abandono del título "derecho criminal". En segundo lugar, y sobre todo, porque no es cierto que "derecho penal" exprese mayor vinculación a la ley que "derecho criminal". En cuanto a lo primero, antes de que la terminología "*Kriminalrecht*" se impusiese en Alemania, había dominado la de "*peinliches* Recht", que procede del término latino "*poena*" y equivale a "derecho penal". Así, el primer ordenamiento penal del Imperio alemán, dictado en 1532 por Carlos V, se denominó "*Peinliche* Gerichtsordnung Kaiser Karls V"[12]. Por otro lado, la irrupción del pensamiento legalista de la Ilustración no supuso el abandono de la expresión "derecho criminal". Aparte de que en la misma Alemania algún autor sigue utilizándolo todavía a mediados del siglo XIX[13], fuera de ella fue utilizado por la figura más importante del clasicismo liberal fruto de la Ilustración, CARRARA, que en 1859 tituló a su obra fundamental "Programa del corso di diritto *criminale*". Incluso en la actualidad el título "derecho criminal" se mantiene de forma absolutamente dominante en el amplio mundo anglosajón (*criminal law*) y en el ruso (*ugalownoje prawo*), y en Francia coexisten los términos "*droit pénal*" y "*droit criminel*"[14].

Más importante, sin embargo, me parece todavía el hecho de que la expresión "derecho *penal*" no alude a mayor vinculación a

[11] R. MAURACH, *Tratado*, cit., ps. 4 y s., y *Deutsches Strafrecht, A. T.* ,cit., p. 3.

[12] Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 8.

[13] Así, la obra de KÖSTLIN, *neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, 1845.

[14] Como lo atestiguan los tratados de VIDAL-MAGNOL (*Cours de droit criminel et de science penitentiaire*, 9ª ed., Paris, 1947-49) y DONNDIEU DE VABRES (*Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparé*, 3ª ed., Paris, 1947) y MERLE-VITU (*Traité de droit criminel*, Paris, 1967), cuyo título muestra hasta qué punto se reputa indistinta una u otra designación.

la ley que la que supone la de "derecho *criminal*". Si bien es cierto que "derecho penal" expresa la necesidad de que las penas se hallen previstas por la ley (por el derecho), no lo es menos que "derecho criminal" da idea de que no es *delito* (crimen) lo que no esté descrito como tal por el derecho. Cada una de ambas designaciones apunta a uno de los extremos de la fórmula "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", sin que pueda decirse que una es más fiel a ella que la otra.

Hasta aquí, pues, no se ha podido aducir a favor de la fórmula "derecho penal" más que el argumento de su arraigo actual y, sobre todo, el lugar central que corresponde todavía hoy a la pena frente a la medida de seguridad. RODRÍGUEZ DEVESA sugiere, no obstante, otro argumento que he dejado para el último lugar porque enlaza con una cuestión de capital importancia, que habrá que analizar a continuación. Para este autor, presupuesto de la imposición de medidas de seguridad es siempre la naturaleza de *delito* (en sentido amplio) del hecho que las motiva, y sólo son delitos los *hechos* penados por la ley. Es decir: incluso para la aplicación de medidas de seguridad es precisa la presencia de una pena, por lo que el derecho penal no dejará tampoco entonces de tener carácter *penal*[15]. El razonamiento de RODRÍGUEZ DEVESA es inteligente, pero plantea la cuestión de si sólo pertenecen al derecho penal las medidas *postdelictuales* y no las *predelictuales*[16]: si se da respuesta afirmativa podrá, sin duda, decirse que el derecho penal supone siempre –incluso cuando impone medidas de seguridad– un hecho *previo* penado por la ley, mientras que, si se incluyen en el derecho penal las medidas predelictuales que, por definición, no requieren hecho delictivo anterior alguno, habrá que verificar más profundamente la tesis de que también las medidas de seguridad suponen un delito. La importancia de esta cuestión, decisiva para el concepto mismo de derecho penal, impone su tratamiento particularizado.

[15] Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 13.

[16] Éste es, lógicamente, su punto de partida al definir el concepto de derecho penal, a continuación de lo cual escribe: "El interés del derecho penal se limita a las medidas de seguridad postdelictuales, esto es, a aquellas que presuponen la comisión de un hecho previsto (tipificado) por la ley penal": J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 10; cfr. también p. 813.

### 3. *¿Pertenecen al derecho penal las medidas predelictuales?*

Para la doctrina alemana resulta indiscutible que sólo pertenecen al derecho penal –y, por tanto, a su concepto– las medidas de seguridad postdelictuales, con exclusión de medidas previas a la comisión de un delito (como *tipo de injusto*, siquiera desprovisto de culpabilidad). Es lógico, pues, que se defina entonces el derecho penal en conexión con un presupuesto unitario: el delito, que aparece como antecedente común de penas y medidas de seguridad. Así, en Alemania se definirá el derecho penal como conjunto de normas que asocian *al delito* penas o medidas de seguridad[17]. Pero en España la cuestión no puede resolverse tan fácilmente porque nuestro ordenamiento jurídico prevé, junto a las medidas de seguridad postdelictuales, medidas predelictuales, que exigen *solamente* la existencia de un *estado peligroso*. Tal sistema procede de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y ha sido adoptado por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. En los arts. 2 y 3 prevé como presupuesto suficiente de medidas de seguridad la concurrencia: *a*) de peligrosidad social (art. 2) o "riesgo para la comunidad" (art. 3); *b*) de alguno de los supuestos de estos preceptos, supuestos que de ninguna forma constituyen "delito". Junto a esto, en el art. 4 de la misma ley se prevé un supuesto de peligrosidad postdelictual: "También podrán ser sometidos a los preceptos de esta ley los *condenados por tres o más delitos*, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de peligrosidad social".

En suma: en el derecho español la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social reúne tanto medidas de seguridad postdelictuales como predelictuales. Ello plantea de forma distinta que en Alemania la cuestión de si estas últimas medidas pertenecen al derecho penal.

No obstante, la doctrina española suele excluir de la definición de nuestra disciplina las medidas de seguridad predelictuales[18].

[17] Así, J. BAUMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 7; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., p. 2, y *Tratado*, cit., p. 3; MEZGER-BLEI, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 4; P. BOCKELMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 3; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 7 y s.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 1.

[18] Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 4: "Estas últimas –predelictuales– pertenecen al derecho de policía, no al penal"; A. JORGE BARREIRO, *Las me-*

ANTÓN alega para ello que abarcar en el derecho penal todos los medios de lucha contra el delito implicaría la renuncia a la limitación de su contenido, habida cuenta de la enorme complejidad de causas del delito y de las posibilidades de combatirlo[19]. RODRÍGUEZ DEVESA se refiere a un argumento paralelo y a otro distinto de naturaleza *político-criminal*. El primero es que la inclusión de las medidas predelictuales no permitiría, a su juicio, una clara delimitación frente al derecho administrativo. A esto añade otro tipo de argumento: dicha inclusión constituiría un *grave peligro para el principio de legalidad* que informa el derecho positivo[20].

Examinaremos los dos tipos de razonamiento seguidos. Por una parte, el argumento de la imposibilidad de trazar una frontera entre derecho penal y derecho administrativo podría superarse si se encontrase un criterio preciso de delimitación que permitiera distinguir las medidas predelictuales de las medidas de prevención claramente administrativas. Por otra parte, el peligro que las medidas de seguridad predelictuales encierran para el principio de legalidad se dará igual tanto si las incluimos en el derecho penal como si las relegamos al derecho administrativo: la configuración de las medidas no varía por su clasificación científica[20a].

Pues bien, a nuestro juicio es posible un criterio preciso de delimitación entre las medidas de seguridad predelictuales y el resto de medidas asignadas al derecho administrativo. Este criterio ha de ser la *probabilidad de cometer un delito*. Así suele definirse el concepto de *peligrosidad*, y la peligrosidad ha de ser exigida como presupuesto de toda medida de seguridad predelictual. Su mismo

---

*didas de seguridad en el derecho español*, Madrid, 1976, p. 92; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, ps. 40 y ss.; J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Madrid, 1976, p. 29. También, como se dijo, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 10; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, cit., p. 8; C. CAMARGO, *Introducción*, cit., p. 11. En contra, en cambio, J. DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal español, Parte General*, I, Madrid, 1968, p. 2, aunque tiene toda la razón RODRÍGUEZ DEVESA (ob. cit., p. 10) al señalar que es difícil de comprender que en la definición de ese autor se incluyan las medidas *antedelictuales* impuestas "a causa del hecho cometido".

[19] Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 4.

[20] Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 10.

[20a] Subraya la inutilidad e inoportunidad de la pura "administrativización" –como simple cambio de etiquetas que califica de "táctica del avestruz"– de las medidas de seguridad; M. COBO DEL ROSAL, *Prevención y peligrosidad social en la ley de 4 de agosto de 1970*, en el libro *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit., ps. 98 y siguiente.

concepto hace alusión a la probabilidad de cometer un delito (*predelictual*). Y esto no contradice el tenor de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Pues la expresión "peligrosidad social" que utiliza su art. 2 no remite necesariamente a una peligrosidad referida a cualquier *mal social*. Por el contrario, su origen histórico, que se debe a JIMÉNEZ DE ASÚA, inspirado en FERRI, demuestra que sólo se distingue de la "peligrosidad *criminal*" en que no requiere como ésta un delito *anterior*, y no en que no se refiera también a la probabilidad de cometer *delitos*[21]. Ahora bien, si las medidas predelictuales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social también se refieren a *delitos* futuros, he aquí un criterio que permite incluir en el derecho penal esa clase de medidas, sin que con ello se pierda la posibilidad de distinguir con claridad derecho penal y derecho administrativo: las medidas de seguridad predelictuales pueden considerarse de naturaleza *penal* porque tienen como presupuesto la probabilidad de cometer *delitos*, es decir, hechos sancionados con una *pena*.

Esta conclusión me parece preferible al abandono de las medidas predelictuales al derecho administrativo, por una razón *político-criminal* –y no sólo conceptual–: se refuerza así la tesis, todavía muy discutida sobre todo en la práctica, de que también estas medidas requieren como presupuesto de aplicación la peligrosidad referida a *delitos* futuros y no sólo a males indefinidos para la sociedad. Pues la inclusión de las medidas predelictuales en el de-

[21] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso en las legislaciones de Iberoamérica*, en "El Criminalista", 2ª serie, I, 2ª ed., Buenos Aires, 1970, ps. 23 y s.; mismo autor, *La sistematización jurídica del estado peligroso*, en "El Criminalista", 2ª serie, II, ps. 139 y ss. En el mismo sentido también el dictamen dirigido al Parlamento, procedente de RUIZ FUNES: ver C. Mª. DE LANDECHO, *Peligrosidad social y peligrosidad criminal*, en el libro *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit., p. 352 (aunque este último autor se separa del concepto defendido en el texto). La construcción de JIMÉNEZ DE ASÚA y RUIZ FUNES se basa en la distinción de FERRI entre peligrosidad social y peligrosidad criminal, que distinguía sólo por la concurrencia o no de un delito previo, y no por la probabilidad de cometer un delito, que consideraba común a ambas formas de peligrosidad: E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, trad. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1933, p. 278. Y el Código Rocco (art. 203) requiere también la probabilidad de delinquir como presupuesto de la peligrosidad "social". En España, la propia ley de 1970 abona la misma interpretación, al afirmar el nº 2º de su Preámbulo que tiende a "exigir y facilitar . . . la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de . . . su *probabilidad de delinquir* . . .". Actualmente defiende la interpretación restrictiva del concepto de "peligrosidad social" del art. 2 de la ley de 1970 como probabilidad de comisión de un delito, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 821.

recho penal supone precisamente que exigen la referencia a un futuro delito.

Por lo demás, esta solución tendría la ventaja de que daría una respuesta unitaria a la naturaleza de las distintas medidas que el legislador ha reunido, sin distinguir, en una misma ley. Unidad legislativa que obliga de hecho, incluso a los autores que rechazan la naturaleza penal de las medidas predelictuales, a tratar estas medidas dentro del Programa de Derecho Penal[22]. Con la solución propuesta se evitaría esta contradicción.

*En conclusión*, de admitirse lo dicho, podría afirmarse que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas o medidas de seguridad (postdelictuales y predelictuales).

A la vista de esta conclusión puede replantearse la cuestión de la intitulación de nuestra disciplina. Ahora puede admitirse un argumento paralelo al antes citado de RODRÍGUEZ DEVESA en favor de la terminología "derecho *penal*": también las medidas predelictuales suponen la referencia (de futuro) a un hecho *penado* por la ley. La *pena* no sólo es, pues, el concepto *central* de nuestra disciplina, sino que su presencia es *siempre* el límite de lo que pertenece a ella.

## 4. *Responsabilidad civil y derecho penal.*

Pero la definición acabada de proponer no sería todavía lo suficientemente comprensiva como para dar cabida a toda la materia que integra nuestra disciplina si, como opina RODRÍGUEZ DEVESA, se incluyese en ella la regulación de la *responsabilidad civil* derivada de delito, que se contiene en el Código Penal (arts. 19 y ss. y 101 y ss.). Esta posición, divergente de la doctrina dominante, se funda en que en España el art. 1092 del Código Civil remite al Código Penal la regulación de esa clase de responsabilidad civil. El criterio aglutinante que permitiría abarcar en el concepto de derecho penal las consecuencias reparadoras civiles, sería la presencia de un hecho delictivo, penado por la ley, presupuesto de tales consecuencias. Así interpreto la definición del derecho penal que RODRÍGUEZ DEVESA propone: "el conjunto de normas estatales

[22] Así lo hacen J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, ps. 821 y ss.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., ps. 589 y siguientes.

referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventorias o *reparatorias que son su consecuencia*"[23].

Frente a esta posición, SILVELA sostuvo que la responsabilidad civil es del todo ajena al derecho penal en cuanto a su naturaleza material, por mucho que *formalmente* se halle regulada en el Código Penal: la responsabilidad civil es una obligación civil como otra cualquiera de las previstas en el Código Civil. Llegaba a extraer la conclusión de que el criterio de inclusión en el Código Penal era una contradicción que debía superarse en un nuevo Código[24].

Una dirección intermedia sigue ANTÓN ONECA. En su definición de derecho penal no incluye a la responsabilidad civil, sino sólo a penas y medidas de seguridad[25], pero al estudiar las relaciones entre pena y responsabilidad civil se opone a una separación tajante de ambos conceptos y aplaude la regulación del segundo en el Código Penal. Como puntos de contacto más importantes entre las sanciones penales y las civiles derivadas de delito enumera las siguientes:

A) *La pena no se determina solamente por la culpa, sino que en ella influyen elementos objetivos: el mal* (arts. 1 y 61, regla 7ª), el daño (art. 2). Se castiga con pena menor la tentativa y el delito frustrado que el consumado, no obstante ser o poder ser la culpabilidad la misma. Se admite por el Código la responsabilidad objetiva en los delitos calificados por el resultado. La gravedad de muchas infracciones (estafas, hurtos, daños) se fija por el valor de lo sustraído, defraudado o dañado, y a veces incluso se calcula la pena de multa como un múltiplo del perjuicio causado. Por el contrario, *la culpabilidad también influye en la responsabilidad civil,* desde el momento en que el tribunal señala la cuota de que debe responder cada culpable, siendo usual que a los autores se les señale mayor cantidad que a los cómplices, y a éstos que a los encubridores.

B) También el resarcimiento *coopera a la defensa del interés social y tiene efectos intimidatorios*: en los delitos castigados con penas de poca gravedad, especialmente en los que permiten la condena condicional, suele temerse más a la sanción reparadora que a la pena.

[23] Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General,* cit., p. 10. Parece también favorable a esta opinión F. MUÑOZ CONDE, *Introducción,* cit., p. 14.

[24] Cfr. L. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España,* Madrid, 1903, II, ps. 240 y s. En este sentido J. CEREZO MIR, *Curso,* cit., p. 29.

[25] Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal,* cit., p. 3.

C) Otras conexiones: *a*) La atenuante de *arrepentimiento activo* exige la reparación o disminución de los efectos del delito o dar satisfacción al ofendido (en disyuntiva con la confesión a las autoridades), lo que delata la preocupación por la responsabilidad civil en la fijación de la penal; *b*) el art. 118 Código Penal condiciona la obtención de la rehabilitación, instituto esencialmente penal, a tener satisfechas en lo posible las responsabilidades civiles provenientes de la infracción (número 3º).

La decisión de la cuestión planteada –inclusión o no de la responsabilidad civil en el concepto del derecho penal– depende de si se adopta un punto de vista *conceptual* o *político-criminal*. Desde el primero, posiblemente fuera preferible la actitud de SILVELA, de negación de carácter *penal* a la responsabilidad civil. Cierto que el art. 1092 del Código Civil remite al Código Penal para su regulación, pero tras haberla enumerado entre las obligaciones civiles, de las que se distingue porque encuentra su fuente en un delito o falta (art. 1089, Cód. Civ.). Por lo demás, el mismo hecho de que el Código Civil considere necesario hacer mención de la remisión al Código Penal parece mostrar que *parte* de la naturaleza civil de la responsabilidad civil.

Por otra parte el propio Código Penal ofrece argumentos en favor de la naturaleza civil, y no penal, de las sanciones reparatorias: el art. 117 establece que la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá del mismo modo que *las demás obligaciones*, con sujeción a las reglas del derecho civil.

Por último, desde el punto de vista conceptual abona el carácter civil de la responsabilidad civil el constante recurso que debe hacerse a los preceptos del derecho civil para llenar las numerosas lagunas de la regulación que se contiene en el Código Penal[26].

En suma, *conceptualmente* parece preferible considerar de naturaleza civil la responsabilidad nacida de delito o falta. Pero desde la perspectiva *político-criminal* es más ventajoso incluir en el derecho penal esa clase de responsabilidad civil. La lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas totalmente independientes unas de otras. Es mejor considerar a la responsabilidad civil como un instituto penal, como un instrumento particular de la política

[26] Así lo reconoce J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 606.

criminal, que como una consecuencia jurídico-civil desconectada de un especial cometido político-criminal.

En este sentido, debe aplaudirse la solución procesal española, consistente en dilucidar ambas formas de responsabilidad en el mismo proceso penal, que consigue dotar a la civil de la especial eficacia que hace precisa su particular significación, ya que no es independiente de toda función intimidatoria. Cierto que esta fórmula *procesal* no decide necesariamente la naturaleza *material* de la responsabilidad civil, pero, sin duda, es mucho más coherente con la inclusión de ésta en el seno del derecho penal.

*Político-criminalmente* es, pues, aconsejable contemplar la responsabilidad civil nacida de delito desde el prisma del derecho penal. Ello no significa necesariamente una contradicción con la naturaleza civil que demuestra la perspectiva *conceptual*. Pueden conciliarse ambos puntos de vista si se admite que el derecho penal puede integrarse también de un medio de naturaleza civil.

Si todo lo anterior se admite, deberá completarse la definición de derecho penal en los términos siguientes: *conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil.*

## II. ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL

### 1. *Planteamiento.*

Al concepto formal de derecho penal pertenece la problemática de la *norma penal*. Si el derecho penal se define como conjunto de normas jurídicas, importará saber *qué naturaleza* han de poseer estas normas (rango jerárquico), y *qué estructura* encierran. La primera cuestión enlaza con el problema del *principio de legalidad*, según el cual sólo la *ley* es norma jurídica susceptible de tener carácter penal. Pero el examen del principio de legalidad encuentra un lugar sistemático más adecuado en el apartado destinado a los *límites* propios del ejercicio de la facultad punitiva (*ius puniendi*) del Estado, porque ello aclara mejor el significado *político-jurídico* de ese principio, que desborda ampliamente la problemática del concepto *formal* de derecho penal y de la norma penal. Estudiarlo ya ahora, sería, sin duda, sobrestimar el aspecto *formal* del principio

de legalidad en perjuicio de su rico contenido político, de imperativo dirigido al legislador. Por consiguiente, de los dos aspectos mencionados de la norma penal, su rango jerárquico y su estructura, sólo el segundo será examinado en este lugar.

## 2. *Estructura de la norma penal.*

### A) *Supuesto de hecho y consecuencia jurídica.*

En la definición propuesta de derecho penal se parte de normas que asocian determinadas *consecuencias jurídicas* (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil) a ciertos *presupuestos* (delito, estado peligroso, desequilibrio patrimonial). Al mismo tiempo que el contenido diferencial de la norma penal, ello describe su *estructura*, que no es específica de ella sino común a toda norma jurídica formalmente completa. *Supuesto de hecho*[27] o presupuesto, por un lado, y *consecuencia jurídica*, por otro, constituyen los dos momentos esenciales a la estructura de toda norma de derecho[28].

### B) *Precepto y sanción; norma primaria y norma secundaria.*

RODRÍGUEZ DEVESA considera preferible esta terminología a la de *precepto* y *sanción* utilizada por un sector de la doctrina, puesto que, a su juicio, no es exacto que el *precepto* se limite a una parte de la ley penal, ya que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción[29]. Sería equivocado equi-

[27] Así suele traducirse, en este contexto, la palabra alemana *Tatbestand* (por ejemplo, en la trad. de E. GIMBERNAT ORDEIG de la obra de K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, ps. 167 y ss.), la cual se traduce, en cambio, como "tipo" cuando se emplea como categoría de la teoría del delito. Ciertamente, la duplicidad no es satisfactoria, pero la respetamos porque se halla ya consagrada y sirve para expresar los importantes matices diferenciales de ambos usos de la palabra *Tatbestand*.

[28] Cfr. por ejemplo, R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, cit., ps. 32 y s.; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 164; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 7; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 141; C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *Introducción al estudio del derecho penal*, cit., ps. 162 y siguiente.

[29] Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 141.

parar "precepto" y "presupuesto", porque el presupuesto no es por sí solo ningún precepto[30].

Pero lo cierto es que, bien entendida, la contraposición de precepto y sanción no se corresponde con la de presupuesto y consecuencia jurídica, sino que responde a una perspectiva distinta. Mientras que este último par de conceptos describe sólo la estructura *lógica* de la norma, el primero apunta a su *esencia* imperativa. Presupone, pues, que la norma posee naturaleza imperativa (que es una prohibición o un mandato), lo que ya se verá más adelante que compartimos[31]. Pero aun así resulta incompleto contraponer precepto y sanción, pues en toda norma se expresan dos preceptos distintos, y no sólo uno: el primero, dirigido al ciudadano, le prohíbe u ordena actuar de determinada forma (*norma primaria*), y el segundo, que se dirige al juez, le obliga a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho (*norma secundaria*)[32]. Las normas penales se distinguen de las demás normas jurídicas por el mandato *penal* de la norma *secundaria* (el deber del juez de imponer una pena)[33]. Ambos preceptos poseen su sanción: para la norma primaria la prevista en la concreta disposición de que se trate (p. ej.: en el art. 407, Cód. Pen., la pena de reclusión menor), y para la norma secundaria la responsabilidad administrativa y penal prevista en otras disposiciones para los órganos que incumplen el mandato de aplicar aquella sanción legal. Entonces, la distinción precepto-sanción que suele utilizarse para explicar la ley penal, sólo alcanzaría a la norma primaria contenida en ella.

Resumiendo: 1) Desde el punto de vista de la estructura *lógica* sólo es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídi-

[30] En este sentido equivocado C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *Introducción*, cit., p. 163.

[31] Ver *infra*, dentro del apartado destinado a "El concepto material de derecho penal", I.

[32] Ver, por todos, R. ZIPPELIUS, *Einführung*, cit., ps. 32, 36 y ss. El mismo sentido tiene la distinción que propuso ROCCO entre *comando giuridico principale y comando giuridico secondario*: ver ROCCO, *L'oggetto del reato*, en *Opere giuridiche*, I, Roma, 1933, ps. 67 y ss.

[33] Pero es demasiado radical la observación de ROCCO, según la cual el mandato principal es "incoloro" en el sentido de que éste, en cuanto tal, es idéntico en todo sector del orden jurídico, para el que no hay diferencia sustancial entre el mandato de no matar y el de cumplir una obligación civil (loc. cit.). Entendido a la letra, esto llevaría a la *accesoriedad* plena del derecho penal, al estilo de BINDING, lo que no admitimos.

ca; 2) la distinción precepto-sanción alude al significado imperativo, más que a la estructura formal, de la norma penal; pero, para que sea válida a ese nivel, debe completarse distinguiendo entre norma primaria y norma secundaria.

Ahora bien, adviértase que la estructura lógica representada por la distinción presupuesto-consecuencia, que es la estructura propia de la redacción de las proposiciones jurídico-penales, tiene carácter *hipotético*: si alguien mata a otro (presupuesto), será castigado (consecuencia). Y esta estructura hipotética es la que corresponde a lo que, según se ha visto, recibe el nombre de norma *secundaria*, es decir, la que impone al juez el deber de imponer la sanción. Equivale a decir: si alguien mata a otro, *el juez deberá* castigarle . . . En otros términos, la redacción de las proposiciones jurídico-penales sólo expresa de forma *directa* la norma secundaria. La norma primaria, la que prohíbe u ordena una conducta al ciudadano, no se formula directamente por la ley, sino que sólo cabe inferirla *indirectamente* de la misma. En esto se basan la *teoría de las normas* de BINDING y la teoría de las *normas de cultura* de M. E. MAYER.

### C) *La teoría de las normas de BINDING y M. E. MAYER.*

BINDING partió, en efecto, de la formulación hipotética de las proposiciones jurídico-penales. En este sentido pudo decir que el delincuente no *infringe*, sino que *cumple* la ley penal, puesto que viene a realizar la hipótesis imaginada por la ley, que no se formula como prohibición o mandato al ciudadano que puedan ser infringidos por éste, sino como mandato dirigido al juez cuyo presupuesto se cumple con la realización de un delito. Lo que, para BINDING, vulnera el delincuente es la *norma*, que concibe como el imperativo dirigido al ciudadano que *precede* conceptualmente a la ley penal (el "¡no matarás!" que precede a "el que matare a otro será castigado"). Las *normas* de BINDING, pertenecientes al derecho público general –no específicamente penal–, podían ser escritas o no y hallarse previstas fuera del derecho penal, pero lo normal es que se *dedujesen*, implícitamente, de las mismas disposiciones hipotéticas de la ley penal. Según esto, la ley penal expresaría de forma explícita un mandato destinado al juez (en nuestra terminología: norma secundaria) y encerraría implícitamente una nor-

ma dirigida al ciudadano (en nuestra terminología: norma primaria)[34].

La teoría de las *normas de cultura* de M. E. MAYER representó una continuación, en versión sociológica, de la construcción de BINDING, quien, no obstante, la rechazó duramente[35]. Para M. E. MAYER, las normas de cultura son mandatos y prohibiciones a través de las cuales la *sociedad* exige de los ciudadanos comportamientos adecuados a los intereses de la misma. El legislador penal parte de esas normas sociales a la hora de decidir qué debe ser castigado. Tras cada ley penal hay, pues, una norma de cultura dictada por la sociedad[36].

Ambas formulaciones, la de BINDING y la de M. E. MAYER, vienen a coincidir en lo esencial: la ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano (norma primaria), sino sólo un mandato dirigido al juez (norma secundaria); la norma primaria es *previa*, y externa, a la ley penal en sentido estricto. La diferencia entre las dos teorías es que BINDING considera de naturaleza *jurídica* (pública) a las normas previas, mientras que M. E. MAYER les atribuye carácter *social* (prejurídico).

A estas concepciones se les ha criticado lo que tienen de común: que den por supuesta la existencia de normas extrapenales previas a la ley penal. Se ha objetado que no es necesaria la existencia de normas independientes y anteriores a la ley penal, sino que el legislador penal crea a menudo la norma con la sola formulación de la ley penal: hay normas cuya existencia se basa sólo en la presencia de la ley penal, única que permite inferirlas. Por lo demás, al penalista –se dice– no le importan más que las normas que se desprendan de las leyes penales. En síntesis, ni son necesarias normas previas a la ley penal, ni cuando existen tienen un significado que no se deduzca ya de la ley penal[37].

[34] Ver K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 3ª ed., Leipzig, 1946, I, ps. 4 y ss., 132 y ss.

[35] BINDING llegó a calificar a la teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER de "la más odiosa creación de una dogmática jurídica pervertida sociológicamente y completamente apartada del verdadero derecho": cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed., Leipzig, 1914, II-1, p. 370.

[36] Ver M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Heidelberg, 1923, ps. 37 y siguientes.

[37] Ver el resumen de estas críticas en R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 220 y s., quien, sin embargo, las rechaza. En nuestro país RODRÍGUEZ DEVESA añade otras objeciones: *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 143.

Frente a estas críticas, un sector de la ciencia penal actual, en parte a partir de la revisión que ha supuesto la doctrina finalista de la acción (ver *infra*, cap. 3, III, 4)[38], vuelve a reclamar la vigencia de las posiciones fundamentales de la teoría de las normas. Que esta formulación sea vista con simpatía desde los principios de la teoría finalista, no puede extrañar, pues: 1°) La norma, como *imperativo* dirigido al ciudadano, aparece adecuada a la esencia *final* de la acción, dado que un imperativo no es más que solicitud de ordenación de la finalidad en un sentido dado; 2°) la naturaleza *previa* de las normas responde bien al punto de partida metodológico del finalismo, a saber, la vinculación del legislador a estructuras lógico-objetivas prejurídicas.

Pero MAURACH defiende la teoría de las normas con otros argumentos. Por una parte, afirma la *necesidad lógico-jurídica* de normas previas a la ley penal. Por otra parte, las considera imprescindibles desde la perspectiva de la *dogmática jurídico-penal*. La necesidad *lógica* de las normas nace, para MAURACH, de la insuficiencia de la *sola* idea de la lesión de bien jurídico para fundamentar la pena, insuficiencia que se deduciría de que la ley no castiga *todos* los ataques concebibles contra los bienes jurídicos, sino, a menudo, sólo ciertas *modalidades* de ataque –las más graves– de esos bienes. Así sucede en los delitos contra la propiedad, la cual no se protege penalmente de toda forma de lesión, sino sólo de agresiones especialmente peligrosas. Con ello se refiere MAURACH a lo que se conoce con el nombre de *carácter fragmentario* del derecho penal[39]. La consecuencia de la mencionada insuficiencia de la lesión de bien jurídico para acotar el campo de lo punible sería que para la punición de una lesión de bien jurídico es precisa, *lógicamente*, la existencia previa de una *norma* que prohíba dicha lesión[40].

También para la *dogmática jurídico-penal* reputa MAURACH necesaria la teoría de las normas. Sin ella no cree posible una correcta solución de la teoría de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Así, la esencia de las *causas de justificación* sólo podría explicarse en base a que el imperativo de la *norma* cede en esos casos, pese a

[38] Así, en especial, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., p. 280. También, R. MAURACH, *Deutsches Strafrechts, A. T.*, cit., ps. 221 y siguientes.

[39] Ver sobre esto, recientemente: MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en *Festschrift für* MAURACH, Karlsruhe, 1972, p. 99.

[40] Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 221 y siguiente.

la subsistencia de la ley penal que describe el tipo. Del mismo modo, el *conocimiento del injusto* cuya posibilidad exige la culpabilidad, no alcanza al conocimiento de la *ley penal*, sino que se contenta con el de contrariedad a una *norma* jurídica. Ello sin contar con que la distinción de ley penal y norma es condición necesaria, para MAURACH, de que pueda llevarse a cabo satisfactoriamente la delimitación de error de *tipo* y error de *prohibición*[41].

Los argumentos acabados de referir no demuestran la necesidad de una teoría de las normas como las formuladas por Binding o M. E. MAYER. Estas construcciones no se contentan con distinguir a nivel *puramente lógico* entre un juicio hipotético formulado expresamente por la ley penal y una norma imperativa implícita a esa ley penal, sino que coinciden en mantener que la existencia de las normas imperativas es previa a la ley penal, en el sentido, no sólo lógico, de que no se desprenden de ella, sino que la preceden. Dicho de otro modo: la norma no se deduce de la ley penal, sino que, viceversa, la ley penal presupone una norma previa de la que parte.

Ahora bien, a nuestro juicio, con ello la teoría de las normas va demasiado lejos. Tienen razón quienes le objetan que hay leyes penales sin normas precedentes en que puedan fundarse y que, incluso cuando a la ley penal antecedo una norma, ella es decisiva para la ciencia penal no en cuanto norma precedente, sino en la medida en que se halle reflejada en la ley penal. Pero eso no obsta a la posibilidad y utilidad de distinguir, *en el plano puramente lógico*, dos aspectos en toda ley penal: 1) un mandato hipotético dirigido al juez, de aplicar la pena señalada; ello se *expresa directamente* en la ley; 2) una norma dirigida al ciudadano prohibiéndole u ordenándole la conducta de que se trate; esa norma *se desprende de forma mediata* de la redacción hipotética de la ley penal, de modo que no *precede* a ésta ni es condición de su vigencia.

Estos dos aspectos se corresponden con la distinción, más arriba formulada, de norma *secundaria* y norma *primaria*, lo cual viene a sentar otra diferencia importante respecto de la teoría de las normas: el mandato hipotético dirigido al juez es *también* una *norma imperativa*. No pueden, pues, contraponerse la ley penal, como juicio hipotético no imperativo, y la norma imperativa que se halla tras él.

[41] Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., p. 223.

D) *La estructura comunicativa de la norma penal.*

Hasta aquí se ha *partido* de los puntos de vista tradicionales sobre la estructura de la norma jurídico-penal. Las distinciones supuesto de hecho-consecuencia jurídica y norma primaria y norma secundaria sirven de base, en efecto, a la inmensa mayoría de análisis doctrinales de la estructura de la norma jurídica y jurídico-penal. Pero ahora se alza en contra de estas premisas la importante formulación de CALLIESS[42], que pide un desplazamiento radical del terreno en que se halla situada la problemática de la estructura de la norma jurídico-penal.

CALLIESS aborda la cuestión de la estructura de la norma jurídico-penal no como problema en *sí mismo*, de puro análisis lógico desvinculado de consecuencias ulteriores, sino como *base* para la solución a la cuestión de la *función* de la pena, que cree hay que resolver sobre la base de la estructura del derecho penal *positivo* y no a partir de apriorismos metafísicos[43]. Todo ello lo sitúa Calliess en la perspectiva de la moderna sociología, en la dirección que le imprimió PARSONS en Norteamérica[44] y que ahora se está extendiendo considerablemente en Alemania gracias, sobre todo, a la *Systemtheorie* de LUHMANN, quien ha despertado el interés de la teoría general del derecho por esa perspectiva, ocupándose él mismo de trasladar al mundo de lo jurídico la teoría de los sistemas sociales[45].

A partir de la concepción de la sociedad como *sistema de procesos de interacción y comunicación*, se fija en la estructura *comunicativa* que relaciona a los distintos *sujetos* presentes en toda norma jurídico-penal. Como norma paradigmática utiliza parágrafo 242, párrafo 1°, del StGB alemán: "Quien *sustraiga a otro* una cosa mueble ajena, con la intención de apropiársela antijurídicamente, *será castigado por hurto*". La elige de entre las de la Parte Especial, porque sólo éstas encierran la estructura completa de la norma

[42] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, 1974.

[43] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 15.

[44] Ver T. PARSONS, *The social system*, Glencoe/Illinois, 1951.

[45] Ver N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (2 vol.), Reinbeck bei Hamburg, 1972, y *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Rhein, 1969.

jurídico-penal, mientras que las normas de la Parte General poseen sólo carácter *complementario* de los de la Parte Especial[46]. Pues bien, en la proposición jurídico-penal que define el hurto, como en las demás de la Parte Especial, se hallan presentes distintos sujetos, y no aisladamente, sino en una específica *conexión*. Esta *conexión* se caracteriza como sigue: mientras que un sujeto (*ego*) *actúa* (generalmente de forma activa), en otro sujeto (*alter*) *recae* esa actuación y un tercer sujeto (*tercero*) está llamado a *reaccionar* frente a ella con una pena. Esta conexión entre los sujetos puede describirse como un complejo de *expectativas recíprocas*, como una red comunicativa en la cual cada sujeto *espera* no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros. Así, *ego* ha de esperar no sólo un determinado comportamiento del *tercero* como respuesta a su actuar, sino también que el *tercero* y *alter* esperen que se deje determinar en favor de una conducta conforme a derecho. Esta conexión de expectativas tiene lugar, según los delitos, en distintos ámbitos o *sistemas sociales*: la economía, el Estado o el tráfico viario, p. ej.[47].

Según lo anterior, la estructura de las normas penales es una estructura basada en la recíproca conexión (comunicación) de los tres sujetos (sujeto activo, sujeto pasivo y Estado) presentes en ellas. CALLIESS prefiere este punto de vista al tradicional por dos razones principales: 1) Porque esa estructura de comunicación intersubjetiva es la misma estructura de toda acción social, de toda "acción comunicativa"[48]; 2) porque sólo dicha estructura permite concebir la norma penal no sólo como "conducción" (*Steuerung*), sino como "regulación" (*Regelung*). A continuación se explicará el sentido que CALLIESS atribuye a esto último.

Para este autor, el planteamiento tradicional, que distingue entre *supuesto de hecho y consecuencia jurídica*, en una relación hipotético-condicional, y ve en cada norma un *imperativo* dirigido a los ciudadanos bajo la amenaza de pena, responde a lo que en cibernética se llama "*conducción*" (*Steuerung*), que consiste en una direc-

[46] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 15 y siguiente.

[47] Cfr. R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 16.

[48] "La designamos como típica estructura de las proposiciones jurídico-penales porque es una estructura que subyace a todo lo social y, por ello, también a las proposiciones jurídico-penales. En cuanto estructura en que se basan las proposiciones jurídico-penales, no es sólo la estructura lógica de esta o aquella proposición jurídico-penal. Es la estructura misma de todas las acciones comunicativas". R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 17.

ción *ciega*, sin control de los resultados y sin que éstos *regresen* modificando la dirección. Entendida *hipotéticamente, condicionalmente*, la pena asignada en la proposición jurídico-penal se determina *previamente*, y sólo es precisa la realización del supuesto de hecho para que *automáticamente* corresponda la pena. La determinación de la pena es, entonces, la *consecuencia última* a que conduce la proposición jurídico-penal, y no depende de los resultados que a partir de entonces se consigan con la pena. En este sentido, el esquema tradicional entiende, según CALLIESS, la norma penal como "conducción": porque la pena se señala previamente, de modo ciego ante los efectos de la pena.

En cambio, la "regulación" supone un tomar en cuenta continuamente los resultados de la dirección, que *retroceden* orientando a la dirección misma, la cual, a su vez, se adapta a los resultados que va consiguiendo (*Rückkoppelung*). Ello podrá suceder –piensa CALLIESS– si la estructura de la proposición jurídica deja de responder al modelo condicional-hipotético (si supuesto de hecho; entonces consecuencia jurídica), para pasar a concebirse como relación comunicativa interdependiente de los tres sujetos (ego, alter y tercero = sujeto activo, sujeto pasivo y Estado), pues tal relación comunicativa se basa en las expectativas de cada uno respecto de los demás y esas expectativas habrán de ir variando según la conducta de los sujetos: así, la pena que el tercero (Estado) ha de aplicar dependerá de los efectos que *espere* haya de poseer la misma en el sujeto sometido a ella, así como de los resultados que se compruebe vayan produciéndose durante su ejecución.

Por este camino quiere llegar CALLIESS a formular un concepto de norma jurídico-penal que sirva a la función de *resocialización*, la cual sólo puede conseguirse adaptando la pena a los resultados que produce en el condenado[49]. A nivel de teoría general del derecho, CALLIESS expresa las mismas ideas atribuyendo al derecho la función de *diálogo* con los sujetos de la relación, como manifestación de su "estructura dialogal de sistemas sociales"[50].

En síntesis, la concepción de la estructura de la norma jurídica que sostiene CALLIESS –como relación comunicativa de sujeto activo, sujeto pasivo y Estado– obedece a la *función* (dialogal) que dicho autor atribuye al derecho penal. El desarrollo más porme-

[49] Para todo lo anterior cfr.: R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 17 a 27.
[50] Así, en el mismo libro *Theorie der Strafe*, cit., ps. 11 y 75 y siguientes.

norizado de la problemática que suscita la función del derecho penal corresponde a un epígrafe posterior, por lo que debe detenerse aquí el análisis de la reciente construcción de CALLIESS. Pero importaba adelantar alguna idea para exponer el sentido de una inteligencia de la estructura de la norma jurídico-penal que se diferencia de las posiciones clásicas en que no parte del puro análisis conceptual de la norma, sino que es consecuencia de una determinada concepción de su *función*. El *funcionalismo* se halla, pues, como se ve, tras el total planteamiento de CALLIESS.

Ahora bien, el distinto terreno en que se mueven las formulaciones tradicionales y la propuesta por CALLIESS impide que sean literalmente incompatibles. Puede mantenerse que desde el punto de vista *estático* la norma jurídico-penal se compone de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y admitir, al mismo tiempo, que en una perspectiva *funcional*, esa norma expresa una relación comunicativa entre sujetos. Pero, claro está, esto último presupone que se atribuye al derecho penal idéntica *función* que CALIESS, lo que ha de decidirse al examinar el tema de la función de nuestra rama del derecho.

En cualquier caso, ya se vislumbra que la estructura de la norma no es una pura cuestión *constructiva*, de análisis formal, sino que se halla en estrecha relación con el fundamento último del derecho penal. Haber situado en primer plano este aspecto de la problemática de la estructura de la norma jurídico-penal, constituye, sin duda, una aportación de CALLIESS a la que no cabe renunciar.

### 3. *Leyes penales incompletas y leyes penales en blanco.*

El examen de la estructura de la norma jurídico-penal ha puesto de manifiesto que, desde el punto de vista estático, la misma obedece, como toda norma jurídica, al esquema supuesto de hecho –consecuencia jurídica–. Pero, por lo general, la expresión *completa* del contenido de esta estructura no se corresponde con los concretos artículos de las leyes penales. Suelen destacarse como ejemplos de ello las "normas penales en blanco", mas lo cierto es que éstas no ofrecen más que supuestos extremos de lo que es *regla* en la legislación penal: los artículos legales no acostumbran a coincidir con las normas jurídico-penales completas.

A) *Leyes penales incompletas en cuanto a su contenido, como regla general.*

*a*) Podría pensarse que la mayor parte de artículos de los Libros II y III del Código Penal, así como los que definen delitos y faltas en las Leyes Especiales, constituyen normas penales *completas*, por responder a la estructura supuesto de hecho-consecuencia jurídica. Así, por poner un ejemplo sencillo, el art. 407 sería considerado como paradigma de norma penal completa: "El que matare a otro (supuesto de hecho), será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor" (consecuencia-jurídica)[50 bis]. Tal conclusión sería, sin embargo, probablemente inexacta, si por norma "completa" se entiende aquella que determina *exhaustivamente* el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica (y no sólo toda aquella que posea un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, aunque el contenido de éstos no se halle exhaustivamente precisado).

Adviértase, en efecto, que un entendimiento *literal* del art. 407, que lo concibiese como norma completa en sí misma, llevaría al absurdo de considerar efectivamente punible *todo* homicidio, con independencia de que concurriesen causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, y siempre con la pena de reclusión menor, aunque se hallasen en juego circunstancias modificativas que impusieran el desbordamiento del marco típico de la pena. Por lo demás, del solo art. 407 no se desprende el contenido de la penalidad "reclusión menor". Tanto esta penalidad como los límites del supuesto de hecho del art. 407 y de la concreta sanción aplicable, dependen de preceptos situados en el Libro I del Código Penal[51]. En realidad, el art. 407 dice más de lo que quiere decir, pues no es cierto que el que matare a otro será castigado *siempre* con la pena de "reclusión menor", sino sólo que ello tendrá lugar cuando no concurran causas de justificación ni de exclusión de la culpabilidad, ni tampoco circunstancias modificativas que alteren la pena típica (limitaciones del supuesto de hecho). Pues bien: todas estas limitaciones se hallan implícitas en el art. 407 porque así lo

[50 bis] Así, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 15.

[51] J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., escribe: "... en el presupuesto hay que tener en cuenta todos los preceptos de la 'Parte General' que a él se refieren": p. 146.

impone la interpretación sistemática, que obliga a su puesta en relación con otros preceptos del Código Penal: los arts. 8, 9, 10, 11, en relación con los arts. 61 y ss., y 30. Ahora bien, si estos preceptos han de completar al art. 407, éste no puede considerarse expresión de una norma penal *completa*.

La doctrina ha advertido el carácter incompleto y complementario de los preceptos previstos en la Parte General, pero suele quedar en olvido que tampoco son completos los preceptos integrados en la Parte Especial. Así, para LARENZ, proposiciones jurídicas incompletas son *sólo* las que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica previstos en otras proposiciones jurídicas distintas[52]. STAMPA BRAUN escribe: "no toda 'disposición' de carácter penal alberga una norma completa". Y del contexto se deduce que parte de la idea de que lo normal es que los preceptos penales contengan normas completas. En nota dice expresamente: "tales disposiciones van siempre referidas a una *norma completa*"[53]. Recientemente, sin embargo, ZIPPELIUS viene a reconocer que las proposiciones jurídicas requieren normalmente su puesta en relación con otras destinadas a completarlas[54].

Este último es el único camino certero: ni las proposiciones contenidas en la Parte Especial ni, por supuesto, las que se hallan en la Parte General, encierran por sí solas normas penales completas en cuanto a su contenido[55]. Éstas son el resultado de la coordinación de ambos tipos de preceptos. En esta observación se basa la *teoría de los elementos negativos del tipo*[56], que posiblemente constituye la consecuencia más importante del carácter incompleto de los preceptos de la Parte Especial.

Viene a negarse, por esta construcción, el planeamiento tradicional de la relación existente entre tipo y antijuridicidad: se rechaza que la exclusión de la antijuridicidad por obra de las cau-

[52] Ver K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., ps. 175 y ss. También R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, cit., I, p. 98: "La mayoría de las disposiciones del StGB y de las leyes accesorias constituyen *leyes penales completas* . . .".

[53] Ver J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953, p. 29.

[54] Ver R. ZIPPELIUS, *Einführung*, cit., p. 41.

[55] En cambio, *formalmente* la mayor parte de disposiciones de la Parte Especial son "completas", en cuanto responden a la estructura de supuesto de hecho-consecuencia jurídica.

[56] Ver HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, p. 15.

sas de justificación no arrastre consigo la ausencia de tipicidad. Se dice que un hecho justificado deja de ser, al mismo tiempo, típico. Para la teoría de los elementos negativos del tipo sólo son típicos los hechos: 1º) adecuados a un precepto de la Parte Especial (o excepcionalmente a los que definen las formas de imperfecta ejecución, de participación o los actos preparatorios punibles), y 2º) no amparados por ninguna causa de justificación. Esto se expresa asignando al tipo dos partes, una *positiva*, coincidente con el concepto de tipo mantenido por la doctrina tradicional que arranca de BELING, y otra *negativa*, integrada por la ausencia de causas de justificación[57].

Todo este nuevo planteamiento carecería de sentido si el precepto que según la doctrina clásica describe el tipo constituyese una norma penal completa, por lo menos en cuanto a la configuración del supuesto de hecho. La teoría de los elementos negativos del tipo presupone que el *tipo completo* requiere la puesta en relación de los preceptos que conminan provisionalmente con pena ciertas conductas y los que definen causas de justificación: "el que matare a otro (art. 407) sin concurrir ninguna causa de justificación (art. 8)".

La *consecuencia* más importante de la teoría de los elementos negativos del tipo –y por ello del carácter incompleto de los preceptos de la Parte Especial– es el tratamiento del error sobre los

[57] Ya se decidieron en favor de la *teoría de los elementos negativos del tipo*: A. MERKEL, *Derecho penal*, trad. de P. DORADO, Madrid, s.f., p. 52; R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, introducción al § 51, nota marginal 3. Los defensores más importantes de esta construcción en la doctrina moderna son: K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, en *Festschrift für E. MEZGER*, München-Berlín, 1954, p. 133; Arthur KAUFMANN, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, en el libro *Schuld und Strafe, Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln . . ., 1966, ps. 102 y ss.; mismo autor, *Tatbestand, Rechtfertigungsgrund und Irrtum*, en "Juristenzeitung", 1956, ps. 353 y 393; C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., Berlín, 1970, ps. 171 y ss.; mismo autor, *Die Irrtumsregelung*, desde 1960 . . . en "Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform", 1961, ps. 213 y siguientes.

En España, se manifiestan favorables a esta teoría: J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 348 y s. E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1966, p. 60, nota 214; S. MIR PUIG, *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1973, nº 2, p. 327, donde pongo de manifiesto que el término "delito" o "falta" equivale en el Código al "tipo total de injusto" que defiende la teoría de los elementos negativos del tipo.

presupuestos de las causas de justificación como *error de tipo*, y no como error de prohibición, como quiere el finalismo[58].

Pero debe señalarse que el tipo completo propugnado por la teoría de los elementos negativos del tipo no constituye *todavía* por sí solo el supuesto de hecho de una norma jurídico-penal completa. Además de la ausencia de causas de justificación, la aplicación de la consecuencia jurídica asignada al tipo precisa la falta de causas de exclusión de la *culpabilidad* y de circunstancias *modificativas* que determinen la superación del marco abstracto de la pena. Quiere esto decir que la teoría de los elementos negativos del tipo no lleva a la búsqueda de la norma completa, sino que es sólo *una* de las consecuencias de que los artículos de la Parte Especial encierren normas incompletas.

Queda por explicar la razón por la cual el legislador penal ha elegido la vía de la escisión de las normas jurídico-penales en distintas proposiciones legales, en lugar de hacer corresponder éstas con normas completas. Se trata de un procedimiento que obedece a conveniencias de economía legislativa[59]. Si para cada figura de delito hubiese que aludir a todas las proposiciones complementarias de la Parte General, el Código Penal debería repetir su Libro I tantas veces cuantos delitos contienen los Libros II y III, lo que resulta a todas luces absurdo.

*b*) Hasta aquí se han venido contraponiendo los preceptos de la Parte Especial (Libros II y III del Código Penal) y los contenidos en la Parte General (Libro I del Código Penal), de modo que la descripción del tipo positivo correspondía a los primeros. En ciertos supuestos la coordinación de ambos grupos de preceptos opera de forma distinta. Me refiero a las formas de imperfecta ejecución y de participación y a los actos preparatorios punibles. También todas estas figuras constituyen tipos, como el delito consumado del autor incluido en la Parte Especial (y distinto a él)[60], pero la misma parte *positiva* de dichos tipos requiere ya la puesta en relación

[58] Cfr. Arthur KAUFMANN, *Zur Lehre*, cit., ps. 117 y siguientes.

[59] Así, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 145 y s., donde añade: "Un lento proceso histórico ha ido extrayendo de lo que hoy llamamos 'Parte Especial', columna vertebral del derecho punitivo, aquellos componentes de la ley penal que se repiten en todos o en varios delitos para formar con ellos la 'Parte General' ".

[60] Cfr. S. MIR PUIG, los términos "delito" y "falta", cit., ps. 358, 369 y s. y 373 y s.; A. FERRER SAMA dedica un trabajo especial al tema de *La tentativa como especial tipo penal*, en "Revista de Estudios Jurídicos", 1941, p. 251.

de preceptos de los Libros II y III, por una parte, y del Libro I, por otra. El tipo positivo de la tentativa de homicidio, pongo por caso, resulta de relacionar el art. 407 con el art. 3 del Código Penal. Además, la penalidad típica correspondiente no se halla señalada en los Libros II y III, sino en el Libro I (art. 52).

Los preceptos que regulan los grados de imperfecta ejecución, las formas de participación y los actos preparatorios punibles son, por ello, doblemente incompletos: por un lado, en cuanto, como todo delito, suponen la remisión a las proposiciones que regulan las causas de exclusión y modificación de la responsabilidad criminal y el contenido de las distintas penas; por otro lado, porque poseen la particularidad de que su propio tipo positivo resulta de la coordinación de los preceptos de los Libros II y III del Código Penal con los que regulan esas figuras en el Libro I del mismo Código.

La razón de la mencionada especialidad es paralela a la que justifica el carácter incompleto de la gran mayoría de preceptos penales: la economía legislativa, que aconseja reducir a fórmulas generales la posibilidad de extender el elenco de hechos típicos por razón de imperfecta ejecución, de participación o de realización de ciertos actos preparatorios de cada uno de los actos descritos en la Parte Especial, en lugar de repetirlos para cada caso[61].

La coincidencia de las razones que explican la necesidad de completar todo precepto de la Parte Especial (p. ej., art. 407) con otros de la Parte General (p. ej., art. 8), por una parte, y la de coordinar los preceptos que regulan los grados de imperfecta ejecución, las formas de participación y los actos preparatorios punibles (arts. 3, 4, 12 y ss. y 50 y ss.) con los que definen el delito consumado (p. ej., art. 407) para obtener el propio tipo *positivo* de dichas figuras, por otra parte, no excluye importantes diferencias en ambos grupos de supuestos. Adviértase que en el primer caso la

[61] WELZEL escribe: "Es una cuestión de técnica legislativa incluir en los tipos la tentativa ... o formular los tipos en principio como delitos consumados y a continuación conminar con pena la tentativa en una cláusula general ... El último camino es técnicamente más viable y lingüísticamente más popular. Cfr. *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 189. En el mismo sentido E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 429 y 469. En España, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El "iter criminis" y la tentativa*, en "El Criminalista", t. IV, p. 243; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. CÓRDOBA RODA, G. RODRÍGUEZ DEVESA, A. DEL TORO y J. R. CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, ps. 67 y s.; S. MIR PUIG, *Los términos "delito" y "falta"*, cit., ps. 358, 369 y siguiente.

Parte Especial encierra el precepto *principal* (así, art. 407), al que vienen a completar los de la Parte General (preceptos *complementarios*) (así art. 8). Si bien el precepto de la Parte Especial es también incompleto, se distingue de los de la Parte General en que es *principal* respecto a éstos. ZIPPELIUS viene a designar esta naturaleza de los preceptos de la Parte Especial llamándolos "tipos troncales" (*Rumpftatbestand*) o "tipos de partida" (*Ausgangstatbestand*), reservando el nombre de "determinaciones complementarias" a las proposiciones concordantes de la Parte General[62]. En cambio, en la tentativa y frustración, formas de participación y actos preparatorios punibles no puede distinguirse entre precepto principal ("tipo de partida") y "delimitaciones complementarias", puesto que el propio tipo positivo básico resulta de la coordinación de varios preceptos. El precepto de la Parte Especial no puede considerarse precepto principal, porque *no se realiza* en ninguna de esas figuras, que precisamente presuponen su no concurrencia. Y tampoco parece satisfactorio considerar a las fórmulas generales de los arts. 3 y 4 y 12 y ss. del Código Penal como preceptos *principales*, pues su misma generalidad impide la mínima concreción del supuesto de hecho exigible a un precepto definidor de una específica figura de delito. Lo vendría a confirmar el hecho de que las penalidades asignadas a las figuras examinadas no están fijadas de forma absoluta, sino relativa, dependiendo de la figura de delito a que se refieran. Ello no se aviene bien con una concepción unitaria del tipo (apelando a las definiciones de los arts. 3 y 4, 14, 15, 16 y 17, como preceptos *principales*) en las mencionadas instituciones.

Todo lo anterior sirvió de base a la solución que defendí en mi libro *La reincidencia en el Código Penal*, en relación a la cuestión del *título* del Código en que se encuentran los grados de ejecución, las formas de participación y los actos preparatorios punibles. La imposibilidad de decidir cuál de los preceptos que los regulan constituye el *Rumpftatbestand*, el "tipo troncal" a que se refiere ZIPPELIUS, cierra las puertas a su inclusión en *un solo* título del Código. La única solución que se me alcanza es entender que aquí concurren más de *un título*: los correspondientes a los distintos preceptos reguladores. Pero ello hace inaplicable la circunstancia de reincidencia (art. 10, 15°) cuando alguna de las infracciones en juego (la ya condenada o la actual) reviste una de aquellas modali-

[62] Ver R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, cit., ps. 40 y siguientes.

dades, ya que el art. 10, 15°, requiere que los delitos estén comprendidos en "el mismo título", lo que supone que cada delito debe estar ubicado en un solo título. Conclusión ésta que en ciertos casos resultará insatisfactoria desde la perspectiva de la justicia material, pero que es una criticable consecuencia más obligada por el intolerable *formalismo* sobre que se ha basado la reincidencia del art. 10, 15°, que en lugar de requerir la analogía de los delitos, exige que tengan cobijo en "el mismo título de este Código"[63].

B) *Leyes penales incompletas en cuanto a su estructura, como excepción: las leyes penales en blanco.*

La mayor parte de proposiciones jurídico-penales no expresan, como se ve, normas penales completas en cuanto a su contenido. Pero normalmente cada uno de los preceptos legales alberga una *parte* del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, a completar por otros preceptos. Es excepcional que una disposición legal deje *totalmente* sin expresar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. Ello es posible sin que la disposición deje de ostentar la estructura necesaria en toda proposición jurídica, a través de la *remisión* a otras disposiciones a las que se encarga "rellenar" el vacío existente en el precepto remitente. Éste es el caso de las "leyes penales en blanco".

*a*) La extensión precisa del concepto de ley penal en blanco varía según los autores. En su origen dicha noción sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código Penal del *Reich*) dejaba la determinación del supuesto de hecho en

[63] Lo dicho en el texto no es más que un muy escueto resumen de las consideraciones que este arduo problema merece en mi libro, *La reincidencia en el Código Penal, análisis de los arts. 10, 14, 10, 15, 61, 6°, y 516, 3°*, Barcelona, 1974, ps. 367 y ss. (cap. 12, III, 1). Parecidos razonamientos alcanzan a los delitos *culposos*, que en mi opinión no se hallan comprendidos ni en el título correspondiente a las específicas figuras de delito cuya parte objetiva realizan, porque éstas definen tipos *dolosos*, ni en el art. 565, porque éste carece de la necesaria concreción que permita distinguir suficientemente los diversos tipos culposos posibles. Esto último, además –y esto es extensible a las definiciones generales de formas de imperfecta ejecucion, de participación y preparatorias punibles–, impide el art. 565 cumplir la función de *agrupación sistemática* que constituye la *ratio* de la exigencia de comprensión en un mismo título del art. 10, 15: La interpretación teleológica confirma –lo que es decisivo– los resultados de la gramatical: ver ob. cit., ps. 372 y ss. (cap. 12, III, 2).

manos de los Estados (*Länder*) o de los municipios[64]. La ley penal en banco se concibe, por ello, en un principio, como "autorización" o "delegación" por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco. Ésta es la concepción que ideó BINDING[65].

*b*) MEZGER amplió este concepto de ley penal en blanco, añadiendo otros dos supuestos. Junto al caso mencionado –el complemento de la ley en blanco se halla contenido en otra ley, pero emanada de *otra* instancia legislativa–, que siguió considerando el de ley penal en blanco "en sentido estricto", adicionó los siguientes:

1°) El complemento se halla contenido *en la misma ley.*

2°) El complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanado de la misma instancia legislativa.*

Para MEZGER, estos supuestos coinciden con el de ley penal en blanco "en sentido estricto" en que todos ellos son sólo modalidades particulares de "técnica legislativa externa", sin que ello encierre consecuencias ulteriores. En los tres casos, "el necesario 'complemento' es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya *completado* cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal"[66].

Como ejemplos de las distintas hipótesis propuestas por MEZGER, *en nuestro Código Penal,* cabe mencionar los siguientes:

1°) Leyes penales en blanco *en sentido estricto* (el complemento se halla en una fuente distinta y de inferior rango): art. 342 ("... sin cumplir con las formalidades prescritas en los *Reglamentos respectivos* . . ,"), art. 345 ("infracción de las disposiciones sanitarias"), art. 577, que remite a disposiciones administrativas (su último párrafo dice: "los que de cualquier otro modo no grave infringieren los *reglamentos, ordenanzas y bandos* sobre higiene pública dictados por la autoridad dentro del círculo de sus atribuciones") y art. 581 del mismo Código, que también alude a "las reglas establecidas"

[64] Cfr. J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal,* cit., p. 30.

[65] Ver K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung,* cit., § 24, I, 2, ps. 161 y siguientes.

[66] Cfr. E. MEZGER, *Tratado de derecho penal,* trad. española y notas de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, 2ª ed., I, cit., ps. 381 y siguiente.

y a la "infracción de los reglamentos, ordenanzas o bandos". El art. 339 sólo pertenecerá a este grupo de supuestos cuando se contravenga lo dispuesto por los "reglamentos", no por "leyes" (formales o equivalentes), a las cuales también remite. Lo mismo es extensible al art. 343 bis.

2º) Leyes penales en blanco cuyo complemento se encuentra en una *ley* (mismo rango jerárquico) *distinta*: art. 573, 3º, en cuanto se admita que en él "leyes" hace referencia a "leyes formales" (o equivalentes). Más importante es el caso de los arts. 520 y 521, que remiten a las declaraciones de quiebra fraudulenta y culpable según el *Código de Comercio*, y el art. 522, que castiga "a los que ejecutaren cualesquiera de los actos que se determinan en el art. 893 del Código de Comercio".

3º) Leyes penales en blanco cuyo complemento está contenido en *la misma ley*: art. 514, Cód. Pen., que define el tipo del hurto, pero no prevé la penalidad, señalada en otro precepto, el art. 515; lo mismo ocurre en los arts. 500 y 501, Cód. Pen.; art. 306, que se remite a las modalidades falsarias del art. 302.

*c*) El planteamiento amplio de MEZGER, aceptado en nuestro país por RODRÍGUEZ DEVESA[67], es rechazado por JIMÉNEZ DE ASÚA y STAMPA BRAUN. El primero niega el carácter de ley penal en blanco al supuesto en que el complemento se ubica en la *misma ley* y, aunque admite el caso de remisión a ley distinta del mismo rango, lo llama "caso impropio" y reserva "la estrictez o rigurosidad de las leyes en blanco" para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad[68]. El segundo autor adopta todavía una posición más estricta al limitar abiertamente la denominación "normas penales en blanco" al caso en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior. Los otros dos supuestos constituyen solamente variedades de técnica legislativa[69].

Se vuelve, de esta forma, al punto de partida histórico del concepto de ley penal en blanco: ésta se concibe como una "autorización" a una instancia inferior. En el *fundamento* de este concepto, así entendido, descansaba algo más que una pura "técnica legislativa", contra lo que pretende MEZGER. Se trataba de un procedi-

[67] Ver J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 149.

[68] Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, II, 3ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 353. El mismo concepto parece mantener J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 89.

[69] Ver J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción*, cit., ps. 32 y siguiente.

miento dotado de significado *político* vinculado al principio de legalidad. Era la única vía –de la cual debe hacerse uso excepcional– que permitía definir delitos a la Administración Pública o a otros órganos de inferior jerarquía a la exigida por el principio de legalidad. Pues bien: este significado político es ajeno a las modalidades que añadió MEZGER, que constituyen –éstas sí– un mero expediente técnico. Desde esta perspectiva es acertado, pues, como hace STAMPA, oponerse a unir bajo un mismo denominador común el concepto originario de ley penal en blanco y los supuestos de remisión a otros lugares de la misma ley o a otra ley de la misma naturaleza.

*d*) Pero hay otros aspectos para los que es preferible un concepto algo más amplio de la ley penal en blanco, coincidente con el que, aun con restricciones, admite JIMÉNEZ DE ASÚA (todos los casos en que el complemento se halla *fuera de la ley* de que se trate, sea del mismo o de inferior rango que ésta). A los efectos del tratamiento del *error* y de la *retroactividad* de la ley penal más favorable, han de equipararse todos los supuestos en que la disposición complementaria esté ubicada en otra normativa.

En cuanto al *error* plantean idénticos problemas todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley *no penal*. Tras considerarse estos casos como de *error de derecho extrapenal* exculpante, en la actualidad se equiparan a las demás hipótesis de error: habrá que distinguir entre error sobre los elementos del *supuesto de hecho* de la norma no penal (error de tipo) y error sobre la *existencia o límites de dicha norma* (error de prohibición)[70]. Ya se comprende que esta problemática alcanza por igual a todos los casos en que el complemento de la ley en blanco se halla en una norma no penal, aunque sea del mismo rango.

Tampoco en materia de *retroactividad* de la ley más favorable cabe discriminar según la jerarquía de la norma en que se encierra el complemento. En los dos casos posibles –igual e inferior rango– se plantea de igual forma la cuestión de si ha de aplicarse retroactivamente, según el art. 24 del Código Penal, la ley penal en blanco que ha visto modificado su complemento por *alteración de la fuente* en que éste se halla. Así, si se modifican los reglamentos a

[70] Ver G. WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands-, und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzten*, Berlín, 1955, ps. 36 y ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., p. 274; H. WELZEL, *Des deutsche Strafrecht*, cit., p. 168; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, A. T.*, cit., p. 230.

que alude el art. 339 o, incluso, las normas que rigen la circulación rodada a los efectos de aplicación de la imprudencia con infracción de reglamentos (art. 565). El difícil problema que ello suscita[71] no se ve afectado por la jerarquía de la norma modificada, por lo que deja de ser útil, a estos efectos, limitar el concepto de ley penal en blanco a los casos de remisión a la norma de inferior rango.

Tal vez por estas razones, de *igualdad de tratamiento* de los dos supuestos posibles de complemento situado fuera de la ley en que se halla el precepto penal en blanco, la doctrina actual alemana incluye en este concepto toda norma que sólo fija expresamente la consecuencia jurídica y deja la determinación del contenido del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la Administración[72].

*e*) Concepto en cualquier caso distinto al de ley penal en blanco es el de las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la *consecuencia jurídica*. Este supuesto que JIMÉNEZ DE ASÚA denomina "ley en blanco al revés"[73], es para RODRÍGUEZ DEVESA "una mera cuestión de técnica legislativa equivocada", pues el operar normalmente señalando a un hecho la penalidad que se fija para otro en distinto lugar (así en el art. 535 respecto del art. 528), lleva al peligro de que se olviden las necesarias diferencias de gravedad entre ellos[74]. A esto añadiré que si la remisión tiene lugar a instancia inferior se renuncia a la exclusividad en la *precisa* fijación de la pena que, como garantía constitucional, corresponde indeclinablemente a la *ley*.

[71] Ver J. R. CASABÓ RUIZ, en J. CÓRDOBA RODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, A. DEL TORO MARZAL y J. R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., ps. 50 y s., que estudia en particular el problema de las modificaciones de las normas de tráfico. *en lo demás*, en favor de la retroactividad favorable al reo: J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 107; A. FERRER SAMA, *Comentario al Código Penal*, II, Murcia, 1947, ps. 152 y ss.; J. CÓRDOBA RODA, en *Notas* al *Tratado* de R. MAURACH, cit., I, p. 144; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 171. Ver también las Ss. de 26 de junio de 1963, 8 de noviembre de 1963, 9 de marzo de 1964 y 13 de diciembre de 1966.

[72] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 86; R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, p. 98. Aunque por razones distintas, defiende un concepto análogo de ley penal en blanco F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., ps. 18 y siguientes.

[73] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado . . .*, cit., II, ps. 352 y siguiente.

[74] Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 149, nota 29, y 121.

## II

## EL CONCEPTO MATERIAL DE DERECHO PENAL

### *Planteamiento*

En las páginas que anteceden se ha examinado el concepto *formal* de derecho penal, ofreciéndose una *definición* del mismo que ha de permitir delimitarlo respecto de otras ramas del derecho, y analizando la estructura formal de la norma jurídico-penal. Ahora corresponde ocuparnos de los aspectos *materiales* del concepto hasta aquí formalmente considerado. Pueden agruparse en dos puntos: 1) *esencia* de la norma jurídico-penal y 2) *función* del derecho penal. Habrá ocasión de comprobar que ambos núcleos de cuestiones se hallan relacionados entre sí.

### I. ESENCIA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL

#### 1. *Norma de valoración o norma de determinación.*

Bajo este epígrafe se contemplará la cuestión de si la norma penal es *norma de valoración o norma de determinación*, es decir, si la norma penal es o no *imperativa*. Se trata, en mi opinión, de un problema específicamente *penal*, que no puede resolverse acudiendo sin más a la teoría general del derecho. La respuesta puede ser, creo, distinta a ambos niveles. Pero antes de justificar esta afirmación y de dar solución a la cuestión planteada, deben esclarecerse los términos de la misma. ¿Qué significa la alternativa "norma de valoración" "norma de determinación"?

Quienes conciben la norma penal como "norma de valoración" la entienden como expresión de un *juicio de valor*, que distingue lo lícito penal de lo antijurídico penal. Según esto, el art. 407 del Código Penal no significa sino un juicio de desvalor sobre la acción de matar a otro. Este precepto no encerraría un *imperativo*, dirigido al ciudadano, de no matar[75].

[75] Ver, por todos, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 178. En realidad, apenas se defiende esta postura en términos radicales: lo normal es que se llegue sólo a

Por el contrario, la teoría *imperativa* considera a la norma penal como norma de *determinación*, esto es, como *mandato* o *prohibición* dirigida al ciudadano. El ordenamiento jurídico consiste, en este sentido, en manifestaciones de voluntad del legislador que reclaman un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica, y sus normas son prohibiciones de deber ser que deben cumplir los hombres a quienes afectan[76].

Como antes se ha adelantado, la elección entre ambos puntos de vista puede ser distinta en relación a la norma penal que en relación a la norma jurídica en general. Respecto de esta última posiblemente tenga razón LARENZ al señalar la inconveniencia de ver la esencia de toda norma jurídica en una función imperativa, pues hay normas jurídico-civiles que no se explican satisfactoriamente con arreglo a esta concepción: así, las proposiciones jurídicas que conceden a alguien un derecho o modifican, limitan o sustraen un derecho existente (como las disposiciones sobre la adquisición o pérdida de la propiedad), las que regulan la constitución de un poder de representación, o la adquisición o pérdida de un poder[77]. En cambio, en derecho penal no existen normas que no puedan concebirse imperativamente.

No son obstáculos a esta afirmación, contra lo que opina BOCKELMANN, las llamadas normas de autorización (*Erlaubnisnormen*), que contienen las causas de justificación[78]. Cierto que a

---

señalar la *preferencia* del aspecto *valorativo* sobre el *imperativo* de la norma penal, pero sin excluir este segundo aspecto. Ello se traduce entonces, en la teoría del delito, en la distinción de injusto y culpabilidad como ámbitos, respectivamente, de la norma de valoración y la norma de determinación: como norma de valoración la norma penal operaría decidiendo la juricidad o antijuridicidad del hecho, valorándolo a través de un juicio *despersonalizado*, mientras que el aspecto de la norma de determinación entraría en juego sólo para determinar la presencia o ausencia de culpabilidad, referente al autor: cfr. E. MEZGER, *Lehrbuch*, cit., p. 164; J. BAUMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 271. Más ecléctica mente, P. BOCKELMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 36 y s. En este esquema la función valorativa de la norma penal ocupa el lugar central, porque decide, por sí sola, la conformidad o contrariedad a derecho del acto, lo cual se afirma como presupuesto lógico de la función determinadora o imperativa. (Así, ahora, J. BAUMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 271.)

[76] Ver K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, ps. 22 y ss.; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., ps. 123 y ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 179; H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim, Berlín, Leipzig, 1935, p. 85; B. PETROCELLI, *Principi*, cit., ps. 2 y siguiente.

[77] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., ps. 167 y siguientes.

[78] Ver P. BOCKELMANN, *Strafrecht*, cit., p. 35.

menudo no expresa un *deber* –un imperativo– de actuar típicamente, sino sólo la *facultad* de hacerlo. Pero las proposiciones jurídicas en las que se prevén las causas de justificación no constituyen normas independientes, sino disposiciones auxiliares, *limitadoras del imperativo* formulado por las proposiciones jurídicas que encierran los tipos de delito. La norma penal *completa* se forma de la puesta en relación del tipo (positivo) y la causa de justificación. Pues bien: la norma penal así integrada sí es imperativa. El mismo planteamiento ha de hacerse extensible a los demás preceptos de la Parte General del Código Penal, que ya se sabe que están en función, complementaria, de los Libros II y III.

Tampoco se opone a una concepción imperativa de la norma penal la punibilidad de la *culpa inconsciente*[79]. Cierto que la norma de cuidado que protege al bien jurídico lesionado, al no ser siquiera advertida, no *logra* motivar imperativamente en esa clase de imprudencia, que se caracteriza precisamente por la no previsión de la posibilidad de la lesión y, por tanto, de la necesidad de atender a la norma de cuidado. Sin embargo, ello no significa que la norma de cuidado deje entonces de *querer* motivar, sino que, por el contrario, la imprudencia consiste en este caso, ante todo, en no haber advertido el autor el imperativo de la norma. Que el autor no haya reconocido dicho imperativo no puede significar que éste no exista, y que éste existe lo demuestra el mismo hecho de la punibilidad de la culpa consciente, que sería absurda si la norma de cuidado renunciara en ella a seguir expresando un imperativo.

Por último, la objeción de BOCKELMANN según la cual las normas penales no pueden dirigirse a los inimputables, quienes, a pesar de ello, pueden actuar antijurídicamente[80], puede también contestarse de modo satisfactorio. Que los inimputables puedan actuar antijurídicamente significa que pueden contradecir la norma penal, lo que para Bockelmann es contradictorio con la concepción imperativa de ésta, porque en su opinión la norma violada no puede entenderse como imperativo frente al inimputable, incapaz de comprenderla. La única solución le parece entender que el inimputable infringe sólo una norma de valoración, no de determinación. Frente a esto, creo que tiene razón JESCHECK cuando señala que la norma penal *también* se dirige a los inimputables: "También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales están sometidos a

[79] En contra de la opinión de P. BOCKELMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 35.
[80] Ver P. BOCKELMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 35.

las normas jurídicas que les afectan, y la experiencia demuestra que de hecho normalmente son motivados por las normas jurídicas. Sólo gracias a ello pueden participar, siquiera dentro de ciertos límites, en la vida de la comunidad"[81]. La norma quebrantada por el inimputable es, pues, también una norma imperativa. Cuestión distinta es que la consecuencia jurídico-penal de su infracción no pueda ser en caso de inimputabilidad la pena prevista para el tipo de injusto.

Ninguna de las tres objeciones planteadas por BOCKELMANN se opone, pues, a la concepción imperativa de la norma penal. Por el contrario, ésta es la perspectiva más adecuada a la norma penal *en sentido estricto*, es decir, la que pertenece al sector *punitivo* del derecho penal: la que asocia una pena a un delito. Más dudoso es si tal concepción sirve para reflejar la esencia de las normas que fijan *medidas de seguridad* a estados peligrosos. A continuación se examinarán ambos grupos de problemas.

## 2. *Esencia imperativa de la norma punitiva.*

*a*) Las proposiciones jurídico-penales que asignan penas a delitos se expresan en forma hipotética, no de mandato o prohibición. No se dice: "prohibido matar", sino: "el que matare a otro será castigado . . .". El análisis de esta estructura hipotética corresponde a un apartado anterior ("Estructura de la norma penal"), pero aquí importa desentrañar el significado que puede tener para la esencia, imperativa o valorativa, de la norma penal punitiva. A primera vista podría parecer que la ausencia de una formulación imperativa –mandato o prohibición– abona la tesis valorativa y contradice la teoría imperativista. Sin embargo, desde BINDING, primero, y M. E. MAYER, después, se sabe –como se vio más arriba II, 1, C– que tras la forma hipotética del *precepto* penal se encierra una *norma* imperativa, que obliga a hacer o a omitir[82]. Es obvio, en efecto, que no *sólo* se señala una pena para el caso de que se mate, sin que se prohíba matar: cuando la ley dice: "el que matare a otro será castigado . . .", *está prohibiendo* matar. Esto expresa la

[81] Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch, A. T.*, cit., p. 179.

[82] Ver K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 3ª ed., I, Leipzig, 1916, ps. 4 y ss., 132 y ss.; M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Heidelberg, 1923, ps. 37 y siguientes.

distinción de BINDING entre *precepto* y *norma*. No procede ahora volver a examinar los detalles, ni tampoco el planteamiento metodológico, de la teoría de las normas de BINDING. Tampoco se trata de renunciar aquí al rechazo que en su lugar se efectuó del sentido específico que BINDING dio a la distinción precepto-norma, justamente discutido en la doctrina actual[83]. Importa ahora solamente poner de manifiesto que, pese a la formulación hipotética de las proposiciones jurídico-penales, se expresan en ellas *normas imperativas*, mandatos o prohibiciones.

*b*) Tal carácter imperativo de la ley penal se corresponde con la *función* que ésta está destinada a cumplir. La norma penal opera apelando a la *motivación* del ciudadano[84], amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del derecho y en contra del delito. La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza. Evidentemente, al imperativo precede *lógicamente* la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero esta valoración no es más que un momento interno, en el marco del proceso legislativo, mientras que para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que el legislador le asigne la virtualidad de un imperativo[85]. Eso es lo que distingue un mero *deseo* de una *norma* vigente.

*c*) La *consecuencia dogmática* más importante de la concepción imperativa de la norma penal punitiva es la necesidad de incluir en el *centro del injusto* el momento subjetivo de desobediencia, el dolo. Pues el dolo representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma[86]. En efecto. Si el imperativo opera ape-

[83] En España, en sentido crítico, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 143. Recoge las críticas en Alemania, aunque sin compartirlas, R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, cit., I, p. 259, y *Deutsches Strafrech, A. T.*, cit., ps. 220 y siguiente.

[84] En España han puesto de manifiesto la *función de motivación* de la norma penal, E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en Anuario de Ciencia Jurídica, I, 1971-72, p. 278; F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm*, cit., ps. 312 y ss.; mismo autor, *Introducción*, cit., ps. 46 y ss. En Italia G. BETTIOL escribe: "Il diritto fa apello alla volontà individuale", *Diritto penale, Parte Generale*, 7ª ed., 1969, p. 82.

[85] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 179.

[86] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 179; KRAUSS, *Die Zurechnung des Erfolgs im Umrechtstatbestand*, tesis doctoral, Göttingen, 1963, ps. 32 y siguientes.

lando a la motivación del sujeto, conminándole a decidir *su voluntad* en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no, ha de influir en la gravedad de la contradicción del imperativo. Si la norma penal es reclamo de obediencia dirigido a la voluntad, el momento subjetivo de la desobediencia integrará la esencia de la antijuridicidad. Por este camino se llega a la tesis fundamental del finalismo, pero a partir de un diferente punto de arranque: no a partir del concepto de acción, sino desde la esencia imperativa de la norma penal, esto es, desde la esencia de la antijuridicidad[87].

*d*) Pero la elección de una concepción imperativista de la norma penal punitiva no sólo tiene trascendencia dogmática (sistemática), sino que puede afectar a las bases *político-criminales* del derecho penal. La *función* de la pena se decidirá, entonces, más coherentemente en el sentido de protección de bienes jurídicos, de *prevención*, que en el de pura realización de la justicia, de pura *retribución*. En efecto: quien entienda la norma penal como imperativo, lo hará porque atribuye a la norma penal la función de motivar en contra del delito[88], es decir, la función de prevención de delitos y de protección de bienes jurídicos. En cambio, quien vea en la función valorativa el carácter esencial de la norma penal, llevará lógicamente al primer plano la función valorativa de la pena, que se entenderá como juicio de desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, como pura retribución.

Lo dicho no pretende resolver, por sí solo, la densa problemática del fundamento del derecho de castigar. La consideración detenida de esta cuestión se efectuará más adelante, pues afecta al centro de los apartados destinados a la función del derecho penal y al fundamento y límites del *ius puniendi*, del derecho penal subjetivo. Pero se ha adelantado aquí uno de los aspectos del proble-

[87] Aunque, como es lógico, los finalistas defienden también, al llegar a la teoría del injusto, el carácter imperativo de la norma penal. Ello explica la recepción actualizada, de la teoría de las normas de BINDING por Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, cit., ps. 123 y ss.; cfr. también, H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., p. 85; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, cit., p. 221, y *Tratado de derecho penal*, cit., I, p. 259.

[88] En favor de la función *motivadora o de motivación* de la norma jurídico-penal, recientemente, E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, cit., p. 277, y *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en el libro *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, ps. 93 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en el libro *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1974, ps. 312 y siguientes.

ma para que se viese que la discusión planteada sobre el carácter imperativo o valorativo de la norma no es puramente "teórica", sino que tiene importantes consecuencias, y no sólo sistemáticas, sino también relativas a la base de la orientación político-criminal del derecho penal.

### 3. *El problema de la esencia de las normas que prevén medidas de seguridad.*

Mucho más difícil que justificar el carácter imperativo de la norma penal *punitiva* (la que señala penas) es hacerlo respecto de la norma penal que asocia *medidas de seguridad* a estados peligrosos. Esta última no opera, como la norma punitiva, a través de la motivación del ciudadano, pues no encierra la amenaza de un mal para el caso de que se realicen determinados comportamientos. La asignación de medidas de seguridad no representa prohibición ni mandato alguno que opere, como imperativo, de modo *previo* a la decisión del sujeto, puesto que actúa *a posteriori*, después de la constatación de la peligrosidad. No es conceptualmente imaginable que se *prohibiese ser peligroso*. Los imperativos no pueden referirse al modo de *ser*, sino sólo al *actuar*. ¿Significa esto que la norma que asigna medidas de seguridad no es imperativa, sino valorativa?

La respuesta no puede tampoco ser positiva, porque, por su propia naturaleza, la previsión de medidas de seguridad no supone un *juicio de desvalor* sobre el sujeto peligroso, característica ésta que distingue, precisamente, la medida de seguridad y la pena. Sería desconocer la naturaleza de las medidas de seguridad concebirlas como respuesta valorativa a un estado de la personalidad desvalorado, pues se aplicaría así a las medidas de seguridad el mecanismo lógico de la retribución, absolutamente ajeno a su concepto. Las medidas de seguridad no son valoración, ni el resultado de un juicio de valor, sino sólo medios de prevención de hechos futuros desvalorados (delitos futuros).

Lo dicho hasta aquí parece llevar a un callejón sin salida: por una parte, la norma que prevé medidas de seguridad no es un imperativo dirigido al ciudadano; por otra, esa norma no tiene significado valorativo. La única posibilidad que frente a esto advierto es concebir esta clase de normas como *imperativo dirigido a los tribunales* llamados a aplicar las medidas de seguridad. De los dos imperativos que cabe descubrir en la norma penal punitiva, el di-

rigido a los ciudadanos, que prohíbe u ordena una conducta (*norma primaria*), y el dirigido a los tribunales obligando a aplicar una sanción (pena) en el caso de incumplimiento (*norma secundaria*)[89], la norma que prevé medidas de seguridad sólo encierra el segundo imperativo, la norma secundaria, dirigida a los tribunales. Las normas que ahora examinamos no prohíben ni ordenan al ciudadano, pero sí obligan a los tribunales a imponer medidas de seguridad a los sujetos peligrosos.

Si el planteamiento propuesto es correcto, habrá que concluir que también las normas penales que señalan medidas de seguridad poseen carácter imperativo.

## II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

El planteamiento *tradicional* suele equiparar la función del *derecho penal* a la función de la *pena* y la *medida de seguridad*[90]. Las opiniones se dividen en cuanto a la función que corresponde a la pena (retribución, prevención general o especial, o combinación de ambos puntos de vista).

Frente a la equiparación de la función de la pena –y de la medida de seguridad– a la del derecho penal, se alza ahora la opinión de CALLIESS, que reclama la autonomía de la función del derecho penal, como única vía para una fundamentación específicamente *jurídica* –y no metafísica– de nuestro objeto.

Empezaré por exponer resumidamente los distintos planteamientos mencionados.

### 1. *Función del derecho penal como función de la pena y de la medida de seguridad.*

#### A) *La función del derecho penal de la pena.*

Ya que no corresponde a este lugar examinar en detalle todas las teorías formuladas sobre la pena, me limitaré a resumir, aun a

[89] Sobre esta distinción de "norma primaria" y "norma secundaria" ver R. ZIPPELIUS, *Einführung*, cit., ps. 36 y siguientes.

[90] Como ejemplo puede citarse el de MAURACH, que incluye, en el capítulo II de su *Tratado*, titulado "Los cometidos del derecho penal", como contenido esencial, "Las teorías de la pena".

riesgo de una excesiva simplificación, las posiciones fundamentales mantenidas en los dos últimos siglos y sin duda todavía compartidas por amplios sectores de la ciencia presente. La retribución, la prevención y la unión de ambas ideas constituyen los ejes de la discusión moderna en torno a la función de la pena que, como se ha indicado, suele servir de única base a la concepción de la función del derecho penal.

*a) La función retributiva (teorías absolutas).*

*a')* Conviene antes que nada, en evitación de graves y frecuentes equívocos, distinguir la *función* de la pena del *concepto* de pena, como hoy insisten RODRÍGUEZ DEVESA[91] y SCHMIDHÄUSER[92], desde el derecho penal, y ALF ROSS[93], desde la teoría general del derecho, aunque con terminología no coincidente con la aquí empleada. Según su *concepto* la pena es un *mal* que se impone *por causa de la comisión de un delito*: conceptualmente, la pena *es* un castigo. Pero admitir esto no implica, como consecuencia inevitable, que la *función* –esto es: fin esencial– de la pena sea la retribución. Aquí planteamos esta última cuestión, no la relativa al concepto de pena.

Desde este punto de vista, proclamar la función retributiva de la pena supone entender que la finalidad esencial de ésta se agota en el castigo del hecho cometido[94]. Ésta fue la posición defendida, desde perspectivas diversas, por KANT y HEGEL. El primero concibió la pena como *"imperativo categórico"* y, como tal, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria: la pena no se funda en que *sirva* a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es "fin en sí mismo", no puede *instru-*

[91] Ver J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 738 y siguientes.

[92] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 16 y 32. Anteriormente varios autores distinguían ya entre "naturaleza" y "fin" de la pena: ver las referencias en M. BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en el libro *Estudios de criminología y derecho penal*, Valladolid, 1972, p. 38. Por ejemplo ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., ps. 477 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., ps. 33 y s., distingue entre "sentido" y "fin" de la pena.

[93] Ver Alf ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, ps. 63 y siguientes.

[94] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Vom sinn der Strafe*, 2ª ed., Göttingen, 1971, ps. 19 y siguientes.

*mentalizarse* en favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado[95].

Para HEGEL el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico con la "voluntad especial" del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la negación de la voluntad general por la voluntad especial del delincuente, de acuerdo con el método dialéctico hegeliano: la *posición* es la voluntad general (orden jurídico), la *negación* de la misma es el delito y, por último, la *negación de la negación* se consigue con la pena[96]. En este planteamiento la pena se concibe sólo como *reacción* que *mira al pasado* (al delito) y no como instrumento de fines posteriores.

Pero que la pena "no se halle al servicio de nada" –como interpreta ROXIN– no significa en esta concepción que no cumpla ninguna *función*. El propio ROXIN reconoce que las teorías *absolutas* asignan a la pena –y con ello al derecho penal– la función de *realización de la justicia*[97].

Junto a esta función esencial, en las teorías absolutas se esconde la atribución al derecho penal de otra función que constituye probablemente la razón última de dichas teorías. Tras la formulación de KANT y de HEGEL, como de sus seguidores en el siglo XIX, se halla por lo general una filosofía política *liberal*, que ve en la proporción con el delito a que obliga la concepción absoluta de la pena

[95] "Richterliche Strafe ... kann niemals bloss als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat": E. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), p. 453. Extremadamente esclarecedor es el famoso ejemplo que propone KANT de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, en cuyo caso –entiende KANT–, pese a la disolución de la sociedad, debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión "para que todos comprendieran el valor de sus hechos": ob. cit., p. 455. Sobre la concepción de KANT ver H. MAYER, *Kant Hegel und das Strafrecht*, en el *Festschrift für K. ENGISCH*, 1969, ps. 64 y ss.; E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, 1965, ps. 229 y siguientes.

[96] Ver G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt, 1970, ps. 185 y s. y 187 y ss.; E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., ps. 294 y siguiente.

[97] Cfr. C. ROXIN, *Siun und Grenzen staatlicher Strafe*, en el libro *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín-New York, 1973, p. 2. En este mismo sentido ha de entenderse la afirmación de CASABÓ, relativa a la construcción de HEGEL: "... la pena cumple una función en sí misma, sin perseguir fin alguno": cfr. J. CÓRDOBA RODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, A. DEL TORO y J. R. CASABÓ, *Comentarios*, cit., II, p. 3.

un *límite de garantía* para el ciudadano[98]. No se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes. Ésta era probablemente la *función* principal que las teorías retributivas querían asegurar al derecho penal: trazar un límite a la prevención, como garantía del ciudadano. En la actualidad, ello sirve de base a un sector de la doctrina para justificar la vuelta a la concepción retributiva como el único modo de impedir los excesos que en nombre de la prevención cometió el Estado nacional-socialista del III Reich[99].

*b'*) La concepción retributiva de la función de la pena no ha sido seguida en *sus términos estrictos* ni por la ciencia penal ni por las legislaciones, que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de realización de la justicia en sí misma[99 bis]. La retribución se ha defendido más que como función o fin de la pena, como su *fundamento*[100], o incluso como su *concepto*. Es expresivo, en este sentido, el ejemplo de MAURACH. Este autor se declara favorable a una concepción retributiva de la pena: "Precisamente la cualidad principal de la pena retributiva estriba en su carácter absoluto desligado de todo fin, tal como se expresa en la exigencia de KANT de que se imponga al último asesino su pena aun cuando perezca con él la sociedad humana"[101]. No obstante, inicia el estudio sobre la pena afirmando: "Existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su *necesidad*. Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia"[102]. Y, sobre todo, defiende la concepción retributiva contra los ataques que le reprochan

[98] Así, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., ps. 298 y ss.; R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, cit., I, ps. 72 y s.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 48 y siguiente.

[99] Ver R. MAURACH, *Tratado*, cit., ps. 76 y ss. y 81.

[99 bis] Reconoce que las teorías absolutas "carecen de representantes en la ciencia penal española", J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 19.

[100] En este sentido A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 104, aunque exagera cuando niega que KANT no otorgó a la pena otra finalidad que la pura retribución: ya se ha visto que para este autor la pena es un "imperativo categórico" y como tal ajeno a toda idea de fines "heterónomos".

[101] Cfr. R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, ps. 79 y siguiente.

[102] Cfr. R. MAURACH, ob. cit., p. 63.

vacuidad de fines preventivos, afirmando que precisamente esta ausencia de fines utilitarios "despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a las de los efectos propios de los fines de prevención", lo cual "concuerda con las exigencias de la intimidación"[103]. Es decir: la retribución es concebida aquí como el mejor modo de prevención. No podría decirse que en esta concepción la *función* de la pena es la retribución en sí misma, sino el servir a la subsistencia de la sociedad, siquiera sea *a través* de la retribución. Éste es el planteamiento de la mayor parte de las teorías *mixtas* o *de la unión*, que se expondrá más adelante.

El hecho de que las teorías *absolutas* no hayan encontrado acogida en el derecho penal, y sí en cambio en la *ética cristiana*[104], resulta perfectamente adecuado a las distintas *funciones* de ambos órdenes. El derecho penal, como todo sector del derecho, no puede pretender establecer la justicia absoluta sobre la tierra, y lo contrario sería confundir sus fronteras con las de la moral. Al derecho corresponde una función mucho más modesta: asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses. El derecho penal contribuye a esa función interponiendo los medios más enérgicos para evitar las conductas que comprometen de forma más grave aquellos fines sociales. En otras palabras, la pena sólo puede justificarse porque cumple la función de prevención de delitos.

*b) La función de prevención (teorías relativas).*

Mientras que las teorías absolutas, en su sentido estricto, parten de que la pena debe imponerse como postulado de justicia, sin que hayan de tomarse en consideración fines de prevención ulteriores, las teorías relativas fundamentan la pena en su *necesidad para la subsistencia de la sociedad*. En consecuencia, para esta otra perspectiva la pena no tiende a la retribución del delito (cometido) en sí misma, sino a la prevención de futuros delitos[105]. Mien-

[103] Cfr. R. MAURACH, ob. cit., p. 80.

[104] Así el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal: "Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer". Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 49 y siguiente.

[105] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., ps. 24 y ss. Sobre las teorías preventivas: J. ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944.

tras que la retribución mira al *pasado*, la prevención mira al *futuro*. En la terminología de SÉNECA, no se pena *quia peccatum est, sed ne peccetur*. El nombre de "teorías relativas" con que suelen designarse las posiciones preventivistas obedece a que, a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

Común a todas las teorías relativas es que atribuyen a la pena y al derecho penal la *función de prevención de delitos*. Pero este punto de partida se concreta de forma muy distinta por las dos corrientes en que se bifurcan, a partir de FEUERBACH[106], las concepciones ahora examinadas: la *prevención general* y la *prevención especial*.

*a'*) *La prevención general. a''*) Defendida en su sentido moderno por FEUERBACH[107], y también por FILANGIERI[108] y BENTHAM[109], la prevención general supone la prevención *frente a la colectividad*. Concibe la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad. Antes de FEUERBACH ello se confiaba sobre todo a la ejemplaridad de la *ejecución* –a menudo brutal– de la pena. El iniciador de la moderna ciencia penal alemana se fijó, en cambio, en otro momento: en el de la *conminación penal* en la ley[110]. Para FEUERBACH, en efecto, la pena sirve como *amenaza* dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como "coacción psicológica" en el momento abstracto de la tipificación legal. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal[111].

*b''*) Contra la prevención *general* cabe oponer que, sin el freno de la proporción con la gravedad del delito, llevaría a extremos

[106] Con anterioridad la prevención general y la especial no se distinguían claramente. Así sucede en PLATÓN y SÉNECA, entre los clásicos, y en la *Ilustración* en los siglos XVII y XVIII (GROCIO, PUFFENDORF, THOMASIO, MONTESQUIEU, VOLTAIRE y, sobre todo, BECCARIA), si bien, según ANTÓN ONECA, en la Ilustración *predominó* la prevención general (ver J. ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, ps. 426 y ss.) y en PLATÓN la prevención especial (ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 478, nota 2). Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 51.

[107] A. V. FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 11ª ed., 1832, parágrafo 12 y ss. Sobre este autor ver G. RADBRUCH, *J. P. A. Feuerbach, ein Juristenleben*, 2ª ed., 1957.

[108] C. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, trad. esp., 3ª ed., Madrid, 1822.

[109] J. BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, París, 1826.

[110] Así, E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., p. 25.

[111] A. V. FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, cit., ps. 14 y siguientes.

inadmisibles[112]. Por una parte, los delitos que por ser *menos graves* no se ven obstaculizados por fuertes barreras en la moral social, deberían ser castigados con las penas más graves, para contrarrestar la frecuencia de su realización y la debilidad de los contraestímulos sociales. Cuando la falta de enérgica reacción social frente al delito estuviese en contradicción con la opinión de la ley, ésta, para afirmarse, exasperaría su rigor, lo cual aumentaría más la distancia entre la voluntad de la sociedad –expresando por su leve reacción– y la del legislador, que utilizaría la pena en contra de las convicciones de la sociedad. Piénsese en las consecuencias que una prevención general sin límites podría tener ante la actual realidad de la levísima sanción social contra el aborto y la enorme cifra oscura de este delito: la pena de este *discutido* delito sería, lógicamente, elevada en exceso para contrarrestar la falta de arraigo de la prohibición del aborto en la colectividad. Ello sería inadmisible para un derecho penal democrático.

Por otra parte, hechos reputados de *máxima gravedad* por la sociedad deberían ser objeto de penas de mínima cuantía, precisamente porque su gravedad, socialmente sancionada, constituye un eficaz freno que hace mucho menos necesario el recurso a la pena estatal. Se razonaría, por ejemplo, así: puesto que el número de casos en que un hijo da muerte a su padre es reducido, no es preciso castigar este delito con tanta pena como otros menos graves –como los delitos contra la propiedad– que se repiten continuamente.

ROXIN añade todavía dos argumentos en contra: 1º) Hay muchos delitos en los que no se ha podido demostrar la eficacia de la pena. Ello sucede tanto en la delincuencia profesional como en los delitos cometidos en un estado pasional intenso (a menudo delitos contra la vida). La aplicación estricta de la prevención general debería llevar en estos casos a la absolución, lo cual es absurdo. 2º) Fundar la ejecución de la pena en la necesidad de intimidar a la colectividad supondría utilizar al condenado como instrumento, castigarle no por lo que ha hecho, sino para que los demás no

[112] ROXIN afirma que la prevención general tiene por lo común "una tendencia al terror estatal": *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 9. La tendencia al excesivo rigor constituye también para JESCHECK una característica de la prevención general: *Lehrbuch*, cit., p. 53. La historia confirma estas observaciones, pues, como es sabido, el derecho penal del Absolutismo se inspiró en la idea de intimidación.

delincan. Esto contradiría el principio kantiano de que el hombre es fin en sí mismo[113].

Ahora bien: examinadas detenidamente todas las objeciones expuestas, se advierte que casi todas atacan a la prevención general porque no ofrece *límites* al poder punitivo del Estado admisibles en un planteamiento democrático[114]. En otras palabras, se critica a la prevención general porque lleva la prevención *demasiado lejos*. Pero con ello no se demuestra que la prevención, en sí misma, deba ser relegada, ni que la prevención general dentro de ciertos límites no constituya una de las bases de la justificación de la pena. Respetados los límites necesarios, me parece difícil negar que la pena se justifica por la necesidad de prevenir los delitos apelando, antes que nada, a la coacción psicológica.

*b') La prevención especial. a'')* A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder del *delincuente*: la pena persigue, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Frente a él, la imposición de la pena ha de servir como *escarmiento* o como camino para la *readaptación social* (resocialización). La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la *ejecución* de la pena.

Dejando aparte lejanos precedentes[115], la prevención especial sigue a la general en la reciente historia de las ideas penales. Se extiende, sobre todo, a partir del último tercio del siglo XIX, defendida por distintas tendencias: el correccionalismo en España, la escuela positiva en Italia y la "dirección moderna" de VON LISZT en Alemania. El influjo más poderoso en favor de la generalización de los puntos de vista de la prevención especial se debe especialmente a este último autor alemán. El correccionalismo de DORADO

[113] C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 9 y 10. Sobre el segundo argumento insiste E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., p. 54.

[114] Tal vez apunta en otra dirección el primero de los dos argumentos de ROXIN mencionados en el texto: la ineficacia de la pena para ciertos delincuentes (o, incluso –añade–, para todo delincuente, ya que al delinquier demuestra que era inútil la amenaza penal: ob. cit., p. 10). Pero a esta objeción puede contestarse (como reconoce el propio ROXIN) señalando que la eficacia de la pena se demuestra por los ciudadanos que no delinquen y que sin ella tal vez lo hicieran. Destaca este aspecto E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., p. 55.

[115] Ya se encuentra en PLATÓN: ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 478, nota 2.

MONTERO[116] no alcanzó seguidores *consecuentes* entre los penalistas, que no se atrevieron a concebir el derecho penal como "derecho protector de los criminales[117]. El positivismo criminológico italiano llevó los principios de la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Pero con ello renunció a influir en la concepción de la pena, cuya idea misma rechazaba. En cambio, el eclectismo de la "dirección moderna" de VON LISZT, al respetar la presencia de la pena en los Códigos, pudo ejercer amplia influencia en las teorías *penales* y en las numerosas reformas de signo "político-criminal" introducidas en las legislaciones del presente siglo.

Partiendo de la idea de *fin* como motriz de la ciencia del derecho –en lo que seguía a IHERING en su segunda etapa, precursora de la teoría de los intereses de HECK–[118], consideró que la pena sólo podía justificarse por su *finalidad* preventiva ("pena final"). En su famoso "Programa de Marburgo" –titulado, en realidad, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*[119]– sentó el siguiente programa político-criminal:

1) "La pena correcta, es decir, la justa, es la pena necesaria", lo que se determina con arreglo a la prevención especial.

2) La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: *a*) Frente al *delincuente de ocasión* necesitado de corrección, la pena constituye un "recordatorio" (*Denkzettel*) que le inhiba de ulteriores delitos; *b*) frente al *delincuente de estado* (*Zustandsverbrecher*) corregible, deben perseguirse la corrección y re-

[116] Que intentó tender el puente de unión con el positivismo criminológico: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, p. 136. Sobre DORADO MONTERO, ver J. ANTÓN ONECA, *La utopía de Dorado Montero*, Salamanca, 1951; M. BARBERO SANTOS, *Pedro Dorado Montero*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1966, nº 173; J. R. CASABÓ, *Comentarios*, cit., II, p. 5.

[117] J. ANTÓN ONECA, *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*, en "Estudios Jurídico-Sociales", en homenaje a LEGAZ LACAMBRA, II, Santiago de Compostela, 1960, ps. 1.024 y ss. Sin embargo, L. SILVELA participa de ciertos postulados del correccionalismo, expresados en la primera parte de su capital obra *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1ª ed., de 1874.

[118] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 64; R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, München, 1969, p. 61.

[119] F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1883, ps. 1 y ss., y en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, reimpresión de Berlín, 1970, ps. 126 y siguientes.

socialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; *c*) frente al *delincuente habitual incorregible*, la pena ha de conseguir la inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo[120].

La función de la pena es, pues, para VON LISZT la prevención especial (frente al ya delincuente), por medio de la *intimidación*[121], la *corrección* y la *innocuización*[122]. Si VON LISZT se aparta así de la prevención general, ello es debido a su consideración del derecho penal como "instrumento de lucha contra el delito", lucha que concibe como ataque a las *causas empíricas* del delito, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente[123]. El objetivo a que ello debía llevar era la *"protección de bienes jurídicos"*[124].

*En resumen*, para VON LISZT la función de la pena y del derecho penal era la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar ulteriores delitos.

Mientras que en Alemania la dirección iniciada por VON LISZT retrocedió durante el presente siglo frente a las teorías predominantemente retributivas, en Italia y Francia ha renacido la orientación basada en la prevención especial gracias al "Movimiento de Defensa Social", sobre todo en su versión moderna de MARC ANCEL[125]. No obstante, en la Alemania actual un sector de la joven ciencia penal tiende a regresar a las ideas de VON LISZT. Se habla de un "retorno a VON LISZT". Se ha reflejado, como resultado más sobresaliente, en el *Alternativ-Entwurf* que opusieron un grupo de profesores como alternativa "progresiva" al Proyecto Oficial de

[120] Ver P. BOCKELMANN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Toils*, en *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, Berlín, 1969, ps. 56 y siguientes.

[121] Debe destacarse que para VON LISZT la intimidación no opera frente a la colectividad, en el momento de la conminación típica, sino frente al delincuente que sufre la pena, lo que resulta consecuente con el planteamiento de prevención *especial*: ver P. BOCKELMANN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption*, cit., p. 56, nota 164.

[122] F. VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, cit., p. 164.

[123] Ello era consecuencia de su planteamiento científico-positivista: ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 49 y siguiente.

[124] F. VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, cit., p. 142.

[125] El fundador de esta dirección fue F. GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padua, 1961, que representa la tendencia extrema, que pretende acabar con los conceptos de delito y pena. Más conciliador es, en cambio, Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2ª ed., Paris, 1966, ps. 37 y siguiente.

Código Penal de 1962[126] cuya vinculación con el programa de VON LISZT fue reconocida en la *Strafrechtslehrertagung* celebrada en Münster en 1967, por su discípulo y continuador de su *Lehrbuch*, Eberhard SCHMIDT, y proclamada por ROXIN en un artículo dedicado a mostrar las relaciones entre el pensamiento de von LISZT y la concepción político-criminal del *Alternativ-Entwurf*[127].

*b'*) Se suele argumentar, contra la prevención especial, que por sí sola llevaría al intolerable resultado de impunidad para todos aquellos casos en que, aun tratándose de delitos graves, el delincuente *no precise* ser intimidado, reeducado ni inocuizado porque deje de existir peligro de que reincida. En aquellos otros supuestos en que *no fuese posible* su resocialización, la prevención especial obligaría a la inocuización perpetua incluso en el caso de que el delito cometido fuese de escasa entidad[128]. Lo primero (falta de necesidad de prevención especial) se ha planteado de forma extrema en relación a los delincuentes nazis –v. gr.: vigilantes de campos de concentración– juzgados años después de concluida la guerra. Pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política *dejaron*, en su mayor parte, *de encerrar peligrosidad criminal*, condicionada al régimen que potenció su actividad criminal. No obstante –se dice– no deja de repeler al sentido de justicia dejar impunes tales hechos. Como señala ROXIN, lo mismo sucede en muchos otros casos, en los que el delito, a menudo grave, obedece a estímulos y circunstancias que casi con seguridad no volverán a repetirse en la vida del individuo[129].

No obstante, quien vea en la protección de bienes jurídicos la función del derecho penal y atribuya consecuentemente a la pena la finalidad de prevención, deberá admitir que contribuye generalmente a la evitación de delitos una configuración de las penas que tienda a resocializar o al menos a impedir la definitiva perversión del delincuente. Como a continuación se verá, las críticas contra la prevención especial se oponen por lo general a su *exclu-*

[126] Ver J. BAUMANN, A. E. BRAUNECK, E. W. HANACK, Arthur KAUFMANN, U. KLUG, E. J. LAMPE, Th. LENCKNER, W. MAIHOFER, F. NOLL, C. ROXIN, R. SCHMITT, H. SCHULTZ, G. STRATENWERTH, W. STREE, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Tübingen, 1969.

[127] Ver C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, ps. 69 y siguiente.

[128] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 53.

[129] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 7. También E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., ps. 59 y siguientes.

*siva* toma de consideración, no a que se limite a *contribuir* a la general función de prevención.

*c) La combinación de las funciones de retribución y prevención.*

*a'*) Las críticas expuestas al filo de la exposición de cada una de las posiciones extremas que cabe adoptar en relación a la cuestión de la función de la pena: 1) realización de la justicia; 2) protección de la sociedad a través de la amenaza de la pena dirigida a la colectividad; 3) protección de la sociedad evitando la reincidencia (en sentido criminológico) del delincuente –se dirigen casi siempre a combatir la exclusividad de cada una de estas concepciones–. No es, por ello, de extrañar que la lucha de escuelas que tuvo lugar en Alemania diera como resultado una dirección *ecléctica*, iniciada por MERKEL, que en la actualidad constituye la opinión dominante en aquel país[130]. Se admite la *retribución*, pero, normalmente, concebida al servicio de la *protección de la sociedad*, función ésta que justifica la retribución. Ahora bien, si la prevención ha de realizarse a través de la retribución, será lógico mantener que ésta sea el *límite máximo* de la prevención. Así se llega a la fórmula dominante del *"Spielraum"*, ámbito circunscrito por la culpabilidad dentro del cual, y no más allá, pueden tomarse en cuenta los fines preventivos.

A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se separan. Dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir dos grandes direcciones. Por una parte, quienes ven en la retribución el *fundamento* de la pena, concediendo a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución, aparte del que les corresponde como justificación de la necesidad de la retribución. Ésta constituye la posición "conservadora", representada por el Proyecto ministerial de 1962[131]. Por otra parte,

[130] En España las teorías mixtas han sido y son las dominantes en la doctrina: ver J. R. CASABO, *Comentarios*, cit., p. 9, y J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, ps. 21 y ss., que recogen abundantes referencias bibliográficas.

[131] Resulta expresivo el siguiente fragmento del Proyecto Oficial de Código Penal de 1962: "... el Proyecto ve el sentido de la pena no sólo en la retribución de la culpabilidad del autor, sino también en la afirmación del orden jurídico. *Además*, sirve a determinados fines político-criminales, en especial al fin de prevenir futuros delitos". Y a continuación se refiere a la intimidación, a la resocialización y a la inocuización, como medios de prevención. Concluye afirmando: "Todos estos fines se alcanzan en parte, sin más, por medio de la pena. Pero pueden tam-

un sector "progresista" de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución corresponde únicamente la función de *limitar* las exigencias de la prevención. El *Alternativ Entwurf* representa la más importante formulación de esta posición[132].

Aquí importa, sin embargo, destacar que, con independencia de sus importantes diferencias, todas las teorías mixtas coinciden en concebir la función del derecho penal como *protección de la sociedad*. Una vez admitido que la retribución, por mucho que no pueda ser sobrepasada, constituye medio de lucha contra el delito y no fin en sí misma, se ha abandonado ya el planteamiento que subyace a las teorías absolutas: que la función del derecho penal se agota en la realización de la justicia sobre la tierra[133].

Las discrepancias nacen a la hora de precisar, por una parte, la relación entre proporcionalidad con el delito y necesidades de prevención, y, por otra, la importancia que corresponde, dentro de la prevención, a la general y a la especial. En cuanto a lo primero, la dirección "conservadora" creerá que la función de protección de la sociedad ha de *basarse* en la función de realización de justicia, mientras que la dirección "progresistas" mantendrá sólo que la función del derecho penal es sólo la protección de bienes jurídicos, y la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor constituyen únicamente el *límite* del ejercicio de esa función. Para los primeros el derecho penal está llamado, pues, a cumplir una *doble función*, retributiva y preventiva, para los segundos, en cambio, sólo la función de protección.

---

bién perseguirse de forma especial en el caso concreto a través de la determinación de la clase y medida de la pena". Ver *Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung*, Bonn, 1962, p. 96.

[132] El parágrafo 2 del Alternativ-Entwurf declara expresamente que la pena sirve a los fines de *protección de los bienes jurídicos y reincorporación del sujeto a la sociedad*. En la *Begründung* del AE se dice, además, que al derecho penal corresponde la función de afirmar "el pacífico orden del derecho, necesario al hombre", y se destaca que la pena "no es ningún proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres": cfr. *Alternativ-Entwurf*, 2ª ed., p. 29.

[133] Esto es válido incluso para los representantes de la dirección "conservadora", como H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., ps. 1 y ss.; R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, cit., I, ps. 58 y ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 1 y siguientes.

Mucho más oscura es la relación en que se conciben la prevención general y la especial. A menudo se limitan a adicionarse sin orden cualitativo claro[134]. Pero tal vez pudiera aventurarse que la dirección tradicional tiende a destacar la *prevención general*: por un lado, como finalidad implícita a la retribución, y, por otro lado, por creer que aquélla ha de conseguirse de la forma más satisfactoria precisamente a través de la pena justa, pues sólo ella –se dice– ejerce en la colectividad el positivo efecto inhibidor que de ella se espera, a diferencia de la pena injusta, que puede dar como resultado la sublevación de las conciencias[135]. En cambio, la corriente más moderna parece inclinarse hacia la *prevención especial*. Ello sucede en el *Alternativ-Entwurf*, que llega a mencionar como finalidad de la pena, junto a la de "protección de bienes jurídicos" la de "reincorporación del delincuente a la sociedad" (parágrafo 2)[135a]. En su parágrafo 59, II, al fijarse los criterios de medición de la pena, antepone incluso el objetivo de "reincorporación del sujeto" al de "protección de bienes jurídicos"; con lo que se quiere destacar la preferencia de lo primero en el momento de la concreta determinación de la pena, a diferencia de lo que ocurre en el momento de la conminación penal típica, en que el parágrafo 2 del *Alternativ Entwurf* pone por delante la protección de bienes jurídicos[136].

Esta distinción deja traslucir un importante giro en el planteamiento tradicional de la función de la pena: de una consideración *unitaria*, independiente de los distintos momentos de operatividad de la pena, se pasa a una perspectiva *diferenciadora*, que distingue la función de la pena en cada uno de tales momentos. A esta nueva perspectiva destinaré el apartado siguiente.

Pero ya ahora debe extraerse una conclusión de la referencia que el *Alternativ Entwurf* efectúa a la "reincorporación del sujeto":

[134] Es lo que sucede en el Proyecto ministerial de 1962: ver *supra*, nota 131. Tal proceder es criticado, con razón, por ROXIN, *Sinn und grenzen*, cit., p. 11.

[135] Así: H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 3, 56 y s.; R. MAURACH, *Tratado*, cit., p. 80; H. MAYER, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, p. 15, donde se refiere a la "*sittenbildende Kraft*" de la pena justa. J. ANTÓN ONECA llega a observar que la prevención general es en la actualidad "la línea a la que se replegaron los antiguos retribucionistas" (*Derecho penal*, cit., p. 479), lo que es cierto si se añade que la retribución sigue defendiéndose como fundamento y límite de la prevención general.

[135a] Expresamente: *Alternativ-Entwurf*, cit., *Begründung*, p. 71; ver, en detalle, C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption*, cit., ps. 74 y siguientes.

[136] Así se desprende de la *Begründung del AE*, cit., p. 109. En este sentido C. ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., p. 57.

ello supone la adición, al lado de la función de protección de bienes jurídicos propia de toda posición preventivista, de la *función tutelar del delincuente.* Importa destacar que este cometido no se concibe como medio integrante de la *prevención* especial –esto es, en interés de la sociedad–, sino independientemente de ella, en interés del *delincuente*[137]. Con ello se pretende, sin duda, dar un paso hacia un derecho penal *humanitario* y no sólo defensista. Ninguna objeción cabe oponer a esta nueva perspectiva, hace tiempo solicitada en nuestro país[138], con tal de que la función tutelar no lleve a desconocer los límites que impone la libre decisión del individuo, que *ha de poder negarse a ser resocializada.*

*b'*) Mención especial requiere –como dije– una corriente, representada por SCHMIDHÄUSER y ROXIN, que combina de una forma peculiar los puntos de vista de las distintas teorías sobre la pena: asignándole funciones diversas en los distintos momentos en que opera. Se pretende con ello superar el planteamiento dominante de las teorías de la unión, consistente a menudo, según se ha indicado, en una mera yuxtaposición de los diferentes fines de la pena.

La formulación de SCHMIDHÄUSER –"teoría de la diferenciación"– parte de la distinción entre teoría de la pena en general y sentido de la pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena. A su vez la teoría de la pena *en general* comprende dos aspectos: la finalidad (o función) de la pena y el sentido de la misma.

La *finalidad* del castigar, visto como fenómeno global, no podría ser otra que la *prevención general,* aunque entendida, de modo realista, no como pretensión de evitar todo delito, lo que es imposible, sino como medio de reducir la delincuencia dentro de los límites que hagan posible la convivencia normal. En este sentido, si es lícito castigar, sería por la absoluta necesidad que la sociedad tiene de la pena[139].

[137] En este sentido, C. ROXIN, ob. cit., ps. 74 y siguiente.

[138] Sobre todo por DORADO MONTERO, que ideó la utopía de "El derecho penal protector de los criminales", designación con que titula su último libro (Madrid, 1915). Siguieron esta dirección Bernaldo DE QUIRÓS (*Las nuevas teorías de la criminalidad,* 4ª ed., La Habana, 1946, ps. 241 y ss.), y L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado,* cit., II, ps. 214 y siguientes.

[139] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.,* cit., ps. 35 y ss. En su monografía *Vom Sinn der Strafe* distingue sólo entre "sentido para la comunidad que castiga" (*strafende Gemeinschaft*) –lo que se corresponde con la finalidad y sentido de la pena *en general*– y sentido para los distintos sujetos que intervienen en la vida de la pena: ps. 43 y ss. Pero la formulación del tratado es posterior (1970) que la 1ª ed. de esta monografía (1963), a la que se remonta el citado esquema.

Esto último sirve de base para la cuestión del *sentido* de la pena en general: desde esta perspectiva no habría otra respuesta que la necesidad de la pena para la convivencia social. Ello supone renunciar conscientemente a que la pena tenga sentido *para el condenado*, pues implica que no se le castiga en beneficio suyo sino en el de *la sociedad*. Viene a rechazarse, con ello, la pretensión kantiana de que el delincuente no pueda utilizarse como *medio* en favor de la sociedad. Tal postulado se opone, según SCHMIDHÄUSER, a la única posibilidad de concesión de sentido a la pena: su necesidad para la vida de la comunidad[140].

Lo anterior vale para la teoría de la pena *en general*. Pero *para cada sujeto* que interviene en la vida de la pena tiene ésta un sentido especial: para el legislador, la pena sirve ante todo a la *defensa de la colectividad*, aunque también debe tener en cuenta la *justicia* en la fijación de las penas; los órganos encargados de la persecución del delito (policía y ministerio fiscal), deben cumplir la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales guiados por el principio de *igualdad* (justicia); el juez debe perseguir en primer lugar la pena *justa*, teniendo en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas, pero dentro del marco de la pena justa debe considerar también la *prevención especial*; los funcionarios de prisiones habrán de otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de *ayudar* al condenado a aprovechar el tiempo de cumplimiento o, al menos, si ello no es posible, la de *prevención especial* por medio de la resocialización; por último, la sociedad –el resto de los ciudadanos– puede también encontrar en el proceso de la punición un sentido referido a su comportamiento, *reconciliándose* con el que ha cumplido una pena y aceptándole de nuevo en su seno[141].

Resumiendo y simplificando: en el momento de la conminación penal predomina la prevención general, en el de la medición de la pena la justicia y en el de la ejecución de la pena la tutela del delincuente y la prevención especial.

Más simple es la construcción de ROXIN, pues no distingue entre finalidad general de la pena y fines específicos según los sujetos intervinientes en el proceso de punición. Se limita a cen-

[140] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, ps. 80 y ss.; *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 38 y siguientes.

[141] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 40 y ss.; *Vom Sinn der Strafe*, cit., ps. 87 y siguientes.

trar la problemática en las tres fases esenciales de la vida de la pena: la conminación penal, la medición de la pena y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde una respuesta distinta a la función de la pena, pero de tal modo que cada una de ellas presupone la anterior[142]. Tal vez por esto la formulación de ROXIN recibe el nombre de "teoría dialéctica de la unión".

En el primer momento de la conminación típica, lo primero que debe preguntarse, en opinión de ROXIN, es: ¿qué puede prohibir el legislador bajo pena? Ninguna de las posiciones tradicionales –retribución, prevención general y prevención especial– da respuesta a esta cuestión. Ello es evidente en la teoría de la retribución, que se ocupa sólo de que la pena sea adecuado castigo del delito, sin precisar qué es lo que merece considerarse delictivo[143]. Pero también es cierto respecto de las teoría de la prevención general y especial, pues se limitan a exigir que la pena prevenga la comisión de delitos y no pueden, por sí solas, decidir qué conductas deben constituir los delitos a prevenir, salvo que se admitiese que la prevención especial condujese a resocializar a todo "asocial" –lo que sería intolerable–, y que la prevención general llevase a castigar hechos de poca gravedad con las máximas penas –lo que instauraría un derecho penal del terror–[144].

ROXIN intenta superar la insuficiencia de las teorías tradicionales afirmando que la pena sólo es lícita para conductas que: *a*) lesionen o pongan en peligro los *bienes jurídicos*, caracterizados como "presupuestos indispensables de la existencia comunitaria" "incorporados a estados valiosos" como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, o *b*) se opongan a los "fines públicos de prestación" (*öffentliche Leistugszwecke*) necesarios para la existencia del ciudadano en el Estado social. El derecho penal debe cumplir con ello una *doble función*: protección de bienes jurídicos y de los mencionados "fines públicos de prestación" imprescindibles. De ello deriva ROXIN dos consecuencias: 1°) El *carácter subsidiario* del derecho penal, que ha de limitar su intervención a los casos en que no baste otro tipo más leve de sanción jurídica; 2°) la imposibilidad del castigo de *hechos puramente inmorales*[145].

[142] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., p. 12.
[143] Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 3.
[144] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 6 y s. y 9.
[145] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 12 y siguientes.

Ahora bien, si la función de la pena es, en el momento legislativo, la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, ello habrá de tener lugar –deduce ROXIN– por la vía de la *prevención general*, pues la conminación típica es anterior al delito y no podría, por tanto, ser base de la retribución ni de la prevención especial del delincuente. Sin embargo, la previa limitación efectuada del ámbito de lo punible impediría los excesos a que por sí sola la prevención general puede llevar[146].

En resumen, la conminación penal típica sirve a la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles pormedio de la prevención general[147].

Al segundo momento de la realización del derecho penal, el de la imposición y medición de la pena, corresponde, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general propia de la conminación típica: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta por parte de la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a otra limitación: *la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor*. Sólo dentro del límite de la culpabilidad cabe imponer la pena exigida por la prevención general en la conminación típica. De lo contrario se caería en la objeción kantiana que la doctrina dominante alemana y el propio ROXIN hacen a la prevención general: el autor sería utilizado como *medio* para los demás. Ello cree ROXIN que se evita cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone sólo "según la medida de su persona"[148]. La función de la pena en el momento judicial es, pues, confirmación de la prevención general hasta el límite máximo de la culpabilidad (es decir, de la retribución).

La última fase en la vida de la pena, la de su ejecución, sirve a la confirmación de los fines de los momentos anteriores, bajo el punto de vista de la *prevención especial*. Ello supone que la pena dictada por el juez por exigencias de prevención general y dentro del límite de la culpabilidad, deberá ejecutarse de forma que tienda a la *resocialización* del delincuente. Aquí debe incluirse el mero posibilitar la utilización de las facultades propias del delincuente,

[146] Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 16.
[147] Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 17.
[148] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 17 y siguientes.

evitando su atrofia, en los casos en que aquél no precisa un propio tratamiento terapéutico-social[149].

Los méritos principales de la construcción de ROXIN son dos. El primero, haber intentado precisar los límites de la prevención general, concretando, de esta forma, el contenido de la función de prevención general que corresponde al derecho penal. El segundo, haber perfeccionado el punto de partida diferenciador de SCHMIDHÄUSER vinculando entre sí con claridad las funciones propias de cada momento de la pena, de modo que se consigue dar unidad a todo el conjunto. Con ello se evita el mayor peligro de la perspectiva diferenciadora inaugurada por SCHMIDHÄUSER, a saber, la atomización de la problemática de los fines de la pena. Cierto que este autor intenta evitarlo anteponiendo el fin y sentido del castigar en su conjunto, pero este aspecto lo resuelve unilateralmente en base al solo fin de prevención general, sin que tengan cabida los demás fines (que, sin embargo, después, en la consideración de los distintos momentos de la pena, se afirman como concurrentes). En la construcción de ROXIN, en cambio, se consigue una unidad en que encuentran adecuada sede las distintas funciones a que sirve la pena. En otras palabras, si la construcción de SCHMIDHÄUSER abrió el camino para superar las doctrinas dominantes de la unión, basadas en una más o menos injustificada yuxtaposición de fines de la pena, había de ser ROXIN quien consiguiese una coherente unificación totalizadora de tales fines.

B) *La función del derecho penal de las medidas de seguridad.*

*a*) Contrasta la diversidad de respuestas que se dan a la cuestión de la función del derecho penal de la pena, con la unidad existente en torno al mismo problema planteado respecto de las medidas de seguridad. No se discute por nadie que la función que a éstas corresponde es la *prevención* de delitos frente a un sujeto peligroso[150].

[149] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 24 y siguientes.

[150] Ver, p. ej., H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 4. En nuestro país, M. BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso*, cit., p. 38; A. BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, 1970; p. 50; recientemente, A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad*, cit., p. 87; J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 27; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 39.

Para quien atribuya a la pena la sola función de retribución, la distinción de las funciones respectivas de penas y medidas será elemental. Pero si se admite que también la pena sirve a la función de protección de la sociedad, no será tan sencilla la delimitación. Las dificultades se extreman cuando se defiende que la pena, como la medida, posee la función de prevención *especial*, puesto que es esta clase de prevención la que persiguen las medidas de seguridad[151]. El *Alternativ Entwurf* ha llegado a equiparar expresamente los fines que persiguen penas y medidas[152]. Ello no significa que penas y medidas dejen entonces de poder ser diferenciadas en cuanto a su *concepto* (que ya se dijo que no coincide con su *función*): las medidas de seguridad se diferencian de la pena en sus *presupuestos*. Las primeras son respuesta a la *peligrosidad* del sujeto, las segundas al *delito* cometido[153].

En resumen: al derecho penal de las medidas de seguridad corresponde la función de prevención especial. Ello supondrá la necesidad de diferenciar los cometidos del derecho penal de la pena y el de las medidas sólo en el caso de que a aquélla se atribuyan funciones distintas a la prevención especial.

Importa destacar que no es irrelevante, a efectos políticos-criminales, distinguir o equiparar las funciones de penas y medidas. Por el contrario: Quien mantenga la equiparación de cometidos podrá propugnar la superación del actual sistema –en crisis[154]– de la *doble vía*, que lleva a la posible aplicación conjunta de penas y medidas, para pasar al sistema *vicarial*, que permite la sustitu-

[151] J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA llega a escribir: "Sólo con un escepticismo lleno de toda clase de reservas se puede suscribir la opinión general de que las medidas se diferencian de las penas por la distinta finalidad que persiguen": *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 817.

[152] Ver *Alternativ-Entwurf*, cit., parágrafo 2, I: penas y medidas sirven a la protección de la sociedad y a la reincorporación del delincuente.

[153] Aunque las medidas *post*delictuales presuponen, como la pena, un delito, no son "respuesta" al mismo, sino a la eventual peligrosidad que manifieste. Por ello pide CÓRDOBA que el internamiento previsto para los inimputables del art. 8, 1º y 2º, *sólo* sea prescrito cuando en ellos concurra peligrosidad, y no preceptivamente como hasta ahora se venía interpretando: ver J. CÓRDOBA RODA en *Comentarios*, cit., I, ps. 222 y ss. y 235 y siguiente.

[154] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 62. En contra de la superposición de penas y medidas en nuestro país, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 587; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 836, criticando el criterio dualista de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo art. 25 establece que la pena preceda a la medida.

ción de la pena por medidas de seguridad. En cambio, si se afirma que la pena sirve a la justicia y las medidas a la prevención, tal sustitución no será posible, porque la realización de la justicia quedaría sin cumplir caso de aplicarse sólo las medidas. El sistema vicarial no está, sin embargo, del todo excluido si la diferenciación consiste en atribuir a la pena la función de prevención general y a las medidas la de prevención especial: cabría renunciar a la pena cuando la medida comportase de hecho una privación de derechos suficiente a las exigencias de la prevención general, pues la medida podría asumir de hecho la función de la pena[155].

*b*) Si la función *genérica* de toda medida de seguridad es la prevención especial, a las distintas clases de medidas corresponden *específicas* funciones[156]. Así, las medidas *asegurativas* en sentido estricto (por ejemplo el internamiento en casa de custodia del art. 5, 1°, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) cumplen la función de *inocuización* y, a ser posible, de *resocialización*; las medidas *educativas* (por ejemplo, el internamiento en establecimiento de reeducación previsto en el art. 5, 2°, de la misma Ley de Peligrosidad) sirven a la función de *reeducación*; y, por último, las medidas *terapéuticas* (como el internamiento en institución psiquiátrica prevista en el art. 8, 1°, del Código Penal)[157] tienen como función la *curación*. Las tres clases de medidas se justifican por la necesidad de prevención[158], pero mientras que las asegurativas tienen, de forma preferente, puesta la mira en la sociedad, las reeducadoras y curativas atienden de forma inmediata al beneficio del sujeto a ellas.

C) *Resumen.*

Hasta aquí se han expuesto, en sus líneas más generales, las posiciones mantenidas por quienes equiparan en lo esencial la función del derecho penal a la función de sus medios específicos, la

[155] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 47.

[156] Ver A. BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, cit., ps. 67 y ss.; M. BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso*, cit., ps. 38 y siguiente.

[157] No cabría, pues, aplicarlas, ni siquiera cuando fuesen curativas, si el enfermo no demostrase probabilidad de delinquir en el futuro.

[158] Salvo cuando el enfermo mental sea incurable (así, BERISTAIN, ob. cit., p. 68) y no pueda desaparecer su peligrosidad –añade por mi parte–: entonces el internamiento tendría exclusiva finalidad inocuizadora.

pena y la medida de seguridad. Podría resumirse lo dicho del modo siguiente:

1) Las funciones atribuidas al derecho penal de la pena son la realización de la justicia (retribución), la protección de la sociedad, sea a través de la amenaza abstracta de la pena dirigida a la colectividad (prevención general), sea inocuizando, resocializando o intimidando al delincuente para evitar que vuelva a delinquir (prevención especial), o la combinación, con distintos criterios, de los cometidos anteriores (teorías mixtas o de la unión, hoy dominantes). Esto último es realizado con singular acierto por las teorías diferenciadora y dialéctica, que distribuyen las funciones mencionadas según los distintos momentos de la vida de la pena.

2) La función asignada al derecho penal de la medida de seguridad es, según opinión aquí unánime, la prevención especial, en forma de aseguramiento, reeducación o curación del sujeto. En consecuencia, la función del derecho penal sólo será *unitaria* para quienes conciban la pena al servicio exclusivo de la prevención especial. Puesto que no es ésta la opinión mayoritaria, lo corriente será distinguir la función (o funciones) del derecho penal de la pena y la función del derecho penal de las medidas asegurativas y correctivas.

No expreso, con ello, cuál sea mi posición personal. Antes de hacerlo debe ser examinada una importante formulación que se ha producido muy recientemente, según la cual la equiparación tradicional de función del derecho penal y función de la pena y de las medidas de seguridad resulta equivocada. De ser cierto esto, deberían revisarse a la luz de un nuevo planteamiento todas las teorías expuestas sobre la función del derecho penal.

## 2. *Función del derecho penal como función del derecho positivo.*

En su reciente libro *Theorie der Strafe im demokratischen und soziale Rechtsstaat*[158 bis], CALLIESS propone un planteamiento de la función del derecho penal radicalmente discrepante del tradicional. Parte de que, al buscar la función del derecho penal en la función de la pena –y de la medida de seguridad–, las formulaciones hasta ahora existentes invertían el orden de las cuestiones: la función

[158 bis] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974.

de la pena no puede ser sino consecuencia de la función del derecho penal positivo. Olvidar esto último e incurrir en la mencionada inversión metódica ha llevado, según CALLIESS, a buscar la función de la pena fuera del derecho *positivo*, en base a presupuestos "metafísicos o especulativos"[159], "metajurídicos o extrajurídicos"[160].

Ello desconocería la necesidad de situar la problemática del derecho –y del derecho penal– en su terreno específico: en la realidad de los procesos sociales, que han de reflejarse en una teoría del derecho *positivo* como "estructura de los procesos sociales". Una tal teoría del derecho se apoya en las aportaciones cibernéticas aplicadas a la sociología, que se concibe desde la perspectiva de la *teoría de los sistemas sociales*[161].

Que la teoría del derecho penal *positivo* puede y debe basarse en la teoría de la estructura de los sistemas sociales, lo confirma, a juicio de CALLIESS, el análisis de la estructura de la norma penal. Como se dijo *supra* al examinar esta cuestión, la norma penal muestra la presencia constante de tres sujetos, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado (ego, alter y tercero en la terminología de CALLIESS), que se hallan en una relación de *interacción y de comunicación recíproca*, definible como "complejo de expectativas recíprocamente referidas unas a otras": Cada sujeto hace nacer expectativas específicas en los otros dos, a la vez que las posee respecto de ellos. Así, el sujeto activo no sólo espera un determinado comportamiento del Estado como respuesta a su acción delictiva, sino que también espera que el Estado y el sujeto pasivo esperen que él se comporte con arreglo a derecho. Esta estructura de interacción de expectativas es considerada por CALLIESS como la *típica* estructura de las proposiciones jurídico-penales porque es la que *subyace a todo lo social*: es la propia estructura de las acciones comunicativas en general[162]. Pues bien, esto muestra que la estructura de la norma penal es reconducible a la estructura de los procesos sociales y, por ello, que la teoría del derecho penal *positivo* puede y debe fundarse en la teoría de la estructura de los sistemas sociales.

La estructura comunicativa de la norma penal es, para CALLIESS, el punto de partida de la investigación de la función del derecho

[159] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 11. En la p. 34 se habla, en el mismo sentido, de "especulación y metafísica".

[160] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 15.

[161] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 35 y 75 y siguientes.

[162] R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 16 y siguiente.

penal. En relación con el sistema de expectativas recíprocas de los tres sujetos presentes en las normas penales, el derecho penal adopta la función de "regulación", y no de mera "conducción" (como viene a mantener, sin saberlo, el planteamiento tradicional). Al examinar la formulación de CALLIESS respecto de la estructura de la norma penal, se explicaron las diferencias existentes entre los conceptos cibernéticos de "regulación" y "conducción". Baste recordar que, mientras la mera "conducción" consiste en una dirección ciega, en el sentido de que no se basa en el control de los resultados que con ella se vayan alcanzando, la "regulación" supone un tomar en cuenta continuamente los resultados de la dirección, que "retroceden" haciendo reconsiderar la línea que ésta debe seguir (*Rückkoppelung*)[163]. La norma penal no se limita a la "conducción", sino que constituye una "regulación" del haz de interacciones previstos en cada precepto.

La "regulación" propia de la norma penal opera mediante la intervención de la pena: Si el derecho se presenta como una red de interacciones y comunicaciones esperables, la pena es un momento *constitutivo* en el complejo proceso de regulación de acciones comunicativas referidas recíprocamente unas a otras. La pena actúa de *mediación orientadora* del actuar del sujeto activo y el sujeto pasivo. Esta función mediadora de la pena se desarrolla con arreglo al esquema de la "regulación", es decir, no como "conducción" previa y definitivamente decidida, sino como dirección basada en sus resultados. Ello supone que, a diferencia del planteamiento tradicional, la pena no es considerada como *término final* de la norma (esquema presupuesto de hecho y *consecuencia* jurídica), sino como punto *inicial* de un proceso de regulación revisable continuamente. CALLIESS pretende que esta concepción de la pena, que enseguida desarrollaré, tiene la ventaja decisiva respecto de las tradicionales de que se funda en la estructura de las normas del derecho penal *positivo*, sin necesitar derivarse de postulados metajurídicos. Cree, en efecto, que la estructura de interacción de tres sujetos de la norma penal sólo es explicable acudiendo a la idea de "regulación", y ésta, a su vez, obliga a la referida concepción de la pena como elemento constitutivo en el proceso comunicativo previsto por la norma[164]. Así se puede dar el paso de una mera "teoría de la *pena*" a una "teoría del *derecho* penal",

[163] R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 18 y siguientes.
[164] Ibídem, ps. 20 y siguientes.

en cuanto que la función de la pena es mera consecuencia del derecho *positivo*[165].

Pero ¿cuál es la *concreta* función "reguladora" de la pena? Para dar respuesta a esta pregunta CALLIESS distingue dos aspectos: *a*) la función de la pena respecto de la relación, al menos virtual, de sujeto activo y sujeto pasivo –o, lo que es lo mismo, respecto de la sociedad–; *b*) la función de la pena respecto de la relación entre sujeto activo y Estado[166].

En el primer aspecto la función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos. Pero el concepto de bien jurídico se aparta de los existentes en la doctrina penal. Por bienes jurídicos entiende CALLIESS no "substanciales" (*Substanzialen*) ni "valores" o "bienes", sino "participales" (*Partizipalien*). Protección de bienes jurídicos significa *"protección de las posibilidades de participación en la sociedad"*. La estructura que protege el derecho penal garantiza la seguridad de comportamiento y de expectativas para el sujeto activo y el sujeto pasivo: se sabe cómo hay que comportarse y cabe esperar que el otro se comportará en consecuencia. Pero el derecho penal no protege las *concretas* expectativas, pues éstas se han defraudado ya por el delito. Protege la *seguridad* de las expectativas, garantiza "confianza en el sistema", como confianza en el funcionamiento del sistema[167]. "La regulación jurídico-penal tiende a la protección de la consistencia de procesos de interacción mediante la creación de una comunicación que ha de garantizar y abrir posibilidades de participación en los sistemas sociales"[168]. Esto último –abrir posibilidades de participación– conecta con la función de la pena respecto de la relación entre Estado y sujeto activo.

En efecto, la pena cumple, en el actual régimen de ejecución de la pena, la función social de *creación* de posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal[169]. Éste es el significado sociológico de la

[165] Ibídem, ps. 27 y siguientes.

[166] Ibídem, ps. 17 y 124 y siguiente.

[167] R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 143. En las ps. 186 y 188 insiste en la idea de que "todas las sanciones penales sirven al fin de posibilitar la participación en sistemas sociales" (p. 186) y que el derecho penal tiene como función la "protección de bienes jurídicos por medio de la garantía y creación de posibilidades de participación en sistemas sociales" (p. 188).

[168] R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 190.

[169] R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 173.

función de *resocialización* atribuida por el derecho positivo a la ejecución de las penas privativas de libertad. Pero debe darse un paso más para que la mencionada "creación de posibilidades de participación" sea resultado de un verdadero proceso de interacción comunicativa entre el delincuente y el Estado: aquél no debe ser tratado como puro *objeto* de un proceso de "conducción" del Estado social, sino como *sujeto* de un proceso de "regulación" y de aprendizaje, proceso que debe tender no sólo a la adaptación a las normas dominantes, sino a elaborar, en un proceso de interacción, alternativas a la conducta criminal, y, con ello, a la participación en las relaciones de vida social. La ejecución de la pena se concibe como proceso de "regulación" que toma continuamente en cuenta la intervención del delincuente, tanto en cuanto depende del grado de resocialización que éste va alcanzando, como en cuanto su misma planificación y realización se efectúa mediante la activa participación del sometido a ella[170].

Esta concepción responde a la configuración de la ejecución de la pena en los Proyectos alemanes actuales, permitiendo, a juicio de CALLIESS, confirmar una concepción general del derecho penal, y del derecho positivo en general, como "estructura *dialogal* de sistemas sociales"[171]; y, coherentemente, una concepción de la pena como "proceso de *diálogo*" entre el Estado y el condenado: En la actualidad lo que la pena ha de ser no consta de antemano, sino que ha de surgir del diálogo de los intervinientes en su proceso[172]. Éste será el camino para una teoría del derecho penal y de la pena que responda no sólo a los principios del Estado de *Derecho* y del Estado *social*, sino también a las exigencias de un Estado *democrático*, como postula la Constitución alemana (art. 20, 28), basada en la idea de un Estado *democrático* y social de derecho[173].

La fundamentación de un derecho penal *democrático* no había tenido lugar todavía en la doctrina penal. FEUERBACH y BINDING formularon una teoría del derecho penal del Estado de Derecho, desde la posición liberal y autoritaria respectivamente, VON LISZT inauguró la concepción *social*-liberal del Estado de Derecho, que durante el tiempo del nacional-socialismo adoptó un carácter au-

[170] R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 160.
[171] R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 75 y siguientes.
[172] R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 97.
[173] R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 61 y s., y 199 y siguientes.

toritario. Faltaba sólo incluir la componente *democrática*. Ello se consigue, a juicio de CALLIESS, concibiendo el derecho penal como un proceso de *diálogo*, en el que no sólo se trata al autor "desde arriba", como objeto –como en la concepción del derecho penal *social*–, sino haciéndole partícipe de la configuración del contenido mismo de la "regulación", de modo que la pena se ejecuta tomando en cuenta su participación: "Sólo cuando las perspectivas del autor, tanto como las de la sociedad, puedan comprenderse como momentos constitutivos de la relación de regulación jurídico-penal, se habrá conseguido una concepción de la pena que permita comprender las sanciones como propias del Estado social y democrático de Derecho"[174].

La concepción dialogal de la pena, como garantía y creación de posibilidades de participación, es la única que permite, además, conciliar en una síntesis los postulados hasta ahora irreconciliables del derecho penal del Estado de Derecho y del Estado social. La pena como pura *respuesta* retributiva del delito –como "hecho" desvinculado de su "autor": "culpabilidad por el hecho"–, es la consecuencia del primero, y las medidas de seguridad, concebidas exclusivamente desde la perspectiva de la defensa de la sociedad y sin que en ellas se tome en consideración la intervención del autor, que por esta vía es reducido a la categoría de *objeto* de tratamiento, constituyen el resultado del planteamiento del Estado social intervencionista. Que ambos sectores no han podido conciliarse lo demuestra el hecho de que sigue dominando en el derecho comparado el sistema *binario*, consistente en la acumulación de pena y medidas, sin principios comunes a ambas. La contradicción que ello implica –la culpabilidad por el hecho es el límite máximo, dictado por la dignidad humana, de la pena, pero más allá puede, pese a ello, someterse al autor a gravísimas medidas de seguridad que dejan de estar limitadas por la dignidad humana para concebir al sujeto como objeto– ha llevado lógicamente a la "crisis de la doble vía"[175]. La concepción de la pena como procesos de diálogo en el que participan activamente el delincuente, dirigido a asegurar y crear posibilidades de participación en los sistemas sociales, permite, para CALLIESS, superar la escisión del mundo de las penas y el de las medidas de seguridad, ya que con ello cabe atribuir a la pena la misma función que a las medidas de seguridad. Sólo así

[174] R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 210.
[175] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 62.

puede explicarse la posibilidad del "sistema vicarial", que permite la sustitución de pena por medida[176].

La formulación expuesta de CALLIESS podría *resumirse* del modo siguiente: 1°) la función del derecho penal no se deriva de la función de la pena, obtenida por vías ajenas al derecho positivo, sino, viceversa, ésta es consecuencia del derecho positivo ; 2°) el derecho penal positivo se base en normas cuya estructura es, como en todo proceso social, una relación de interacción recíproca entre sujeto activo, sujeto pasivo y Estado, frente a la cual el derecho se comporta de acuerdo con el esquema cibernético de la "regulación", y no sólo de la "conducción"; 3°) la pena es un momento constitutivo, de mediación orientadora, en la mencionada estructura relacional de la norma penal, y su función es en ella doble, según los sujetos a que afecta: por una parte, ante la eventual relación de sujeto activo y pasivo, cumple la función de *garantizar a los ciudadanos posibilidades de participación* en sistemas sociales (protección de bienes jurídicos); por otra parte, en la relación de sujeto activo y Estado (momento de determinación y aplicación de la pena), la pena ha de *crear en el sujeto activo* posibilidades de participación en los sistemas sociales y ofrecerle alternativas al comportamiento criminal, mediante la colaboración (diálogo) de sujeto activo y Estado; 4°) la misma función compete a la medida de seguridad, lo que permite superar la crisis de la doble vía legitimando el sistema vicarial. CALLIESS resume así la función del derecho penal: *Protección de bienes jurídicos a través de la garantía y creación de posibilidades de participación en los sistemas sociales*[177].

### 3. *Posición personal.*

En los dos epígrafes anteriores se han examinado, en sus rasgos más generales, las posiciones sobre las que gira la discusión en torno a la función del derecho penal. La primera gran distinción de que hemos partido ha sido la de, por una parte, teorías que derivan la función del derecho penal de la función de la pena y de la medida de seguridad y, por otra parte, la actual formulación de CALLIESS, que pretende poder invertir ese planteamiento y deducir

[176] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 161.
[177] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 188.

la función de la pena del derecho positivo. Antes que nada debe, pues, tomarse posición sobre esta cuestión de principio.

A) *Función de la pena y función del derecho positivo.*

Empezaré señalando que el análisis atento de la construcción de CALLIESS muestra que también en ella se deriva la función del derecho penal de la función de la pena –que se hace coincidir con la de las medidas de seguridad–. En efecto, por mucho que todo el planteamiento de este autor se base en la estructura de la norma penal y en su función de "regulación", lo cierto es que la *concreta* función que acaba por asignar al derecho penal se halla constituida por la función que cumplen las sanciones penales. Lo demuestra que el libro de CALLIESS se ocupa en su parte esencial de la función de la pena, y no de la del derecho penal, que al final de la investigación se equipara a la de la pena[178]. Esto no significa que no se cumpla el propósito inicial de obtener la función de la pena del derecho positivo, pero sí que no existe entre la formulación de CALLIESS y las posiciones tradicionales diferencia en cuanto a que la concreta fundación del derecho penal se deriva de la función de la pena y de las medidas de seguridad.

Preguntar por la función del derecho penal sigue siendo, pues, preguntar por la función de sus consecuencias jurídicas específicas: la pena y las medidas. Pero acierta CALLIESS al remitir a la necesidad de basar la investigación de esta función en el derecho positivo, lo que muy frecuentemente resulta desatendido. Más corriente que indagar qué función *cumplen* las sanciones penales en el concreto derecho positivo de que se trate, es inquirir por la función que se estima *deberían* cumplir. La teoría de los fines de la pena suele concebirse más como capítulo de filosofía penal que de la dogmática jurídico-positiva[179]. Nada hay que objetar en contra del planteamiento del tema desde la perspectiva de *lege ferenda*, pues es imprescindible tomar postura sobre lo que ha de ser base de la política criminal tanto en orden a guiar al legislador –por mucho que éste desprecie tan a menudo en nuestro país la opinión de la ciencia–, como a efectos de crítica de la ley. Ambas activida-

[178] Así, p. ej., en el pasaje acabado de citar de la p. 188 (ob. cit.).

[179] Hay, desde luego, excepciones. En nuestro país, por ejemplo, CASABÓ refiere en la actualidad la decisión del problema al Código Penal español: *Comentarios al Código Penal*, cit., II, ps. 9 y siguientes.

des corresponden indeclinablemente al jurista. Pero no es correcto confundir los campos y dar respuesta a la cuestión de la función de la pena y de las medidas de seguridad en el derecho positivo apelando a la función que se opina *deberían* cumplir. Ni cabe tampoco dejar de referir la problemática examinada al derecho positivo, porque ello contribuye a crear un vacío lamentable en uno de los puntos centrales de la dogmática jurídico-penal.

Posiblemente a este último se deba la hipertrofia, que empieza a verse con ojos críticos, de la teoría del *delito* en perjuicio de la teoría de la pena[180]. Hipertrofia que explica, a su vez, la desvinculación de la dogmática tradicional respecto de la política criminal, pues el sector de problemas más afectados por las consideraciones político-criminales no es el de la teoría del delito, sino el de la pena y las medidas de seguridad, cuya teoría *dogmática* no ha alcanzado, por lo dicho, el grado de elaboración necesario. Se ha llegado, de este modo, a reservar la dogmática para el delito y la política criminal para la pena, y no es extraño que ahora se levanten voces en favor de una unificación de dogmática y política criminal[181], ni que se pida la revisión de la teoría del delito a la luz de la pena[182].

El tema de la función del derecho penal deberá abordarse, pues, a continuación, a partir de dos premisas: 1°) La función del derecho penal se deriva –tiene razón el planteamiento tradicional– de la función de la pena y de las medidas de seguridad; 2°) debe buscarse, ante todo, la función de estas sanciones penales en el derecho positivo.

B) *Función del derecho penal español.*

*a) Determinaciones conceptuales previas.*

Ya señalé, al iniciar la exposición de teorías sobre la pena, que no coinciden las nociones de "concepto" y "función" de la pena. Antes de proseguir conviene ahora insistir en que el "concepto" de la pena da respuesta a lo que *es* la pena, mientras que la "función" de la pena expresa *para qué sirve la pena*. En sentido riguroso, el

[180] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 10.

[181] Sobre todo, ver el libro de C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. al español por F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972, ps. 33 y siguiente.

[182] En este sentido E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 110 y s., donde anuncia el punto de partida de su "sistema teleológico".

concepto de "función" no coincide con el de "fin", como subraya la sociología funcionalista[183]. Pero cuando se habla de "fin" o "fines" de la pena, se hace en muchos casos en sentido sinónimo a "función" de la pena. He elegido este último término porque sirve para expresar que lo que importa no son los eventuales fines que en concreto pretendan conseguirse con la pena o las medidas de seguridad, sino sólo la finalidad *esencial* de éstas. Se descarta con ello equiparar el concepto de función al de los "fines" *adicionales* que algún autor atribuye a la pena[184]. Al mismo tiempo, se pone en relación la problemática de la "función" con la de la "justificación" de la pena y de las medidas, porque lo que justifica el recurso a ellas es que sirvan a determinada función.

*b) Función de las medidas de seguridad.*

El examen de las teorías sobre la pena y las medidas de seguridad mostró que, si sobre la primera divergían ampliamente las opiniones, había unanimidad en cuanto a la función de las medidas de seguridad. Ello es prueba de que la opinión general es en este punto acertada. No cabe duda alguna de que en el derecho positivo las medidas de seguridad tienden a la prevención especial, sea inocuizando al delincuente –medidas asegurativas–, reeducándolo –medidas educativas– y curándolo –medidas terapéuticas–. No es preciso, pues, extender las consideraciones que se hicieron al exponer la opinión general, razón por la que cabe excluir, desde un principio, una ulterior discusión sobre este punto, que por ello antepongo ahora a la función de la pena.

No obstante, tal vez sea oportuno hacer una precisión. Decir que la función de las medidas de seguridad es la prevención especial es correcto, pero deja sin explicitar cuál es la función última de la prevención especial. Este punto será analizado con más detalle respecto de la pena. Ahora baste con adelantar que la prevención especial es sólo un *medio* de protección de los bienes jurídi-

[183] En relación al derecho penal, ver, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, p. 358; F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en el libro *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1974, p. 310.

[184] Así, R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, ps. 78 y ss., cuando distingue "esencia" y "fines" de la pena. Le sigue J. R. CASABÓ, *Comentarios*, cit., II, ps. 9 y ss. En la terminología del texto aquí la "esencia" expresaría "función" esencial de la pena, lo que demuestra que "función" y "fines" no coinciden.

cos. La función de las medidas de seguridad es, pues, *la protección de los bienes jurídicos*. Más adelante se precisará el significado de esta expresión.

c) *Función de la pena.*

*a'*) *Concepto de pena en el derecho español.* El "concepto" de pena ha interferido, sin duda, en la problemática de la "función" de la misma, oscureciéndola. En el derecho positivo –no sólo en el español– la pena *es* un mal que se impone en cuanto tal mal *como respuesta* a la comisión de un delito. Para expresarlo con palabras de GROCIO: "*Poena est malum passionis, quod inflingitur propter malum actionis*". Tal concepto se anuncia ya por la terminología que el derecho positivo utiliza para expresarlo: no sólo la palabra "pena", de indudable sentido afliectivo, sino también el verbo "castigar" que la ley utiliza constantemente para designar la conminación penal (así sólo por poner el ejemplo pradigmático del art. 407, Cód. Pen.: "El que matare a otro será *castigado* . . ."). Y se confirma a la vista de la correlación delito-pena que sirve de base a la estructura del Código Penal, expresión de una relación de proporción de gravedades. Esto último puede deducirse del art. 2 *in fine*, y del art. 565 del Código Penal, que, respectivamente, limitan la gravedad de la pena según "el grado de malicia y el daño causado por el delito" y el dato de que el hecho sea doloso o culposo, lo que demuestra que la pena se impone como mal proporcionado a la gravedad del delito, esto es, como respuesta al mismo[185]. Pero todavía posee mayor fuerza argumental, en el mismo sentido, la constante gradación de la gravedad de las penas en los Libros II y III con arreglo a la que poseen los delitos o faltas a que se asignan: No son declaraciones aisladas, sino el total sistema legal, lo que permite definir la pena como castigo impuesto en proporción al mal del delito.

Sin embargo, este "concepto" de pena no ha de prejuzgar la solución a la cuestión de la "función" de la pena, como a veces ocurre. Que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución. Por el contrario, la observación del derecho positivo muestra que a la pena se asigna una función preventiva, de defensa de bienes jurídicos.

[185] En este sentido J. R. CASABÓ, *Comentarios*, cit., II, ps. 11 y siguiente.

*b') Función preventiva de la pena en el derecho español.* Así, en primer lugar, el carácter *fragmentario* del derecho penal contradice la posibilidad de ver como función de éste la realización de la justicia[186]. Tal cometido exigiría sancionar todo comportamiento inmoral o, al menos, antijurídico. Y, sin embargo, el derecho penal positivo no pretende tanto: hay hechos antijurídicos –como el incumplimiento contractual– que no son sometidos a pena. Por otra parte, la función de realización de justicia es incompatible con la sanción meramente *parcial* de los ataques a los bienes jurídicos protegidos por la ley penal. Para poner un ejemplo expresivo, es sabido que no todos los ataques contra el patrimonio constituyen delito o falta. El art. 8, 4°, del Código Penal así lo reconoce al exigir, para la presencia de agresión ilegítima relativa a bienes, que el ataque a los mismos constituya delito (*a sensu contrario*, no todo ataque a los bienes constituye delito)[187]. Tampoco se aviene con la función de realización de la justicia que la *medida* de la protección penal del patrimonio –para seguir con el mismo ejemplo– dependa no sólo de la gravedad del ataque, sino sobre todo de su peligrosidad[188]. Así, si en principio se castigan con mayor severidad las conductas que persiguen el enriquecimiento correlativo a la expropiación (robo, hurto, estafa) que las desprovistas de dicha finalidad, como los daños, es, sin duda, por la mayor probabilidad de las primeras –su *peligrosidad*–, pues el móvil normal de los ataques al patrimonio es el lucro, como lo demuestra la composición de la casi totalidad de la delincuencia profesional en este sector. Del mismo modo, el robo se pena más –¡en principio!– que el hur-

[186] Ver en este sentido: H. ZIPF, *Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973, ps. 29 y s.; E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., ps. 46 y siguientes.

[187] La argumentación presupone, por razones político-criminales, que el término "delito" no se usa en este precepto en su sentido estricto, como contrapuesto a "falta", sino como equivalente a infracción criminal, en sentido amplio. Pero reconozco que la opinión contraria posee, también poderosos argumentos. En favor de la interpretación amplia: J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 481; E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, cit., I, p. 367. En favor de la interpretación estricta: J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., I, p. 245; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., I, p. 237.

[188] Del contexto ya se desprende que no se utiliza el término "peligrosidad" como juicio referido al *autor*, de probabilidad de comisión por su parte de *ulteriores* delitos, sino en referencia a los *modos* de ataque, como expresión de su virtualidad para conducir al resultado lesivo. Esta clase de peligrosidad no desborda el derecho penal del acto.

to por la mayor peligrosidad que para la propiedad encierra el modo violento de ataque (aparte de los casos en que a ello se añade la gravedad de la lesión de bienes jurídicos distintos al patrimonio: vida, integridad física, honestidad y libertad). Más notorio es, todavía, que la levedad de las penas señaladas a la usurpación se explica por la escasa peligrosidad de los ataques a los bienes inmuebles, protegidos por la fe registral. Todos éstos son ejemplos de que la cuantía de la pena se mide a menudo por el grado de peligrosidad de las conductas, más que por su gravedad ética, lo que impide justificar la pena en tales casos en base a la idea de justicia y remite a la conveniencia de ajustar la severidad de las penas a las necesidades de prevención.

Lo mismo prueba, y con carácter general, el fundamento de la mayor parte de circunstancias agravantes. Si determinan la elevación de la pena no es porque expresen mayor desvalor ético en el delito –ni en el injusto ni en la culpabilidad–, sino porque suponen la utilización de medios de comisión de situaciones subjetivas o de ocasión más peligrosos para el bien jurídico[189]. La alevosía, pongo por caso, no exige ni mayor cuantía del mal producido ni más perversidad en el delincuente –el ánimo traicionare, a veces exigido por la jurisprudencia, no tiene base legal–: agrava la pena porque *ex ante* es más peligroso un ataque realizado por medios que tiendan a impedir la defensa de la víctima. Esto es: se quiere contrarrestar con la agravación de la pena la tendencia a servirse de medios más peligrosos para el bien jurídico, el cual de este modo se protege con mayor intensidad. Pero esto no responde a la función de realización de justicia, sino a inequívocos mecanismos de prevención[190].

[189] Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 351, para las circunstancias objetivas: "las más de ellas (tienen como fundamento), la mayor facilidad para cometer el delito y las dificultades de defensa en la víctima".

Con distinto criterio, intenta fundar determinadas agravantes en una mayor reprochabilidad subjetiva, G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, cit., ps. 627 y s. (astucia y fraude), 638 (disfraz), 646 y ss. (abuso de superioridad), 663 y s. (abuso de confianza), 676 (prevalimiento de carácter público), 685 y s. (con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad). No obstante, reconoce que la mayor peligrosidad para los bienes jurídicos es el fundamento de las agravantes de auxilio de gente armada (p. 697), nocturnidad (ps. 710 y ss.), despoblado (p. 716) y cuadrilla (ps. 722 y s.).

[190] Esto explica que no pueda considerarse más *grave* intrinsecamente la conducta alevosa, lo que viene a reconocer CÓRDOBA al considerar discutible el fundamento de la alevosía por la razón, ya sugerida por QUINTANO, de que "nada

La figura moderna de la llamada *condena condicional*, admitida en el Código Penal (arts. 92 a 97), es un ejemplo concreto que contradice, también, una concepción retributiva de la función de la pena, pues no responde a la justicia que el tribunal pueda, sin base en la gravedad del hecho, declarar *excepciones* a la necesidad de que se ejecute la pena[191].

Tres argumentos ofrece todavía, en contra de la atribución a la pena de la función de realización de justicia, el Código Penal. El primero de ellos es la extinción de la responsabilidad criminal por obra de la *prescripción* del delito o de la pena (art. 112, 6° y 7°)[192] de la *amnistía* o del *indulto* (art. 112, 3° y 4°) y del *perdón del ofendido*, en los delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querella del agraviado (art. 112, 5°). Todos estos supuestos de extinción de la responsabilidad criminal serían intolerables si la pena sirviese a la función de realización de la justicia, y, sin embargo, son explicables, en mayor o menor medida, desde la perspectiva de la oportunidad de la prevención.

El segundo argumento lo suministra la presencia en el Código Penal de delitos cuya persecución se hace depender de la voluntad del agraviado o de quien lo sustituya legalmente, exigiéndose su previa denuncia (violación, abusos deshonestos, estupro, rapto [art. 443] y abandono de familia [art. 487]), o incluso su *querella* (adulterio [art. 450], amancebamiento [art. 452], calumnia e injuria [art. 467]). Es inexplicable según la idea de justicia que estos delitos se castiguen o no según el arbitrio de una persona.

El tercer argumento lo ofrece la existencia de condiciones objetivas de punibilidad o excusas absolutorias basadas en puras razones de oportunidad, contradictorias con una concepción de la pena anclada en la justicia. Así, la condición objetiva de punibilidad del art. 137, 2, y las excusas absolutorias de los arts. 226 y 564.

---

hay más lógico y humano que el tratar de asegurar la ejecución de los propios actos, de los riesgos que puedan amenazarles": J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., I, ps. 556 y s. Pero eso no significa que no sea claro el fundamento *legal* de la alevosía, pues no se basa en la gravedad ética del hecho, sino en el mayor peligro que encierra para bienes jurídicos.

[191] Ello es independiente de que se vea en la condena condicional la finalidad de evitar la reincidencia o sólo la de evitar las penas cortas privativas de libertad por la vía de una especie de "perdón judicial", como quiere A. DEL TORO MARZAL, en *Comentarios*, cit., II, ps. 487 y siguientes.

[192] Así, para el derecho alemán E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 38.

Pero es fuera del Código Penal[193] donde se contiene el argumento decisivo en contra del principio de justicia como función de la pena. En la Exposición de Motivos del decreto de 25 de enero de 1968, que modifica de forma esencial las bases de la ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Reglamento General del Servicio de Prisiones de 2 de febrero de 1956, se recuerda que, según el art. 1° de este último Reglamento, la finalidad primordial de las instituciones penitenciarias es realizar sobre los sentenciados "una labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria". El nuevo sistema que se introdujo en 1968 se inspira, efectivamente, en la meta de resocialización del delincuente. Baste observar que el art. 48 del decreto de 1968 prevé los siguientes grados en el sistema de ejecución: 1°) "De *reeducación* del interno"; 2°) "De *readaptación social*"; 3°) "De prelibertad"; 4°) "De libertad condicional". (Los destacados son míos.) El paso a los grados superiores depende de las "condiciones" del sujeto: "la progresión en el tratamiento dependerá de la conducta activa del interno . . ."; y "la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo" (art. 48).

Es decir, el sistema persigue estimular la progresiva resocialización del penado, y para ello se le aplica un *tratamiento* adecuado a su personalidad en base a la utilización de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales (art. 49). Todo ello sería esencialmente contradictorio con una concepción que atribuyese a la pena la función de realización de justicia, porque para ella sería "injusto" que el contenido de la pena fuese distinto para cada sujeto por razones ajenas a la gravedad del hecho. En cambio, es obvio que la finalidad de readaptación social es la *prevención especial.*

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que no es la realización de la justicia la función que se asigna a la pena en el derecho penal español. Cierto que podría alegarse que –como ya dije– en la mayor parte de sus preceptos el Código Penal parte de la proporción entre delitos y penas, lo que podría considerarse argumento favorable a la conclusión contraria. Pero, mientras que tal propor-

[193] Aunque en base al mismo: el art. 84 del Código Penal es la base *legal* de la normativa que regula por vía reglamentaria la ejecución de la pena. El Código Penal ratifica, pues, la concepción resocializadora establecida en los decretos de 2 de febrero de 1956 y 25 de enero de 1968.

ción no es *contradictoria* con un planteamiento que atribuye a la pena cometidos preventivos, sí lo sería para una concepción absoluta de la pena la presencia de los supuestos traídos a colación más arriba. Para una teoría relativa de la pena no está excluida la posibilidad de limitar la prevención, y, en cambio, no sería tolerable para una concepción retributiva, que viese en la justicia la función de la pena, la presencia de excepciones a la pena justa, pues estas excepciones no serían sino supuestos de pena *injusta* que la justicia no podría consentir.

Por otra parte, el planteamiento retribucionista no podría explicar que el derecho penal renuncie a hacer justicia más allá de los hechos castigados por la ley: ¿cómo podría afirmarse que la pena está llamada a realizar la justicia, si el derecho no pretende sancionar según su gravedad a *todos* los hechos que desde el punto de vista ético-jurídico lo merezcan?

Por último, y sobre todo, es absolutamente opuesto a la función retributiva de la pena el contenido que le asigna *expresamente* la normativa vigente en materia de ejecución de las penas privativas de libertad. No puede afirmarse que el Código Penal parta de una pena al servicio de la justicia, cuando la mayor parte de las penas tienen asignada inequívocamente la función de resocialización del penado, esto es, de prevención especial, incompatible con el principio de justicia porque obliga a tratar de forma distinta a cada recluso (y ello no en razón de *sus delitos*, sino sólo por las nacesidades de resocialización).

En conclusión: si bien, según su "concepto", la pena *es* un castigo impuesto por el delito cometido, su "función" no es en el derecho penal español la realización de la justicia, sino *la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención*. La cuestión de los *límites* de dicha protección será ubicada en el seno de la problemática del derecho penal subjetivo, como límites del *ius puniendi* del Estado. Allí se estudiará la función limitadora del concepto de bien jurídico y del principio de culpabilidad. Sin duda que, en cuanto precisan los límites de la función del derecho penal, ambos aspectos podrían examinarse ahora[194]. Pero la presencia de un lugar sistemático destinado específicamente a los límites del derecho de castigar del Estado, hace preferible trasladar al mismo dicha pro-

[194] Así, C. ROXIN, mezcla las cuestiones de función y límites de la pena. Pero no ha de olvidarse que lo hace en un trabajo que titula Sentido y *límites* de la pena estatal: *Sinn und Grenzen statlicher Strafe*.

blemática. En cambio, corresponde ineludiblemente a este lugar la precisión del *contenido* de la idea de prevención, de la *clase* de prevención, general o especial, a que sirve la pena en el derecho positivo, así como del *modo en que opera*.

*c'*) *Contenido de la prevención en el derecho español.* Las críticas que suelen dirigirse a la prevención general atribuyen con frecuencia un contenido a la prevención inadecuado al derecho positivo. Así sucede cuando se critica, pongo por caso, a la prevención general porque puede llevar a la consecuencia inadmisible de castigar con pena de escasa gravedad los hechos más graves, que, precisamente por serlo, encuentran ya un firme obstáculo a su realización en la firme reprobación ético-social que les rodea y son, por ello, de escasa comisión. Esta objeción presupone una idea excesivamente amplia de lo que ha de ser objeto de la prevención (de su contenido) y alcanzaría sólo a una concepción que atribuyese tal ámbito a la prevención. En efecto: concibe la necesidad de prevención como extendida a todo hecho, por leve que sea, y en función del peligro de su *repetición* cuantitativa, o viceversa, cree que deja de existir necesidad de prevención cuando el hecho, pese a su gravedad, no corre peligro de repetirse. Tal concepción de lo que precisa ser prevenido (contenido de la prevención) no responde al derecho positivo, que *antes* que el peligro de repetición tiene en cuenta, a estos efectos, la importancia del bien jurídico lesionado. Así, el derecho positivo, considera que el parricidio merece pena muy grave, por mucho que no sea muy elevado el número de estos delitos, porque el objeto jurídico de protección es en ellos lo suficientemente importante para que se persiga, mediante una pena gravísima, evitar siquiera uno solo de los mismos.

No basta, pues, decir que la función de la pena es la prevención para el derecho positivo. En este punto es donde tiene entrada la idea de *gravedad del hecho*, que lejos de ser irrelevante a los efectos preventivos, es una de sus dos guías centrales. La otra es el *peligro* del modo de ataque o de repetición del hecho. La gravedad del hecho es tomada por la ley como base de la gravedad de la pena en la tipificación de los delitos y como criterio general de mediación de la pena (art. 61, 4° y 7°). Por lo que se refiere al peligro implicado por los medios empleados o de repetición del hecho, ya se han puesto más arriba ciertos ejemplos que muestran su relevancia en orden a la fijación típico-abstracta de la pena.

De lo anterior se sigue que la función de la pena –y del derecho penal– es, en nuestro derecho, la *prevención de los delitos por razón de su gravedad y del peligro representado por los medios empleados y por la posibilidad de repetición.*

La gravedad del hecho integra, por tanto, el contenido de la función de prevención. Pero junto a este cometido *positivo*, le corresponde otro *negativo*: servir de límite a la prevención. Según aquel primer aspecto positivo, la gravedad del hecho indica cuándo hay necesidad de prevenir mediante una pena, aunque no exista o sea pequeño el peligro de repetición. En su función límite, determina en cambio, cuándo no se puede castigar *aunque haya necesidad de prevención* por razón de la peligrosidad del hecho. Este segundo aspecto en que importa considerar la gravedad del hecho, que podría resumirse bajo la expresión "necesidad de proporcionalidad" de pena y delito, ya no integra la vertiente positiva, constitutiva o fundamentadora de la función del derecho penal, sino que posee solamente el sentido de límite al desarrollo de esta función: no se castiga *para* realizar la idea de proporción (lo contrario sería admitir la función retributiva de la pena), sino para prevenir hechos graves y peligrosos *hasta el límite* determinado por la necesidad de proporción. Por ello, el principio de proporcionalidad será estudiado dentro del apartado destinado a los límites del *ius puniendi* del Estado.

*d')* *Clases de prevención en el derecho penal español.* La necesidad de prevención se determina en función de la gravedad y peligrosidad del hecho, en los términos expuestos. Pero ¿qué *clase* de prevención, la general o la especial, es la que inspira la función del derecho penal positivo?

Para dar respuesta a esta cuestión, empezaré diciendo que la formulación de ROXIN, más arriba expuesta, me parece la más acabada[194 bis]. Acierta al partir de la idea que subyace a todas las teorías mixtas o de la unión: ni la prevención general ni la especial bastan por sí solas para asumir la función de la pena. Y supera a las formulaciones dominantes al conseguir vincular en un sistema armónico –y no como meros fines que se suman cuantitativamente– las distintas posiciones de la prevención general y la especial. Sus conclusiones centrales son válidas para nuestro derecho: 1) En el

[194 bis] Entre nosotros acepta también el planteamiento de ROXIN, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., ps. 36 y siguiente.

momento de la conminación típica la pena posee la función de prevención general (amenaza psicológica) limitada por la protección de bienes jurídicos; 2) el momento judicial de imposición de la pena es, en primer lugar, confirmación de la seriedad de la amenaza típica, por lo que sirve también a la prevención general; sin embargo, la medición de la pena debe respetar el límite máximo de la culpabilidad (prevención general hasta el límite de la culpabilidad); 3) la ejecución de la pena sirve a la prevención especial, aunque debe respetar las exigencias de la prevención general y el límite de la culpabilidad.

Antes de justificar la adecuación de los puntos centrales de esta construcción a nuestro derecho, destacaré que, según se ha anunciado, excluiré del planteamiento de ROXIN las referencias a los límites representados por la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos y por el principio de culpabilidad, que no caracterizan el aspecto positivo de la función de la pena, sino sólo sus límites, que mejor pertenecen al capítulo destinado al *ius puniendi*.

Así modificado, el planteamiento de ROXIN aparece como punto de partida válido para el derecho penal español. Que la función de la pena es la prevención general y no la especial, en el momento de la amenaza legal abstracta, es una exigencia de la naturaleza misma de las cosas: en ese momento abstracto todavía no está presente el delincuente efectivo, sino sólo los delincuentes *en potencia*, que son en principio los destinatarios en general. Por otra parte, la idea de amenaza psicológica pertenece a la entraña misma de la pena, que se diferencia de la medida de seguridad en que aquélla actúa *ex ante*, solicitando obediencia de los destinatarios, mientras ésta lo hace *ex post*, a la vista de la peligrosidad manifestada en un sujeto.

También es, en principio, exacto que en nuestro derecho la imposición de la pena por parte del tribunal –o juez– sirve ante todo a la confirmación de la amenaza típica, que sin ella quedaría en letra muerta. Sin embargo, en este punto el derecho español obliga, tal vez, a un matiz de importancia. Desde la reforma de 1944, cuando no concurran circunstancias agravantes ni atenuantes hay que tomar en consideración, como criterios directrices de la determinación judicial de la pena, "la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente" (art. 61, 4°, del Código Penal). El papel de la gravedad del hecho ya se ha examinado más arriba. Ahora importa destacar el significado de la referencia a "la personalidad del delincuente". Según el sentido de "defensa

social" que inspiró la reforma de 1944[195] –a la que se debe este pasaje–, puede interpretarse que con ello se quiso introducir la idea de prevención especial como módulo de determinación judicial de la pena. Ésta debería tomar en cuenta el peligro demostrado por la "personalidad del delincuente"[196]. Tal interpretación podría, no obstante, ser discutida considerando la referencia a la personalidad como a la "*perversidad* del delincuente" (como dice el art. 348 bis, adicionado por la ley de 24 de abril de 1958, sin duda bajo orientación análoga a la del Código de 1944), es decir, como base de una *valoración* ético-jurídica *de pasado*, y no como expresión de peligrosidad de comisión de *futuros* delitos. Entonces la pena fijada en base a la "personalidad del delincuente" no miraría a la prevención especial, sino que sería *castigo de la perversidad reprochable al autor*[197].

La función de la pena en el momento judicial tendrá, pues, en nuestro derecho la exclusiva función de prevención general propugnada por ROXIN, sólo en el caso de que la "personalidad" a que se refiere el art. 61, 4°, del Código Penal no se entienda como índice de peligrosidad de futuros delitos, sino como expresión de la "perversidad" reprochable al delincuente. Sólo entonces cabrá decir que la pena persigue evitar que *los ciudadanos, en general* (prevención general), eviten la perversión de su personalidad. Si se concibe, en cambio, la "personalidad" como base de la peligrosidad del autor, la pena fijada en atención a ella responderá a la idea de prevención especial. Debería, en esta segunda interpretación, modificarse el planteamiento de ROXIN, atribuyendo a la determinación judicial de la pena, junto a la función de prevención gene-

[195] El mencionado "sentido de defensa social" es expresamente afirmado en el preámbulo del decreto que promulgó el Código de 1944.

[196] Ésta parece ser la interpretación de J. R. CASABÓ, *Comentarios*, cit., II, p. 16.

[197] Dogmáticamente podría fundarse en la "culpabilidad por la conducta de la vida" (E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 57, 1968, ps. 688 y ss.) o en la decisión del sujeto, como acto concreto, a llevar una vida contraria al derecho (P. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, II, Berlín, 1940, ps. 145 y ss.). En cualquier caso, no sería reprochable la personalidad en cuanto *estado actual* (como modo de ser), sino en cuanto producto de una conducta anterior desfavorable. Así: H. WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 60, 1941, p. 462; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, cit., ps. 210 y ss. Pese a sus dificultades, este planteamiento tendría la ventaja de evitar la conclusión de que puede *castigarse la peligrosidad* de futuro, para requerir siempre la reprochabilidad de la perversión de la personalidad.

ral, la de prevención especial en el marco que ofrece el art. 61, 4°, del Código Penal. En cualquier caso, la alusión a la "personalidad" por parte de este precepto introdujo en 1944 una contradicción en el seno del sistema de determinación judicial de la pena, pues ni siquiera en la cláusula general del art. 61, 7° (determinación de la pena dentro de cada grado) se hace referencia a la personalidad, sino sólo a "la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito".

Debe insistirse, por último, en el sentido que, con ROXIN, atribuimos a la función de prevención general propia de la determinación judicial de la pena. No se trata de que en ese momento puedan tomarse en cuenta las *concretas* necesidades de prevención general (p. ej.: la mayor o menor frecuencia del delito en el momento de ser juzgado), sino sólo de que la aplicación de la pena con arreglo a las prescripciones de la ley constituye la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta de la pena y, de este modo, condición de eficacia de la prevención general. En este sentido, aplicar la pena según las reglas legales responde a la función de prevención general. Una ulterior concreción de las necesidades de prevención general, según las circunstancias sociales del momento, sería inadmisible, por lo menos en cuanto ello hubiese de suponer la agravación de la pena. Se vulneraría por esta vía el *límite de proporcionalidad* de pena y delito cometido, utilizándose al delincuente como *instrumento* al servicio de la utilidad social, más allá de lo que el actual pensamiento jurídico-penal y el propio derecho positivo consienten. Este extremo se examinará en el apartado destinado a los límites del derecho penal subjetivo. Baste ahora destacar que el derecho penal español no permite fijar la pena en atención a las concretas necesidades defensistas del momento: los únicos criterios *generales*[197 bis] de medición judicial de la pena (arts. 61, 4° y 7°, y 63) no aluden a ellas.

La ejecución de la pena, cumple, para ROXIN, principalmente la función de prevención especial. Ello podrá admitirse sólo con dos reservas importantes. La primera es que la ejecución de la pena sirve en primer lugar a la prevención general, pues, como el pro-

[197 bis] En cambio, existe algún supuesto *particular* en que el Código remite a las necesidades de prevención general en el momento del enjuiciamiento. Así, el art. 511 –para el delito de robo–, permite elevar la pena "teniendo en cuenta la alarma producida", "el estado de alteración del orden público que pudiese existir cuando el hecho se realizare".

nunciamiento de la condena, constituye condición de eficacia de la amenaza legal y de la prevención general, que quedaría en nada si no hubiese de ejecutarse efectivamente la pena. Sólo dentro del marco exigido por la condena pronunciada según las prescripciones legales, cabe atender a la prevención especial.

Ello es posible en las penas privativas de libertad distinguiendo entre duración y forma de ejecución: la duración viene asignada por la sentencia y no puede modificarse por virtud de la prevención especial, pero la forma de ejecución depende principalmente de esta clase de prevención. Así se desprende del régimen de ejecución establecido –según autoriza el art. 84 del Código Penal– en el Reglamento General del Servicio de Prisiones de 2 de febrero de 1956, modificado sustancialmente por el decreto de 25 de enero de 1968. Como recuerda el Preámbulo de este último, el art. 1 del Reglamento de 1956 erige en finalidad primordial de las instituciones penitenciarias la de realizar sobre los sentenciados "una labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria". La resocialización es, pues, la función esencial a que debe servir la *forma* de ejecución de las penas privativas de libertad, como lo confirma el total sistema previsto en la reforma de 1968, que concibe la ejecución como "tratamiento" basado en la orientación científica de la personalidad de cada penado (arts. 48 y 49). Pero ello no afecta a la *duración* de la pena.

La segunda reserva que cabe hacer el planteamiento de ROXIN es que las penas *no privativas de libertad* no tienen prevista en nuestro derecho una forma de ejecución inspirada de forma particular en la prevención especial: ninguna de ellas se ajusta a un programa resocializador. No pretendo negar, con ello, que toda pena tiene como fin impedir que el delincuente vuelva a delinquir, sino sólo que tal fin no se busca en las penas no privativas de libertad a través de una *especial* configuración de la forma de ejecución, sino que es sólo una función implícita a la sola realización de la amenaza (intimidación concreta) que suponen. En estas penas la prevención especial *acompaña* a la prevención general. Así, la pena de muerte persigue antes que nada la función de prevención general[198] y ha

[198] Que la pena de muerte, donde se mantiene en vigor, como en nuestro país, *persiga* la prevención general no significa que lo consiga en mayor medida que largas penas de privación de libertad. Por el contrario: la supresión de la pena de muerte no ha aumentado, en los países en que se ha abolido, el número de delitos antes conminados con dicha pena. Cfr., por todos, M. BARBERO SANTOS, *la*

de ejecutarse para que se confirme la seriedad de su amenaza, pero su ejecución llevará consigo simultáneamente la más indiscutible prevención especial, pues el ejecutado ya no podrá volver a delinquir. Salvadas las distancias, el mismo planteamiento es válido para penas como las restrictivas de libertad o privativas de derechos.

En conclusión, la ejecución de la pena posee *siempre* la función de prevención general, como necesaria confirmación de la seriedad de la conminación típica y de la sentencia conminatoria, y la función de prevención especial inherente a la intimidación que el condenado sufre en su persona. En las *penas privativas de libertad* la prevención especial no es esa pura consecuencia del castigo impuesto, sino que se persigue de forma preferente, a través de una configuración de la *forma* de ejecución que tiende a la resocialización del penado. Pero en cualquier caso –también en las penas privativas de libertad– la prevención especial no puede en nuestro derecho rebasar los márgenes fijados por la *duración* de la pena impuesta por el juez en base a las disposiciones de la ley.

*Resumiendo todo lo anterior*, cabe decir que el derecho penal español sirve a la función de prevención de delitos por razón de su gravedad y peligrosidad, frente a la sociedad en general (prevención general) en los tres momentos de conminación típica, determinación de la pena y ejecución de la condena, y frente al delincuente (prevención especial) tal vez en el momento de determinación judicial de la pena (art. 61, 4°, del Código Penal) y sin duda en la ejecución de la pena, sea como consecuencia implícita a la concreta intimidación que supone, sea buscada de forma especial, a través de un tratamiento resocializador, en las penas privativas de libertad.

De *lege ferenda* puede propugnarse una mayor esfera de aplicación de la prevención especial en el momento de determinación de la pena[199]. Cierto que a ello podría con frecuencia oponerse el

---

*pena de muerte, problema actual*, en *Estudios de criminología y derecho penal*, cit., ps. 152 y ss. Éste es, por sí solo, argumento decisivo en contra de la pena de muerte, porque toda pena no necesaria a los efectos de la prevención se manifiesta como un mal injustificable, si se admite el planteamiento del texto, según el cual el derecho español no tiene como función la realización de la justicia, sino la protección de bienes jurídicos.

[199] La adecuación de la pena al autor, con vistas a la prevención especial, constituye un postulado generalmente admitido, incluso por los partidarios de un derecho penal de la culpabilidad. En este sentido, reconociendo la extensión

principio de proporcionalidad de delito (como *hecho*) y pena, pero tal principio debería operar sólo como *límite máximo* y no como límite mínimo, puesto que cumple una función de garantía del ciudadano que no se vulnera por el hecho de que la pena se *disminuya* por debajo de la proporcionalidad[200]. Por otra parte, la prevención especial habría de respetar las exigencias de prevención general, pues ambas deben tender al mismo fin de evitación de delitos. Pero sólo en casos de contradicción *evidente* de los intereses de prevención general debería sacrificarse la prevención especial, ya que la experiencia muestra que es difícil que un caso concreto modifique la eficacia de la prevención general.

*e')* *Modo de operar de la función de prevención.* Examinados el contenido de la prevención y el papel que corresponde a sus dos modalidades (general y especial), debe ahora plantearse la cuestión de *cómo* lleva a cabo el derecho penal su función de prevención. No se incluirá aquí la problemática que suscita la necesidad de que la prevención se acometa de forma que quede a salvo el principio de legalidad, entendido en sus diversas consecuencias destinadas a la garantía del ciudadano, ni tampoco la exigencia de una prevención dentro del marco de la proporcionalidad delito-pena. Ambos aspectos podrían considerarse relativos al *cómo* de la prevención, pero se estudiarán entre los *límites* al poder punitivo del Estado en la parte destinada al derecho penal subjetivo.

Si se dejan a un lado el principio de legalidad y el de proporcionalidad, el modo de operar del derecho penal en el desarrollo de su función preventiva ha merecido una atención doctrinal que contrasta, por su escasez, con la que con tanta profusión suele dedicarse a la fijación de los fines de la pena. A decir verdad, un estudio profundo expresamente dedicado al tema faltaba hasta la reciente aparición de la obra de CALLIESS sobre la teoría de la pena ya citada[201]. Ello no es casual, sino que obedece a la falta de preocupación por la investigación del funcionamiento del derecho penal en el contexto de lo social, producto de una ciencia penal anclada primero en la perspectiva de las ciencias de la naturaleza

---

doctrinal de este planteamiento, H. ZIPF, *Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973, p. 49.

[200] Este tema de la función limitadora del principio de proporcionalidad será estudiado más abajo, entre los límites del *ius puniendi* del Estado.

[201] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 122.

(derecho penal clásico), y después trasladada al mundo espiritual de los valores (derecho penal neoclásico) o de las estructuras ontológicas, lógico-objetivas (finalismo), sin que, en cualquier caso, haya solido ubicarse su problemática en el específico terreno del derecho positivo: los sistemas sociales[202].

Desde esta perspectiva, el derecho penal –como todo derecho– aparece como instrumento de mediación en el conjunto de los procesos de interacción que integran los sistemas sociales. Toda norma jurídica incide en las relaciones comunicativas de los destinatarios, modificando sus expectativas recíprocas[203]. La norma penal interfiere en las expectativas de los sujetos presentes en ella: los eventuales concretos sujetos activos y pasivos y el Estado[204].

La función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención tiene, sobre esta base, el siguiente modo de operar:

*a*) Frente a la sociedad en general, como conjunto de eventuales sujetos pasivos, *garantiza* la seguridad de sus expectativas sobre la indemnidad de los bienes jurídicos. Ello no significa que se garanticen las *concretas* expectativas, que pueden defraudarse por el delito, sino sólo que la protección ofrecida por la pena permite una *seguridad en abstracto*, mayor o menos, en las expectativas[205].

*b*) Frente a los eventuales sujetos activos, la protección penal se consigue mediante la *motivación*. Ésta constituye la forma de actuar propia de la prevención general. Su importancia ha sido destacada por GIMBERNAT[206] y MUÑOZ CONDE[207]. Ambos autores erigen el concepto de motivación en eje central de la sistemática de la teoría del delito. Así, GIMBERNAT distingue antijuridicidad y culpabilidad del modo siguiente: una acción es antijurídica porque el legislador, para evitarla, desencadena, mediante la conminación típica, la motivación contraria a la misma; un hecho deja de ser culpable cuando en el sujeto falta la capacidad de motivación, la

[202] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 33. Confirma, desde otro punto de vista, esta solución: C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., ps. 34 y siguientes.

[203] Destaca con claridad este planteamiento social del modo de operar del derecho, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, cit., ps. 11 y siguientes.

[204] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 16 y siguiente.

[205] Así, R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 143.

[206] Ver E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, cit., p. 277, y *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, cit., ps. 93 y siguientes.

[207] Ver F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, cit., ps. 312 y siguientes.

"motivabilidad" conforme a la norma. Esto es: la antijuridicidad supone que el derecho *quiere motivar*; la culpabilidad, que el sujeto *puede ser motivado*[208]. MUÑOZ CONDE, por su parte, distingue entre motivación *general* y motivación *individual*. La primera define el ámbito de la antijuridicidad, la segunda el de la culpabilidad[209].

Dejando aparte estas ricas consecuencias del destaque de la motivación como vehículo de actuación de la función de prevención del derecho penal, importa analizar, siquiera someramente, el proceso de motivación. Según THOMAE, se incluyan en el concepto de motivación "todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo... que explican o hacen comprensible un comportamiento"[210]. En tales procesos juegan un papel importante las normas morales, sociales y jurídicas. Todas ellas, al ser internalizadas por el sujeto, van configurando su *super-yo*, que sirve de control de las propias emociones y rige la conducta humana. El derecho penal es la expresión más extrema de las normas impuestas coactivamente y que contribuyen a integrar el super-yo, interiorizando la autoridad, en esta caso la del Estado. A través de la mediación del super-yo las normas penales cumplen su función[211]. Esta fundamentación de base psicoanalítica permite mantener la eficacia motivadora del derecho penal pese a que normalmente sus concretos preceptos no son conocidos directamente por la inmensa mayoría de sus destinatarios.

Mediante la motivación la norma penal modifica las expectativas del eventual sujeto activo en el sentido de que hace nacer en él la expectativa de que el Estado lo perseguirá e intentará imponerle la pena correspondiente. Éste es el específico modo de mediación del derecho penal en la relación comunicativa de los eventuales sujetos activos y el Estado.

*c*) Frente al concreto sujeto activo el derecho penal cumple su función preventiva, en primer lugar, mediante la intimidación, aseguramiento o, incluso, eliminación que supone la ejecución de toda

[208] Ver E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del derecho penal*, cit., ps. 286 y siguientes.

[209] Ver F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, cit., ps. 314 y siguiente.

[210] Cfr. H. THOMAE, en *Handbuch der Psycologie*, t. 2, Göttingen, 1965, p. 3, cit. por F. MUÑOZ CONDE, *Funktion . . .*, cit., p. 313.

[211] Ver F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, cit., p. 313. También en sentido coincidente: E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, cit., p. 95.

pena. Desde la perspectiva del modo de incidencia del derecho en los procesos sociales, ello puede expresarse diciendo que la pena supone la variación de las posibilidades del sujeto de participar en los sistemas sociales[212].

En segundo lugar, el derecho penal interviene de forma más activa en la relación comunicativa que crea la ejecución de las penas privativas de libertad entre el Estado y el sujeto a ellas. En la moderna concepción de la ejecución de tales penas como "tratamiento", a la que responde la regulación española de 1968, el derecho penal no se limita a señalar la pena a cumplir, como mera *consecuencia* jurídica que constituya el término final de la intervención de la norma. Esta última ha sido la concepción tradicional, que configuraba a la norma penal en base sólo al esquema condicional, "si P, entonces C". Pero ya no explica bien la actual configuración del proceso la ejecución de la pena como tratamiento que depende continuamente de los resultados que van apreciándose en el penado. En la actualidad un tal sistema de ejecución impide considerar definitivamente decidida de antemano por la ley cuál será el contenido de la pena a imponer. La pena no es ya el término final de una estructura condicional –no es ya mera *"consecuencia jurídica"*–, sino un proceso que va definiéndose a la vista del curso que sigue el tratamiento. La imposición de la pena en la condena ha pasado a ser el punto de arranque de la determinación concreta de la pena. Pues bien, en esta nueva concepción el derecho penal adopta un papel distinto: va ofreciendo, a lo largo de toda la ejecución de la pena, una relación entre Estado y penado, así como entre los penados y éstos y la sociedad –se permiten y fomentan los contactos con el exterior, que son amplísimos en las últimas fases–, que abra en el condenado nuevas posibilidades de participación en los sistemas sociales y, con ello, una alternativa al comportamiento criminal[213].

En las relaciones que fomenta el actual derecho penal de la ejecución de las penas privativas de libertad no sólo ha de intervenir como sujeto activo el Estado, sino también el propio penado. Ello se refleja en nuestro derecho al hacerse depender la progresión o regresión en el tratamiento de la conducta activa del interno (Preámbulo y art. 48 del decreto de 25 de enero de 1968) y acrecentarse el grado de confianza y la atribución de responsabi-

[212] Así, R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 155 y siguientes.
[213] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 158 y siguientes.

lidades a medida que el tratamiento avanza (Preámbulo y art. 49 del mismo decreto). Según el art. 48 citado, puede llegarse a la consecuencia de que "siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le precedan", lo que permite situar al penado desde un principio en la fase de prelibertad, muy ampliamente concebida[214].

La intervención activa del penado, que deja de ser considerado como puro objeto sobre el que recae la actividad de prestación (reformadora) del Estado, supone, para CALLIESS, el paso de un derecho penal *social* a un derecho penal que pretende además ser *democrático*. Sólo en él se da entrada a la *participación* del sometido a una pena[215]. Pero, al menos en el derecho español, este estadio de participación no se ha alcanzado plenamente. Una verdadera participación debería suponer que el penado pudiese aportar sus valores personales en la configuración de la pena: una ejecución de la pena que desatienda las opiniones del penado e intente, como única vía, sustituir su mundo de valores por el dominante en la sociedad, no responde todavía al derecho penal que postula CALLIESS. Y esto es lo que sucede en el derecho español. El art. 50, *b*, del decreto de 25 de enero de 1968 declara principio general de ejecución de las penas privativas de libertad de "Utilización de procedimientos tendientes a la *modificación del sistema de actitudes del interno y de su escala de valores*".

[214] Así A. DEL TORO MARZAL, *Comentarios*, cit., II, p. 442. A continuación (p. 443) pone de manifiesto que es criticable hacer depender la evolución del tratamiento de la conducta activa del penado, si ésta se concibe como *buena conducta* carcelaria. La buena conducta no tiene por qué ser índice de resocialización y a veces es incluso signo de profesionalidad en el penado, cuya experiencia le aconseja la buena conducta para conseguir un cumplimiento más cómodo y quizá más breve de la pena, pero sin desistir en absoluto de persistir a su término en la vida delictiva. Ahora bien, si la "conducta positiva" se concibe en relación con los esfuerzos del reo por la resocialización, entonces el sistema legal es loable. Y no hay razón, sino todo lo contrario, para descartar esta interpretación, la única conforme con la finalidad atribuida por el decreto de 2 de febrero de 1956 y reconocida por el de 25 de enero de 1968.

[215] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 210 y siguiente.

## CAPÍTULO 2

# DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO

## I. PLANTEAMIENTO

Hasta ahora hemos considerado el derecho penal como conjunto de normas de específica naturaleza y función. En este apartado sistemático se abordará el otro aspecto bajo el cual cabe entender el derecho penal: como facultad[215 bis] de imponer penas y medidas de seguridad[216]. En este sentido, la problemática del derecho penal se extiende a tres cuestiones principales: 1) ¿Quién es el titular del derecho penal subjetivo?; 2) ¿en qué se funda el *ius puniendi* del Estado?; 3) ¿dentro de qué límites puede ser ejercido?

## II. EL TITULAR DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO

La primera cuestión no precisa de especial análisis. Pese a sus orígenes privatísticos, en los cuales el derecho de castigar correspondía a los particulares, hace tiempo –sin duda ya en el derecho romano– que constituye un principio indiscutido el de que la pena

[215 bis] G. QUINTERO OLIVARES prefiere hablar de "potestad" punitiva (*Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, p. 37). Pero con los términos "derecho" o "facultad" quiere expresarse algo políticamente plausible: que el poder de castigar sólo existe si es reconocido por el derecho.

[216] Aunque he incluido en el concepto objetivo de derecho penal las normas que asignan a delitos sanciones reparadoras de naturaleza civil, no es preciso analizar ahora la facultad de imponer tales sanciones, porque su naturaleza *material* es civil y comparte con las normas civiles dicha problemática. Justificar el derecho del Estado a imponerlas equivaldría a justificar la facultad de dictar las normas de derecho civil, lo que trasciende obviamente al cometido del penalista.

–y la medida de seguridad– es un atributo exclusivo del Estado[217]. Se expresa de esta forma una consecuencia más de la actual concepción de lo político, según la cual el Estado pretende aparecer como monopolizador del recurso a la coacción física. Pero al mismo tiempo se reconoce con ello el carácter primordialmente público de los intereses afectados por el delito, la pena y las medidas de seguridad. Una excepción a este carácter público, la representan, todavía hoy, los llamados "delitos privados", que requieren la interposición de querella y el sostenimiento de la acción procesal por parte del sujeto pasivo: adulterio (art. 450 del Código Penal), amancebamiento (art. 452), calumnia e injuria (art. 467). Una cierta relajación del principio de publicidad, aunque menor, tiene también lugar en los delitos para cuya persecución se precisa la previa denuncia del sujeto pasivo o, en su defecto, de ciertas personas enumeradas en la ley: violación, abusos deshonestos, estupro y rapto (art. 443 del Código Penal), y abandono de familia (art. 487). Pero incluso en *todos* estos casos el único titular legitimado para la imposición de penas y medidas de seguridad sigue siendo el Estado.

## III. FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO

Si no ofrece dificultades la cuestión del titular del *ius puniendi*, mayor interés encierra la problemática relativa al fundamento del derecho penal subjetivo del Estado. Por de pronto conviene distinguir en ella dos preguntas centrales: 1) ¿Por qué *se* puede castigar o imponer medidas de seguridad?; 2) ¿por qué puede castigar o imponer medidas de seguridad *el Estado*? La primera pregunta plantea la cuestión del *fundamento funcional* del "ius puniendi"; la segunda, la de su *fundamento político*.

### 1. *Fundamento funcional.*

Si está justificado castigar o imponer medidas de seguridad es porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o a las medidas de seguridad. Ello significa que el fundamento (funcional) del *ius puniendi* se corresponde con su *función*. Des-

[217] Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 42.

de la perspectiva de las teorías absolutas, el fundamento del *ius puniendi* sería la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena. En cambio, para el derecho positivo, que atribuye tanto a la pena como a la medida de seguridad la función de protección de los bienes jurídicos por medio de la prevención de delitos, el fundamento del *ius puniendi* sólo puede hallarse en la necesidad de protección de la sociedad. La función es, pues, aquí la base del fundamento, pero ambos conceptos no coinciden, pues el fundamento tiene que probar la necesidad de la función.

No es preciso aportar razonamiento alguno para demostrar la necesidad de la protección de la sociedad, a través de la de los bienes jurídicos. Pero puede no parecer tan obvio que dicha protección precise del recurso a penas o medidas de seguridad. Puede argumentarse que la pena no resulta lo suficientemente eficaz como para que esté justificado apelar a ellas[218]: si la pena y la medida de seguridad encuentran como único fundamento su necesidad para la evitación de delitos y se demuestra que pueden servir con eficacia a esta función, no será lícito su empleo, porque aparecerán como un *mal inútil*. En favor de este razonamiento podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de la pena anterior[219], que constituyen una prueba extremadamente significativa de la escasa eficacia de la pena en cuanto a su función de prevención especial. Puede aducirse, además, que en los delitos pasionales, a menudo los más graves, el contraestímulo de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia[220].

Pese a todo, creo indudable la eficacia y, por ello, la necesidad de la pena y de las medidas de seguridad. Se olvida un aspecto esencial cuando se mide la eficacia de la pena sobre la base de los que *ya* han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber

[218] Contra la eficacia de la pena ya se manifestó FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1929, I, 5ª ed., ps. 455 y siguientes.

[219] Ver S. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, cit., ps. 11 y s. Importa destacar: 1º) que el porcentaje de reincidencia se computa en España en base a la concurrencia formal de las circunstancias agravantes de reiteración o reincidencia (arts. 10, 14º, 10, 15º, 61, 6º, 516, 3º, y 530 del Código Penal principalmente), y no toda repetición delictiva da lugar a las mismas; 2º) que los índices de reincidencia son especialmente elevados entre los penados sometidos a penas privativas de libertad: en España, alrededor del 60 %. En Italia las cifras son todavía más elevadas (70 %), según los datos de C. GARCÍA VALDÉS, *Hombres y cárceles, historia y crisis de la privación de la libertad*, Madrid, 1974, p. 37.

[220] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 9 y siguiente.

delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y tal vez lo hubiesen hecho de no concurrir la amenaza de la pena[221], como lo demuestra el aumento de la delincuencia en momentos de caos político, cuando el Estado pierde el control del orden público. Piénsese en épocas de guerras y revoluciones o viceversa, cuando el Estado viene a garantizar la impunidad de ciertos delitos. SCHMIDHÄUSER aduce dos pruebas altamente expresivas. En primer lugar, el hecho de que buena parte de los delitos cometidos por los nazis no lo hubiesen sido sin la seguridad que tenían de su impunidad. En segundo lugar, durante la breve huelga de policías y bomberos de Montreal (Canadá) en 1969, que duró solamente un día y medio, se produjeron en la ciudad los más graves disturbios de sus 330 años de historia[222]. Todo ello muestra que la amenaza de la pena contiene a muchos ciudadanos que delinquirían sin ella.

La pena no es, pues, ineficaz, aunque no sea tan eficaz como a veces se cree[223]. Admitido esto, no han de ser precisas ulteriores alegaciones para fundamentar el recurso a la pena, pues, como dije, es obvio que los bienes jurídicos requieren protección, y sólo quedaba por defender que la pena pudiese servir eficazmente a dicha protección.

Por lo que se refiere a las medidas de seguridad, no ha sido, en principio, puesta en duda su eficacia. Nacieron, precisamente, como medio especialmente exigido por razones de eficacia, para completar la función de prevención no asumible por la pena. Que se fundan en la necesidad de protección de los bienes jurídicos y que pueden ser eficaces y, por ello, necesarias a tal fin, no hace falta discutirlo. Mucho mayor sentido tiene, por el contrario, plantear la cuestión de si las medidas de seguridad han de mantenerse en el papel secundario que les atribuye el derecho positivo –como

[221] En este sentido, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 31.

[222] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, cit., ps. 57 y s., donde añade otros ejemplos, también significativos, que muestran las consecuencias a que llevaría la supresión de la pena.

[223] Con esta restricción quiere advertirse que la pena no es tampoco la panacea para los males sociales. Por el contrario, la pena sólo debe ser utilizada cuando no existe a disposición ningún otro medio más eficaz o menos lesivo para los derechos del ciudadano: la pena ha de ser la *ultima ratio*. Este principio se examinará dentro del tema de los límites del derecho de castigar.

complemento de la pena y al lado de ella–, o si habría de llegarse a un sistema *monista*, en el que las medidas sustituyesen a las penas.

Ésta fue, como es sabido, la posición extrema de la escuela positiva, reflejada por el Proyecto Ferri de 1921 y en las legislaciones soviética y cubana, y proseguida más recientemente por la dirección de la "defensa social" representada por GRAMATICA[224]. El derecho comparado no ha acogido, sin embargo, la vía monista, mientras que predominan la solución ecléctica de la "doble vía" o "sistema binario", como sucede en el derecho español. Ello no significa que este sistema legislativo no ofrezca dificultades. Por el contrario, de un tiempo a esta parte se multiplican las voces que ponen de manifiesto sus importantes defectos. Sobre todo, se objeta que la imposición cumulativa de penas y medidas de seguridad supone *de hecho* una duplicación del *castigo* impuesto, puesto que en la práctica las medidas de seguridad privan de la libertad u otros derechos y son sentidas por el sujeto como un mal. La diferencia entre ambas clases de sanciones es, entonces, meramente *teórica*: se habla de una "estafa de etiquetas" (*Ettikettenschwindel*). Ello se agrava considerablemente cuando, como suele suceder, las medidas de seguridad no se diferencian en su ejecución de las penas[225], las cuales hoy se conciben, por otra parte, como tratamiento resocializador. En la práctica, las dificultades que suscita la duplicidad se traducen en una resistencia a la aplicación de las medidas asegurativas postdelictuales previstas junto a la pena para los habituales (art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social). Cabe hablar, también en nuestro país, de una "*crisis de la doble vía*"[226].

La salida de esta crisis no es posible ni se mantiene una teoría absoluta de la pena, porque ello implica la atribución de distintos fundamentos a la pena y a la medida de seguridad, diversidad que ha de impedir llegar a la superación de la dualidad: penas y medidas deben, en tal planteamiento, servir a fines distintos y son, por ello, irreconducibles unas a otras. En cambio, si se adopta –como aquí– una concepción relativa de la pena, no estará ce-

[224] Sobre esta evolución ver, por todos, M. BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad*, cit., ps. 14 y ss.; A. BERISTAIN, *Medidas penales*, cit., ps. 44 y siguientes.

[225] Ver A. BERISTAIN, *Medidas penales*, cit., p. 57.

[226] Así califica la situación actual en Alemania H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 62; R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 161.

rrado el paso a una mejor coordinación de penas y medidas, puesto que ambas se conciben al servicio de un único cometido: la protección de la sociedad. Cabrá entonces una solución que va abriéndose paso en los últimos tiempos: el *"sistema vicarial"*. Consiste en la posibilidad de que se tome en cuenta el tiempo de duración de la medida de seguridad para restarlo del tiempo de duración de la pena también impuesta. Llega, además, a la consecuencia de que ha de ser posible también la remisión condicional de las medidas de seguridad[227]. Ambas conclusiones se acogen en el nuevo Código Penal de la República Federal Alemana (parágrafo 67 y 67 b)[228].

Esta solución es deseable para España[229], pero no ha sido admitida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo art. 25, párrafo 2º, obliga a la aplicación simultánea o sucesiva de penas y medidas en los términos siguientes: "si concurriere con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena". Nuestro derecho sigue, pues, anclado en los principios, hoy en crisis, de la doble vía. Sin embargo, ello no constituye una consecuencia derivada de una distinta concepción de los fines de la pena y la medida de seguridad, pues ya se ha visto en páginas anteriores que a ambas atribuye el derecho español la función de prevención de delitos. Pedir, por tanto, la posibilidad de sustitución de pena por medida, según el sistema vicarial, no es intentar algo opuesto a la coherencia del sistema español. Por el contrario, me atrevo a sugerir que tal modificación viene exigida por el fundamento mismo de penas y medidas.

En efecto: si el fundamento del derecho de castigar reside en su necesidad para la protección de la sociedad, no estará justifica-

[227] Sobre el sistema vicarial en su global problemática ver H. MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel*, Berlín, 1972. En España, recientemente, A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad*, cit., ps. 183 y siguientes.

[228] Se exceptúa, sin embargo, de la posibilidad del sistema vicarial el internamiento de seguridad previsto para delincuentes habituales. En cambio, ya el art. 42 del Código Penal suizo incluyó en el mismo sistema esta clase de medidas.

[229] En contra de la superposición de penas y medidas de seguridad en nuestro país, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 587; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 836, y *algunas cuestiones jurídicas en relación con la LPRS*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit., ps. 339 y siguientes.

do hacer uso de él cuando dicha necesidad falte. Y eso es lo que podrá suceder tras el cumplimiento de una medida de seguridad previa a la pena, cuando la peligrosidad del sujeto haya remitido: esto será normal tras una medida curativa, aunque puede también producirse en medidas asegurativas ejecutadas con resultado resocializador efectivo. En estos casos la imposición de la pena, sin reducir de ella el tiempo transcurrido bajo la medida, no obedece a necesidades de prevención general ni especial. La prevención general queda ya satisfecha si se computa el tiempo de duración de la medida sufrida, que inevitablemente supone una privación de derechos prácticamente equiparable a la que conlleva la pena. Y la prevención especial deja de ser necesaria si la medida antecedente ha eliminado la peligrosidad del sujeto.

2. *Fundamento político.*

En el apartado anterior se ha considerado la cuestión del fundamento del *ius puniendi* en cuanto derivado de la propia necesidad de su función de prevención (fundamento *funcional*). En éste ha de preguntarse por qué tal derecho puede ser ejercido *por el Estado* (fundamento *político*). Cuando el Estado se concebía como absoluto, tal interrogante poseía sólo un interés muy secundario. Por el contrario, el planteamiento liberal, al replantear la legitimidad y los límites del poder político frente al pueblo, concedió importancia nuclear a la legitimación del Estado para privar al ciudadano, por medio de la pena, de sus derechos más elementales.

BECCARIA, iniciador del derecho penal moderno, representa la opinión de la Ilustración acerca del fundamento político de la atribución al Estado del *ius puniendi*: "Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción

propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes... Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia... El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho"[230]. La fundamentación del derecho de castigar en el *contrato social* aparece con claridad en el pasaje citado.

El derecho penal construido sobre estas bases se concibió como derecho al servicio de la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes, antes que como instrumento dirigido a la contención de los delitos. A fines del siglo XIX el positivismo criminológico podía acusar a la escuela clásica, como representante de este derecho penal *liberal*, de haber permitido el aumento considerable de la delincuencia y, en especial, de la reincidencia a lo largo del pasado siglo[231].

Esta crítica respondía a una evolución empezada a operar en la segunda parte del siglo XIX; el paso del Estado liberal clásico al Estado *social* de derecho. De una filosofía del Estado como mero *guardián* del orden jurídico, no legitimado para invadir activamente la configuración positiva de la sociedad, que se considera exclusiva competencia de los particulares, se ha pasado a una concepción *intervencionista* del Estado, el cual no sólo se considera facultado, sino incluso obligado a incidir en la organización de lo social. Se han desbordado las barreras que separaban sociedad y Estado[232]. Desde la nueva perspectiva el fundamento de la facultad punitiva del Estado permite –y obliga– a éste a ejercerla no sólo en defensa de las garantías del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de los bienes jurídicos: como medio al servicio de la

[230] Cfr. C. DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. esp. de J. A. DE LAS CASAS, Madrid, 1968, ps. 27 y 29.

[231] Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 23; M. BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad*, cit., p. 22.

[232] Ver FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, trad. esp. 1958, p. 109, cit., por F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 3ª ed., Madrid, 1966, ps. 121 y siguientes.

"política criminal". Éste fue el planteamiento que inspiró a la "moderna escuela" alemana encabezada por von Liszt[233].

La principal consecuencia del giro operado en la fundamentación del *ius puniendi* fue la introducción, junto a la pena, de las medidas de seguridad. Nacieron "para conseguir una lucha más eficaz contra el delito"[234] y representaban el tránsito de un derecho penal fijado únicamente en la garantía del individuo a un derecho penal concebido como medio de combatir el delito. Admitir que sobre la base de la consecuencia de mera peligrosidad de futuro en un sujeto pudiese imponérsele una medida determinadora de la privación de importantes bienes jurídicos, no limitada por la culpabilidad por un hecho cometido ni por la gravedad de éste, y de duración indeterminada, hubiese sido inconcebible en la lógica de los principios del Estado liberal clásico[235]. Suponía una notable relajación de las garantías formales constitutivas de esa *Charta Magna* del delincuente que es el derecho penal[236]. En concreto, se abandonaba con ello la limitación de la actuación del Estado a la mera *prohibición* dirigida al individuo plenamente *libre*, y se admitía que el Estado se adelantase a la efectiva comisión de delitos

[233] Ver E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte*, cit., ps. 353 y ss.; R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 199; R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, p. 73.

[234] Cfr. J. ANTÓN ONECA, en J. ANTÓN ONECA y A. DEL MIGUEL GARCILÓPEZ, *Derecho penal, Parte General*, 1ª ed., Madrid, 1940, p. 7.

[235] Escribe COBO: "Una concepción exquisitamente *liberal* del Estado y del derecho, en su más pura y radicalizada expresión, mostrará su oposición general a la función preventiva del derecho penal y a sus distintas manifestaciones, como son las fórmulas de peligrosidad, las medidas de seguridad, y muchísimo más, las medidas predelictuales (. . .). El *hecho*-delito significará en su real, clara y verificable entidad objetiva, un valladar inexpugnable (. . .). Por el contrario, una idea *social* del Estado y del derecho aceptará más fácilmente la prevención, y, por supuesto, la reeducación que comporta, desde el momento que significa un mayor campo proteccionista para la sociedad y el Estado y direccionismo en el comportamiento de la persona . . .": cfr. M. COBO DEL ROSAL, *Prevención y peligrosidad social en la ley de 4 de agosto de 1970*, cit., ps. 100 y siguiente.

[236] Es curioso, por ello, que la expresión "*charta magna* del delincuente" fuese acuñada precisamente por VON LISZT (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, cit., p. 80), el primero en abandonar el derecho penal del liberalismo clásico, para fundar un derecho penal adecuado al Estado social intervencionista. VON LISZT quiso subrayar con aquella expresión la necesidad de que la dogmática trazase límites precisos a la política criminal que él concibió en términos tan amplios: "El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal" (ob. cit., p. 80). Así, C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., p. 15. Se pensaba, además, en el derecho de la *pena* y no en el de la *medida de seguridad*.

interponiendo medios positivos para su evitación activa lo que presuponía una nueva concepción del hombre como susceptible de ser influido por causas exteriores, pues esto es el presupuesto de todo programa resocializador.

Nótese, además, que la sola idea de "tratamiento" reeducador hubiese sido vista por el liberalismo individualista como una intromisión en la personalidad del delincuente ajena por completo a la exclusiva función arbitral asignada al Estado. Es indudable, pues, que la actual concepción de la ejecución de las penas privativas de libertad, como tratamiento tendiente a la reincorporación a la sociedad, es, tanto como las medidas de seguridad, una de las consecuencias fundamentales del tránsito al derecho penal social.

La concepción social e intervencionista del derecho penal nació cuando el Estado de Derecho parecía consolidado definitivamente. Preocupaba a la dirección de la política criminal solamente la ineficacia del derecho penal liberal clásico, creyéndose asegurada y a salvo su función de garantía. No temía que la nueva concepción intervencionista del derecho penal pudiese ser utilizada en perjuicio de las libertades del individuo. Se buscaba, más bien, proteger mejor al ciudadano mediante un derecho penal más efectivo en la tutela de los bienes jurídicos. Éste era, al menos, el planteamiento de la "moderna escuela" alemana fundada por VON LISZT, exponente del "liberal de izquierdas", frente al "liberalismo" de derechas" que podría representar, por ejemplo, un BINDING. Es cierto que en Italia, en cambio, FERRI no ocultó sus simpatías por el fascismo de MUSSOLINI, que alabó como ideología que abría el paso a las concepciones de la escuela positiva, al arrumbar los obstáculos que el sistema de garantías del liberalismo oponía a su desarrollo[237]. Pero a la dirección de la política criminal fundada por VON LISZT se debe la difusión, en parte a través de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de las ideas propias del derecho penal social en el derecho comparado.

La aparición del totalitarismo después de la primera guerra mundial puso al descubierto los peligros que la perspectiva intervencionista podía implicar para la garantía del individuo[238]. A la concepción "social-liberal" iniciada por VON LISZT siguió en los

[237] Ver E. FERRI, *Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, en "Scuola Positiva", 1926.

[238] Sobre el tema ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* . . ., cit., II, ps. 170 y ss.; E. CUELLO CALÓN, *El derecho penal de las dictaduras*, Barcelona, 1934.

regímenes totalitarios un derecho penal "social-autoritario"[239]. El abuso que ello supuso del programa propuesto por los iniciadores del derecho penal social no debe, sin embargo, confundirse con los principios, acertados, que inspiraron a éstos. Que el derecho penal no sólo debe ofrecer garantías al individuo, sino también su protección frente al delito, es un postulado que ha de seguir defendiéndose en un régimen político al servicio del ciudadano. Así ha sucedido en Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial. Resulta extremadamente expresivo, en este sentido, que la corriente más liberal de la ciencia penal alemana actual postule, en el *Alternativ-Entwurf*, una amplia aplicación al derecho positivo de las exigencias político-criminales inspiradas en el movimiento internacional de reforma que inauguró VON LISZT[240]. Aparte de que países de tanta tradición democrática como Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica se orientan desde hace tiempo, siquiera de forma predominantemente pragmática, en parecido sentido[241].

Para quien, como nosotros, crea que el derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, un derecho penal actual debería incorporar los postulados del planteamiento social, porque la justificación del derecho penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad para satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la sociedad. Pero la experiencia histórica –y presente– obliga a destacar con el mismo vigor la necesidad de que el *ius puniendi* respete en el ejercicio de su función los *límites* que impone la garantía del individuo. El derecho penal *social* no debe sustituir sino completar la unilateralidad del derecho penal *liberal*. La síntesis habrá de alcanzarse en un derecho penal *democrático*, que impondrá a su vez límites propios a la facultad punitiva del Estado. A continuación me ocuparé de esta problemática.

[239] Así, R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 199.

[240] Destaca la relación entre los principios del *Alternativ-Entwurf* y el pensamiento de VON LISZT, en parte a través de su discípulo G. RADBRUCH; C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alterantiventwurfs*, cit., ps. 69 y ss., donde califica al *Alternativ.Entwurf* como "continuación de la tradición reformista lisztiana". La conexión del AE con el movimiento internacional de reforma es subrayada por H. H. JESCHECK, *Die kriminalpolitische Kontzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Allgemeiner Teil)*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 80, 1968, p. 54.

[241] A. BERISTAIN llega a encontrar semejanzas, en algunos puntos fundamentales, entre la criminología y el derecho penal norteamericanos y el positivismo italiano: *Medidas penales*, cit., ps. 46 y siguiente.

## IV. LÍMITES DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO

La principal utilidad que reviste el estudio del fundamento del *ius puniendi* del Estado es que de él derivan ciertos límites a su ejercicio[242]. Unos se deducen del funcionamiento funcional, que condiciona la justificación de la pena y las medidas de seguridad a su necesidad para la protección de la sociedad; otros, del fundamento político, que en el planteamiento acabado de anunciar impone el respeto a las exigencias del Estado democrático de derecho. La distinción entre límites derivados del fundamento funcional y del fundamento político puede ser tomada como base sistemática de la teoría de los límites del poder punitivo: la primera clase de límites es previa a los demás, pues si falta la necesidad de la pena o la medida de seguridad –fundamento funcional– el recurso a estos medios no sólo supondría un *exceso* en el ejercicio de un derecho existente, sino la falta de todo derecho.

Se dividirá la materia distinguiendo los límites propios del derecho del Estado a imponer *penas* y los que deben presidir su facultad de aplicar medidas de seguridad.

### 1. *Límites del derecho subjetivo del Estado a imponer penas.*

#### A) *Límites derivados del fundamento funcional.*

##### *a) La naturaleza subsidiaria y el carácter fragmentario del derecho penal.*

Si el fundamento funcional del derecho penal es la necesidad de protección de la sociedad por medio de penas o medidas de

[242] Con ello se contesta la opinión de algún autor, como ANTOLISEI, que niega la utilidad práctica del tema del derecho penal subjetivo. J. ANTÓN ONECA coincide en atribuir a esta materia la finalidad práctica de limitación del poder punitivo del Estado, pero se refiere sólo al deber que comporta en éste de reducir su ejercicio a lo previsto en las normas jurídicas, lo que permite una esfera de libertad del individuo, consistente en el derecho a no ser castigado sino en los casos y en la medida prevista en la ley: *Derecho penal*, cit., I, p. 7. Mi planteamiento va más allá, porque no se reduce a señalar el límite que supone el derecho penal subjetivo como mero *reflejo* del derecho penal objetivo, sino que pretende limitar el contenido mismo de este último.

seguridad, el primer límite del *ius puniendi* habrá de encontrarse en esa misma necesidad: más allá de ella el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento. Este principio básico de la política criminal posee el sentido de postulado dirigido al legislador, quien, sin embargo, no siempre lo respeta, originando entonces una contradicción entre los imperativos de *lege ferenda* y de *lege lata* que permite hablar de un *abuso* del poder punitivo por parte del Estado. La acentuada trascendencia que, como se advierte, corresponde a esta problemática aconseja hacer particular mención de dos principios firmemente asentados en la ciencia penal actual, que sirven a una mejor concreción del postulado genérico de la necesidad como límite del *ius puniendi*. El primero de ellos se expresa diciendo que el derecho penal ha de ser *ultima ratio* en el conjunto del orden jurídico (carácter secundario o subsidiario). El segundo suele denominarse "carácter fragmentario del derecho penal".

El primer principio –derecho penal como *ultima ratio*– parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves[243]. Por ello, deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción. Así, medios configuradores de una adecuada política social: piénsese en los "sustitutivos penales" propugnados por FERRI[244]. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (p. ej., impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y, sobre todo en el actual Estado intervencionista, administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo en último lugar, cuando ninguno de los medios anteriores sea

[243] Así, R. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, cit., I, p. 31.

[244] En el mismo sentido ya F. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, p. 83. En la actualidad destaca el carácter del derecho penal como el último recurso de la política social R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 128 y siguiente.

suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. Esto es lo que quiere expresarse cuando se afirma la naturaleza *subsidiaria*[245] o *secundaria*[246] del derecho penal.

En el Estado intervencionista de nuestros días tiene especial urgencia resaltar el planteamiento anterior. Abandonada la mera posición de árbitro de las fuerzas sociales propia del Estado liberal clásico, el actual Estado social tiende a invadir progresivamente nuevos ámbitos de la vida de la sociedad. En nuestra parcela ello tiende a reflejarse en la ampliación de la protección penal, que se extiende a nuevas esferas o intensifica su rigor. Tal tendencia sólo será admisible si no cabe interponer medios de protección menos lesivos que la pena o la medida de seguridad. Precisamente, en la nueva concepción social del Estado son mucho más numerosas las posibilidades de intervención *positivas*, distintas a la sola prohibición bajo sanción –¡técnica característica del Estado liberal clásico!–. Podría afirmarse que la actual concepción del Estado permite, incluso, subrayar la necesidad de reservar la pena y la medida de seguridad como *ultima ratio*, como el último recurso entre los que ahora se atribuyen al Estado.

El segundo de los principios en que se concreta el postulado según el cual el *ius puniendi* ha de ejercerse en la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es el llamado *"carácter fragmentario"* del derecho penal. Significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, para poner un ejemplo expresivo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta. BINDING, que habló por vez primera del carácter fragmentario del derecho penal, lo consideró un defecto importante que debía superarse completándose la protección de los bienes jurídicos[247]. En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se reputa como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano[248].

[245] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., p. 13; Arthur KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, en *Festschrift für Henkel*, Berlín, 1974, p. 89.

[246] Ver R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, ps. 30 y siguiente.

[247] Ver K. BINDING, *Lehrbuch, Besonderer Teil*, cit., ps. 20 y siguientes.

[248] En este sentido: M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts* en *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 22; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 35; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., p. 12.

El giro operado en la valoración del carácter fragmentario del derecho penal responde al paso de una fundamentación retributiva a una fundamentación preventiva. Para quien, como BINDING, el derecho penal esté destinado a la realización de la justicia, es lógico considerar defectuoso que no se castiguen todos los hechos lesivos de unos mismos bienes, con independencia de la peligrosidad de los distintos modos de ataque. Una concepción preventiva del derecho penal, para la cual el límite del *ius puniendi* deba ser la absoluta necesidad de defensa de la sociedad, deberá, en cambio, excluir de reacción penal los ataques menos peligrosos, frente a los cuales basten medios menos lesivos para el ciudadano. Recuérdese, a propósito, que precisamente el hecho de que el derecho positivo ostenta carácter fragmentario fue alegado más arriba como argumento expresivo de que el derecho penal español atribuye a la pena una función preventiva y no de mera realización de la justicia.

Ahora debe añadirse, sin embargo, que las últimas reformas del Código Penal parecen olvidar lo positivo del carácter fragmentario de la protección penal, inspiradas por lo general en el principal afán de *completar* la protección de ciertos bienes jurídicos. Es curioso, en efecto, observar que en nuestro país las leyes penales más recientes han perseguido el objetivo de crear nuevos delitos, agravar las penas de otros ya existentes, o ampliar la esfera de estados peligrosos y medidas de seguridad[249]. Con ello viene a contradecirse la tendencia que se advierte en otros países, como Alemania, en que el signo de las reformas actuales suele ser el de una progresiva disminución del ámbito de lo punible. Piénsese, en especial, en el sector del llamado derecho penal sexual[250].

[249] En sentido abiertamente crítico, justificadamente, se manifiesta E. GIMBERNAT ORDEIG, *Reformversuche in Spanien?*, en *Strafrechtsreform*, cit., p. 66: "En la España de ahora, reforma del derecho penal significa introducir nuevos tipos, elevar penas, apretar todavía más la red de la represión política. Como en tantas otras esferas, estamos muy lejos del ámbito de cultura europea, al que pertenecemos, en cuanto a legislación penal y movimiento de reforma. No se piensa en abolir la pena de muerte o en sustituir las penas cortas de privación de libertad por otras sanciones penales. Una reforma del derecho penal político o sexual, una regulación politicocriminalmente más correcta del aborto no sólo no están todavía previstas: es, incluso, peligroso hablar de la necesidad de que cosas como éstas sean reformadas. En otras palabras y resumiendo: no hay, ni habrá en un futuro próximo, una verdadera reforma del derecho penal español".

[250] Se distingue, sobre todo, por su vinculación al principio de reducción de lo punible a lo requerido por la necesidad, el *Alternativentwurf*: ver C. ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., p. 77.

En resumen, el primer límite que se impone al *ius puniendi* del Estado es el de la más estricta necesidad del recurso a la pena o a la medida de seguridad, concretada en dos principios fundamentales: *a*) el derecho penal constituye la *ultima ratio*; *b*) la protección de los bienes jurídicos debe ostentar carácter fragmentario, limitada a los ataques más peligrosos. Dejar de lado estos principios –como tiende a suceder en nuestra actual legislación–, prefiriéndose la amenaza de la pena o de medidas de seguridad, es sin duda camino más cómodo y sencillo que examinar antes si no caben medidas más leves para el individuo, aunque sean más gravosas para el Estado. Suscribo las palabras de ROXIN: La "huida hacia el derecho penal" significa a menudo sólo el abandono por parte del Estado de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen[251].

*b*) *La protección de bienes jurídicos.*

Hasta aquí se ha examinado el límite representado por la necesidad absoluta de protección de la sociedad. Este límite se halla íntimamente relacionado con otro que suele destacarse de forma particular en la actual ciencia penal. Me refiero a la necesidad de que el derecho penal subjetivo se ejerza únicamente para proteger *"bienes jurídicos"*.

El bien jurídico cuenta desde mediados del siglo XIX –desde BIRNBAUM– entre los conceptos fundamentales del derecho penal. Pero hasta hace poco su significado no ha solido verse en una función de límite al legislador, sino como expresión de la *ratio legis*, del objeto de protección elegido por la ley. Su función se situaba, por lo general, en el terreno de la interpretación y de la ordenación sistemática, de las cuales es sin duda la clave. Así, el concepto de bien jurídico no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por BIRNBAUM en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales. Aunque el ambiente de la época era todavía liberal, no debe olvidarse que, tras los movimientos políticos de 1813 y 1848, el liberalismo evolucionó y per-

[251] Cfr. C. ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., ps. 77 y s. Ver también ,del mismo autor, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 14 y s., donde con razón añade que, seguramente, nada contribuye más al aumento de la criminalidad que la penalización de los hechos de mínima gravedad.

dió su originaria pureza. El bien jurídico no nace como límite de *lege ferenda*, sino como producto del *positivismo* (de *lege lata*)[252]. Significó una consecuencia de la crítica formulada por la escuela histórica y el positivismo jurídico al derecho natural en que se basaba la ideología de la Ilustración y su concepción del delito como lesión de un derecho subjetivo. Con dicha crítica se perdió la intención limitadora del derecho penal de la Ilustración[253], que exigía como presupuesto del ejercicio del *ius puniendi* la "dañosidad social" del hecho a castigar[254].

Los distintos conceptos de bien jurídico que con posterioridad iban a servir de ejes a la discusión jurídico-penal tampoco ofrecieron un límite al legislador. La concepción de BINDING, que constituiría la base de una de las constantes doctrinales hasta la actualidad, ni siquiera pretendía atribuir al bien jurídico tal función: para BINDING, el bien jurídico es *creado por el derecho*, que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección[255]. VON LISZT sí persiguió un concepto material de bien jurídico que sirviese de frontera máxima de lo punible. Ello creía poderse conseguir trasladando el bien jurídico a un momento previo al derecho positivo, concretamente al de la realidad social. Ésta, y no el legislador, debía decidir qué objetos merecen protección penal. El bien jurídico es el interés de la vida, que el derecho no crea sino que *se encuentra* y eleva a categoría jurídica[256]. Pero VON LISZT no dotó de concreto contenido al concepto de "interés de la vida" –o "condición de la vida" o "interés jurídicamente protegido"–, de modo que quedó sin una precisa respuesta la pregunta de qué intereses merecen ser

[252] Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 5. P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strachtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962, ps. 26 y ss., reconoce el sentido preferentemente positivista de la concepción de BIRNBAUM, pero defiende, al mismo tiempo, su carácter liberal.

[253] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 140 y siguiente.

[254] Ver, así, C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., ps. 30 y s.: Consecuencia del origen de las leyes penales en el contrato social "es que aun cuando se probase que la atrocidad de las penas fuese, si no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, a lo menos inútil, también en este caso sería no sólo contraria a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad, sino que lo sería a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social".

[255] Ver P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, cit., ps. 46 y siguiente.

[256] Ver P. SINA, ob. cit., p. 53.

protegidos o, al menos, qué criterio debe decidir la necesidad de su protección. La pretensión de VON LISZT de atribuir al bien jurídico la función de límite al legislador no pasó, por ello, de constituir un programa sin desarrollar. Como ha puesto de relieve recientemente AMELUNG, en su obra citada, ello dejaba la decisión de la frontera de lo punible a los valores dominantes, entendidos como los valores de los que dominan[256 a].

Las dos concepciones del bien jurídico representadas por BINDING y VON LISZT sirvieron de base a las dos posiciones principalmente defendidas desde entonces. Por una parte, WELZEL y Helmuth MAYER siguieron el concepto de BINDING, que identificó el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito. Por otra, los neokantianos, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, continuaron en cierta forma el planteamiento de VON LISZT, al remitir a una realidad externa al derecho positivo. Pero, en lugar de acudir al terreno de lo social, se trasladó el problema al mundo espiritual de los *valores*[257]. Como sus precedentes de BINDING y VON LISZT, las dos direcciones señaladas no ofrecían un concepto material de bien jurídico que sentase un límite al *ius puniendi* del Estado. La formulación de WELZEL y H. MAYER no pretende tal objetivo, como lo prueba la incapacidad del concepto de bien jurídico como objeto empírico concreto para servir al mismo. Un objeto empírico no puede, obviamente, limitar al legislador. La concepción neokantiana, si bien consideró el bien jurídico como un valor de cultura y el delito como una infracción de los valores culturales, no utilizó la remisión a los valores como límite de *lege ferenda*, debido al relativismo axiológico, consecuencia del subjetivismo epistemológico neokantiano, característico de la dogmática de las ciencias del espíritu (ver *infra*, cap. 3, III, 3). De la misma forma que el concepto ontológico de acción final no vinculaba, para esta dirección doctrinal, ni al legislador ni a la ciencia, que podían manejar un concepto causal, las concepciones valorativas sobre los objetos merecedores o no de protección penal no podían vincular al legislador. Por otra parte, como destaca ahora AMELUNG, el neo-

256 a Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 7.

257 Las dos posiciones citadas se resumieron en 1939 en sendos trabajos de H. WELZEL, *Studien zum Systems des Strafrechts*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1939, ps. 491 y ss.; y de MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlín, 1939.

kantismo equivocó el terreno mismo en que situó la problemática del bien jurídico, que no es el mundo espiritual-subjetivo de los valores, sino el social-objetivo, ámbito específico del derecho. El derecho penal de las ciencias del espíritu podía, a lo sumo, haber explicado el delito como "*Kulturwidrigkeit*" (contrariedad a la cultura), nunca como perturbación de la vida social[258].

La actitud de la ciencia penal nacional-socialista frente al bien jurídico suele mostrarse como ejemplo del significado político liberal de éste. AMELUNG muestra cómo tal planteamiento debe ser revisado. Cierto que en un primer momento el bien jurídico fue rechazado, como signo individualista, por la escuela de Kiel (así, DAHM y SCHAFFSTEIN). Pero en 1937 y 1938 estos mismos autores lo aceptaron en sendos trabajos, después de que el neokantiano SCHWINGE y el nacional-socialista KLEE defendiesen la compatibilidad de bien jurídico y nacional-socialismo. El acuerdo fue facilitado también por aportaciones de defensores del bien jurídico como H. MAYER y WELZEL y, también, MAURACH. En 1940 DAHM escribía que el debate en torno al dogma del bien jurídico había conducido en lo fundamental a un acuerdo en la doctrina[259].

Que el nacional-socialismo admitiese el bien jurídico, aunque fuese tras un inicial rechazo, es, sin duda, la mejor muestra de la ineficacia limitadora de los conceptos que de aquél se manejaban. Ello se acentúa si se acepta, como AMELUNG, que las posiciones doctrinales alcanzadas bajo el nacional-socialismo en torno al concepto de bien jurídico coinciden, en lo esencial, con las existentes en la actualidad[259a].

Sin embargo, no cabe negar que una importante dirección actual utiliza el bien jurídico como bandera de una política criminal "liberal"[260]. Más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo,

[258] Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., ps. 350 y 367.

[259] Ver P. SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., ps. 82 y siguiente.

[259a] Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., ps. 261 y siguientes.

[260] Así, H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957; SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, XII/2, 1959, ps. 909 y ss., y 992 y ss.; C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., Hamburg, 1967, p. 413; mismo autor, *Sinn und Grenzen*, cit., p. 13; mismo autor, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des AE*, cit., ps. 78 y ss., donde pone de manifiesto que el Proyecto Alternativo se afilia a la "concepción liberal" del bien jurídico; H. J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en *Festschrift für R. M. Honig*, Göttingen, 1970, ps. 151 y ss.; P. SINA, *Die Dogmengeschichte . . .*, cit., ps. 89 y siguientes.

para servir a la función de límite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión. No creo, pues –contra AMELUNG[260 bis]–, que la dirección liberal actual yerre su enfoque al acudir al bien jurídico. Pero es preciso concretar el contenido de ese concepto, de modo que pueda limitar al legislador.

El punto de partida habrá de ser el que intuyó VON LISZT: el bien jurídico posee naturaleza *social*. Debe rechazarse, en cambio, el punto de vista neokantiano, de trasladar la problemática del bien jurídico al mundo del espíritu. Una concepción político-criminal, dotada de intención limitadora, del bien jurídico tiene que arrancar del principio de que sólo puede considerarse "bien jurídico", como objeto merecedor de protección jurídico-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la sociedad. Ya se comprende que en esta perspectiva la calificación de "bien *jurídico*" no depende de la efectiva tutela por parte del derecho positivo –eso impediría al bien jurídico servir de límite al derecho positivo–, sino del interés social en que se proteja jurídico-penalmente.

Pero ya se ha dicho que no basta afirmar que el concepto de bien jurídico remite a las necesidades sociales. La inoperancia de la formulación de VON LISZT se debió, sobre todo, a no haber desarrollado más concretamente este principio. Ésta es la razón por la cual la moderna dirección político-criminal del bien jurídico tiende a dotar de más preciso contenido a este concepto.

SAX siguió, para ello, el camino jurídico-formal de acudir a la fundamentación constitucional. Según su opinión, decidiría lo que sean o no bienes jurídicos el "orden de valores de la Constitución". Con ello no se abandonó, sin embargo –como advierte críticamente AMELUNG–, el marco metodológico propio de la ciencia penal orientada a las ciencias del espíritu[261].

El planteamiento de ROXIN es algo distinto, porque no parte formalmente de la Constitución ni remite a su sistema de "valores". No obstante, adolece, todavía, de insuficiente concreción. Basa su formulación en los límites propios del Estado democrático, único que admite. Tal Estado no cuenta entre sus atribuciones

[260 bis] J. CEREZO MIR tampoco cree, a no ser "en una medida muy limitada", en la virtualidad limitadora del concepto material de bien jurídico: *Curso*, cit., P. G., I, p. 12, nota 6.

[261] Ver SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., ps. 909 y siguientes.

la realización de fines divinos ni la corrección de ciudadanos tomados como inmaduros espiritualmente. No está, por ello, legitimado para castigar el ataque a valores puramente morales. Debe reducirse a crear y asegurar al grupo social las condiciones de una existencia ajustada a sus necesidades vitales, con pleno respeto de la libertad para la configuración individual de su vida. Pues bien, los presupuestos imprescindibles de tal existencia social se concretan en un conjunto de "estados valiosos" (*werthafte Zustände*), como la vida, la integridad física, la libertad de actuación, el patrimonio, que constituyen los "bienes jurídicos"[262]. No son bienes jurídicos, por faltarles la posibilidad de ser aprehendidos por los sentidos y no constituir estados realizados en el mundo exterior susceptibles de lesión pormedio de la actuación externa, conceptos como los de "moralidad", "bien común", "orden ético" y "dignidad humana"[263]. El derecho penal puede, sin embargo, proteger junto a los bienes jurídicos, ciertas actividades de prestación del Estado necesarias para la existencia del individuo[264]. Con esto último quiere ROXIN incorporar a su planteamiento los cometidos del actual Estado social.

La formulación expuesta es excesivamente inconcreta. En realidad, sirve sólo para excluir la punibilidad de los hechos exclusivamente inmorales[265], y aun en este ámbito lo difícil será en muchos casos decidir si el hecho atenta o no únicamente a la moral. Lo prueba el supuesto límite que ofrece la tortura de animales, tradicionalmente castigada en Alemania: para ROXIN cabe ver aquí protegido el bien jurídico representado por el dolor del animal, del que la sociedad se hace solidaria[266]. En cuanto a la consecuencia que pretende extraer ROXIN de su concepción, de que no cabe penalizar al puro ilícito administrativo[267], no se desprende de la limita-

[262] Así, en C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 12 y siguiente.

[263] A esta conclusión llegaba C. ROXIN en *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 413, donde coincidía expresamente con el concepto de bien jurídico propuesto por JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, cit., p. 13.

[264] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 13 y siguientes.

[265] Esta posición coincide con la adoptada por el *Alternativ-Entwurf* y se opone a la expresamente mantenida por el Proyecto Ministerial de 1962, que rechazaba limitar la protección penal a los bienes jurídicos afirmando: "Ciertamente, las normas jurídico-penales sirven generalmente a la protección de bienes jurídicos; pero esto no excluye que se conminen con pena determinados casos de comportamientos especialmente reprobables desde el punto de vista ético . . .".

[266] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., p. 16.

[267] Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 14.

ción del *ius puniendi* a la protección de bienes jurídicos, sino del carácer subsidiario del derecho penal.

La formulación de ROXIN peca, por lo demás, de excesivo "naturalismo", que sustituye a un verdadero desarrollo "social" del bien jurídico. No es, creo, acertado decidir la idoneidad de un bien para ser objeto de protección penal, en base a que sea o no aprehensible por los sentidos. El propio ROXIN se ve obligado a incurrir en una inexactitud al afirmar que el patrimonio posee estas cualidades cuando es indudable que es éste un concepto jurídico no susceptible de aprehensión sensorial externa. En cambio, al fijarse en el aspecto naturalístico, ROXIN descuida profundizar en el significado social del bien jurídico. Decir que bienes jurídicos son aquellos estados exteriores en que se concretan los presupuestos imprescindibles de la vida social en cada situación histórica, como se ha visto que se limita a afirmar ROXIN en este sentido, es ciertamente, como destaca AMELUNG, poco más que una tautología, si es que la idea de protección de bienes jurídicos ha de servir precisamente para asegurar la coexistencia de los ciudadanos. Sería preciso que se añadiese en qué consisten los mencionados "presupuestos imprescindibles de la vida social"[268].

Bajo la perspectiva metodológica de la moderna sociología, AMELUNG y CALLIESS intentan hoy analizar con mayor precisión este problema. El primer autor parte de que el límite al legislador no puede trazarlo el concepto de bien jurídico, cuya historia, entiende, demuestra su innocuidad político-criminal. Debe volverse, a su juicio, a la idea que sirvió de base a las preocupaciones liberales de la Ilustración: la "dañosidad social" (*Sozialschädlichkeit*). Sólo si concurre en la medida necesaria cabrá apelar a la pena. Para decidir cuándo ello tiene lugar aporta Amelung el concepto de "función" y "disfunción" manejado por el funcionalismo de la teoría de los sistemas sociales de PARSONS, introducido en Alemania sobre todo por LUHMANN. "La función social de un elemento estructural (por ejemplo, una norma) es su contribución al mantenimiento del sistema. Disfuncional es, por el contrario, un fenómeno que amenaza a la subsistencia del sistema"[269]. Adviértase que el criterio funcional sentado no dice nada de la "bondad" o "maldad" ética de la conducta, por lo que la sola inmoralidad no puede justificar el empleo de la pena.

[268] Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 310.
[269] Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 358.

Según esto, para LUHMANN, "dañoso socialmente es un fenómeno disfuncional, un fenómeno social que impide o dificulta que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia". Aplicado al derecho penal, esto supone la averiguación de la función de la norma y su valoración crítica en relación al mantenimiento del sistema social. Así, en la tortura de animales la norma penal sería disfuncional, porque tal conducta no compromete la existencia ni el funcionamiento de la sociedad. Como se ve, la admisibilidad de la pena se condiciona a su necesidad para el sistema social, valorada en base a las previsibles consecuencias reales para el mismo y no con arreglo a consideraciones éticas. Lógicamente, será consecuencia inevitable que el ámbito de lo merecedor de pena varíe con la historia, lo que exigirá un continuo replanteamiento de los límites del derecho penal subjetivo[270].

Me parece en buena parte compartible el fondo que subyace al planteamiento de AMELUNG. Al derecho compete diversa función que a la moral. Lo que legitima la intervención coactiva que supone el derecho no es la realización por la fuerza de cometidos religiosos ni morales sobre la tierra, sino la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. En nuestra parcela, ello significa –como hemos repetido anteriormente– que la pena y las medidas de seguridad sólo se justifican cuando son necesarias para la *protección* de la sociedad. A la hora de concretar el contenido de tal protección, la función *social* del derecho, como condición de la vida social de los individuos, lleva a referirla no a valores morales, no susceptibles de imposición coactiva, sino a la subsistencia de los sistemas sociales. Ello implica que sólo podrá ejercitarse el *ius puniendi* respecto de hechos disfuncionales para los sistemas sociales, con independencia de su gravedad moral.

Un ejemplo, referido al conflictivo sector de los delitos contra la honestidad, puede aclarar la diferencia entre un planteamiento eticista y el que toma en cuenta las efectivas consecuencias sociales del hecho. La punibilidad del escándalo público (art. 431, Cód. Pen.) será admisible para quienes pongan la mira en la protección de valores éticos, pues no cabe duda de que éstos se comprometen por el mal ejemplo que encierra el escándalo público. Extremada esta posición se llega a la concepción que de este delito defiende el Tribunal Supremo: basta, para que concurra, que sea sorprendida

[270] Ver, para todo lo anterior, K. AMELUNG, ob. cit., ps. 358 y siguientes.

por un agente de policía la realización de actos inmorales, como de homosexualidad. Tras esta criticable solución palpita la idea de que el art. 431 castiga la ejecución de hechos deshonestos (el requisito de su trascendencia a un tercero es también necesario para el castigo de todo otro delito: sin él permanecería oculto y, por tanto, impune). A la actitud contraria conduce, en cambio, la exclusiva contemplación de las consecuencias sociales del escándalo público. Para que fuese aceptable la punición del escándalo público sería preciso dar respuesta afirmativa a la pregunta: ¿causa grave daño al funcionamiento de los sistemas sociales el escándalo público? Adviértase que para ello no basta la sola ofensa a la moral sexual colectiva –ni individual–. Sería necesario demostrar que el escándalo público trastorna gravemente el funcionamiento social, llegando a la larga a comprometer su subsistencia. Se convendrá que no es éste el efecto de una ofensa al pudor. Ni perjudica a las posibilidades de participación del escandalizado en la vida social, ni, desde luego, altera el ritmo de funcionamiento de ningún sistema social actual. Y si lo hiciese, provocando una perturbación del orden público, siempre cabría acudir al delito de desórdenes públicos.

Parecido planteamiento podría proponerse para enjuiciar la necesidad o no de castigar otras conductas incluidas en el mismo grupo de delitos contra la honestidad. Piénsese, por ejemplo, en el estupro y, muy en especial, en los "abusos deshonestos" sin violencia, intimidación o engaño que, por recaer sobre mujer de 12 a 16 años, castiga el art. 436, último párrafo. Un enfoque funcionalista podría, tal vez, descubrir que, a diferencia de en momentos históricos (culturales y económicos) anteriores, en la actual sociedad industrial ni el estupro propio ni esos "abusos deshonestos" causan a la mujer daño social tan grave que justifique su castigo penal. Y sin embargo, la gravedad ética del ataque al *valor* "honestidad" no puede haber disminuido con el cambio de circunstancias sociales.

Lo anterior podría resumirse en una sola frase: lo decisivo no es la valoración *moral*, sino las efectivas consecuencias para el *funcionamiento* de los sistemas sociales. Tales consecuencias han de ser objeto de un estudio objetivo por la criminología, mediante la observación empírica de los procesos sociales, que separe la frontera de lo punible de las creencias éticas de cada sujeto. Con ello se sienta una premisa que creo necesaria para la deseada *racionalización* de los límites del derecho penal subjetivo.

No resulta, en cambio, necesario ni conveniente prescindir del concepto de bien jurídico en el anterior planteamiento. Que no es *necesario* lo pone de manifiesto CALLIESS, quien atribuye al concepto de bien jurídico un contenido derivado de la función social del derecho penal. Si el derecho penal protege la *estructura* social, entendida como red de distribución de posibilidades de *participación* recíprocas en los sistemas sociales, los bienes jurídicos no pertenecerán a la categoría de los "sustanciales", ni son "valores" quasi-cosificados, ni "bienes", sino aquella estructura social, en general, y las posibilidades de participación que supone, en particular. El derecho penal protege la seguridad de las expectativas de participación, la confianza en el funcionamiento del sistema. En la ejecución de la pena ello requerirá una configuración *resocializadora*, pues es condición de dicha seguridad de expectativas que al autor no volverá a delinquir. Esta concepción del bien jurídico es, a juicio de CALLIESS, la única que permite referir la protección penal no a objetos naturalísticos ni a valores morales, sino al sistema de interacciones comunicativas en que consiste lo social, materia específica de la regulación jurídica[271].

Lo anterior muestra que cabe introducir en el concepto de bien jurídico un planteamiento *social* de la función del derecho penal y de sus límites. Pero ello no es sólo posible, sino altamente *conveniente* para la libertad del individuo. El propio CALLIESS advierte que constituye un peligro fijarse sólo en la protección de la estructura social, en su conjunto, olvidando la mediación del objeto y sujeto concretamente protegidos: "Una comprensión del bien jurídico que pierda de vista aquella concreta-"natural" mediación de la estructura, corre el peligro de la dilución espiritual, del mismo modo que, viceversa, si se pierde de vista la estructura en su intersubjetividad, pueden seguirse malentendidos naturalísticos. Si se absolutiza el aspecto de la estructura, la consecuencia puede ser una ideologización de las decisiones de valor y de interés adoptadas en la estructura, ya que, por la falta de referencia a los objetos y sujetos protegidos, puede perderse de vista la función social de la regulación jurídico-penal . . ."[272].

Importa destacar que la apelación a la idea de bien jurídico ofrece una *garantía* para el ciudadano. El peligro que podría encerrar limitar el *ius puniendi* del Estado por la sola idea de disfun-

[271] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 143 y siguientes.
[272] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 146.

cionalidad respecto de la estructura social –como quiere AMELUNG– es que se tomaran en cuenta sólo las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo. Y no cabe olvidar que, si el derecho ha de proteger los sistemas sociales, es sólo en cuanto ello supone la defensa del individuo. Las intolerables consecuencias a que lleva el planteamiento inverso han sido puestas de manifiesto en nuestro tiempo por el totalitarismo político. Pues bien: la idea del bien jurídico puede servir para evitar los mencionados peligros, al obligar a una cierta concreción de los objetos y sujetos de la protección penal, más allá de la sola referencia, excesivamente abstracta, al funcionamiento de los sistemas sociales. Si este funcionamiento es el objeto *genérico* de la tutela penal, los bienes jurídicos son sus *concretos* objetos, que ofrecen la necesaria especificación de qué particulares procesos de interacción y de participación en los sistemas sociales merecen ser protegidos por el derecho penal. Tal especificación es necesaria por la misma razón que lo es la concreta tipificación de los hechos punibles, no bastando cláusulas generales al estilo de la prevista en el art. 1902 del Código Civil: los límites del *ius puniendi* deben ser precisos.

Debe, por último, aclararse que acudir a los bienes jurídicos no obliga a volver al planteamiento tradicional, que ve en ellos objetos materiales o valores espirituales. Pienso, como CALLIESS, que el bien jurídico ha de consistir en una "posibilidad de participación" en los sistemas sociales. Ello se confirma por parte del derecho positivo, incluso en delitos, como los delitos contra la vida, que podrían parecer ejemplos inequívocos del carácter de objeto naturalístico o de valor espiritual del bien jurídico. Si el bien jurídico protegido fuese la vida como estado natural o como valor, ¿por qué no se castiga también el suicidio y por qué se atenúa el homicidio solicitado por el suicida? (art. 409 del Código Penal). Estas preguntas obtienen, en cambio, respuesta satisfactoria si se reconoce como bien jurídico de los delitos contra la vida las posibilidades de participación (voluntaria) en los sistemas sociales, que se hallan condicionadas por la posesión de la vida, pero que no se atacan cuando de tales posibilidades no desea el sujeto hacer uso, prefiriendo el suicidio[273]. El mismo razonamiento explicaría la atipicidad de la automutilación (arg. ex art. 419) y, si se admite, de la

[273] En el mismo sentido, R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 152.

mutilación consentida (arg. ex art. 425)[274]. CALLIESS extiende parecidas consideraciones a los delitos contra el Estado, contra la Administración de Justicia, de falsedades documentales, de peligro, contra la libertad, contra el honor, etc.[275]. Ello permite generalizar, para todos los casos, que la penal protege distintos aspectos de las posibilidades de participación en los sistemas sociales. En ellos consisten los bienes jurídicos.

Las *conclusiones* que se han alcanzado hasta aquí son las siguientes:

1) Ciertamente el bien jurídico, como expresión del objeto de tutela legal, ofrece la clave de la *interpretación* y la base de la formación del *sistema* de la Parte Especial, pero no ha de limitarse a cumplir tal función metodológica, aunque a ella se haya reducido prácticamente su historia; el bien jurídico no lo decide el derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a *limitar al legislador*: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal.

2) El concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador no debe buscarse en la realidad *naturalística* ni en la valoración *subjetivo-moral* (no realizable mediante la coacción externa) sino en el terreno de lo social. Bienes jurídicos son las *condiciones necesarias*, según la observación empírica, de un correcto *funcionamiento* de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en *concretas posibilidades de participación* del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.

[274] Sobre el tema, uno de los más discutidos de nuestra Parte Especial, ver: Contra la impunidad, F. SUAREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, 1959, ps. 104 y ss.; M. COBO DEL ROSAL, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones*, en "Anuario de Derecho Penal", 1964, p. 262; A. FERRER SAMA, *Comentario al Código Penal*, t. IV, I, Madrid, 1956, ps. 336 y ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal I*, ps. 375 y ss. También, aunque críticamente y buscando vías distintas al consentimiento para fundar la impunidad en ciertos casos, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, I, Sevilla, 1976, ps. 85 y ss. En favor de la impunidad, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, Madrid, 1973, ps. 120 y s.; J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas* al *Tratado de derecho penal* de E. MEZGER, cit., I, ps. 409 y s.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del derecho penal*, Madrid, 1962, I, ps. 698 y s.; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Adiciones a Carrara*, Madrid, 1922, p. 539.

[275] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 149 y siguientes.

"Posibilidad de participación" no se entiende aquí sólo como posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la esfera de libertad particular* por parte de los demás. Para poner un ejemplo extremo: el poder vivir aislado sin necesidad de temer que los demás lo impidan es, según esto, una determinada posibilidad de participación social.

*c*) Con esto cabe cerrar el examen de los límites del *ius puniendi* derivados de su fundamento funcional, esto es, de la necesidad de defensa de la sociedad. Tal fundamento ha llevado a requerir dos clases de límites al poder punitivo. Por una parte, que éste no puede ejercerse más allá de lo absolutamente necesario, lo que se desdobla en los principios de la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal. Por otra parte, que la protección penal sólo pueda extenderse a los bienes jurídicos. En cuanto éstos se han concebido a partir de las necesidades funcionales de los sistemas sociales, este segundo límite encuentra la necesaria coherencia con el fundamento (*funcional*) de la necesidad de defensa de la sociedad. Pero en la medida en que además se refiere el bien jurídico a las posibilidades de *participación del individuo*, se hace preciso añadir una fundamentación *política* que parta de un Estado democrático al servicio del ciudadano.

B) *Límites derivados del fundamento político.*

En el apartado anterior se han estudiado los límites que impone al derecho penal subjetivo su fundamento funcional. En éste han de añadirse las limitaciones que se siguen de su fundamento político. En el actual derecho penal tal fundamento ha de ser, como se dijo, triple: el de Estado de Derecho –o "liberal"–, que se refiere al aspecto *formal* de sujeción a la ley, y el social y democrático, que apuntan al contenido *material* del derecho penal. Tales principios fueron ya sugeridos en los tres postulados –libertad, igualdad y fraternidad– de la, según BLOCH, "tricolor" Revolución Francesa[276], pero su proceso de realización efectiva todavía está lejos de haber concluido, muy en especial por cuanto se refiere al principio de-

[276] Ver E. BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1961, ps. 175 y siguientes.

mocrático. En cualquier caso, toca aquí destacar los límites que de tales postulados políticos se derivan para el poder punitivo. Puesto que el principio social más que limitaciones impone ensanchar la actuación configuradora del Estado, es lógico que los principios de Estado de Derecho (o "liberal") y el democrático originen los límites esenciales procedentes del fundamento político del *ius puniendi*. De tales límites, los derivados del Estado de Derecho han conseguido en el derecho positivo una consagración mucho más acabada que los que aconseja el principio democrático.

*a) Límites derivados del Estado de Derecho.*

Los límites derivados del Estado de Derecho son consecuencia de lo que se conoce como "principio de legalidad".

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, procedente[277], pese a su formulación latina, de FEUERBACH[278], quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791). Los antecedentes anteriores a la Ilustración que pueden mencionarse –principalmente la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan sin Tierra, de 1215[279], y la *Constitutio Criminalis Carolingia* germánica, de 1532[280]– no poseen el sentido moderno del principio de legalidad.

[277] Sobre el origen de este principio, ver R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, ps. 113 y ss.; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, ps. 383 y ss.; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 135 y ss.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., ps. 90 y s.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 103 y ss.; E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, ps. 140 y siguientes.

[278] Ver A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1ª ed., 1801, parágrafo 23. Pero debe advertirse que literalmente FEUERBACH no se refirió a la componente "*nullum crimen sine lege*", por mucho que se incluía en su pensamiento: cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 104; CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, ps. 446 y siguientes.

[279] A la que L. JIMÉNEZ DE ASÚA añade, como más antigua y dotada de mayor sentido de defensa del pueblo, la *Charta Magna* leonesa de 1188, otorgada por Don Alfonso, rey de León y Galicia, aunque reconoce que en ella no se contiene ninguna declaración tan terminante como en la inglesa: *Tratado*, cit., II, ps. 385 y siguiente.

[280] Ver estos y otros antecedentes en J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 135 y ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 163; R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, p. 114; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, ps. 383 y ss.;

Así, la *Magna Charta* inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal[281] y la *Carolingia* no prohibía la analogía *contra reo*[282]. Pero, sobre todo, el actual significado político inspirador del principio de legalidad diverge del que poseían los antecedentes anteriores a la Ilustración. Sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta[283] y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución Francesa[284], se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano. Sólo desde entonces el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, como dice MEZGER, "un *Palladium* de la libertad ciudadana"[285].

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto –contrato social– en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa –al menos teóricamente– al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad po-

---

J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 90; E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, ps. 140 y siguientes.

[281] Ver J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 137.

[282] BOHNE, *Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot*, en *Festschrift für H. Lehmann*, 1937, ps. 80 y ss.; E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, p. 141; R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, p. 114; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 103; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 136.

[283] Sobre todo, por BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., ps. 29 y s. (cap. 3): "... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad".

[284] Aunque con anterioridad habíase acogido ya en Estados Unidos, en las constituciones de Filadelfia, de 1774, de Virginia, de 1776, y de Maryland, de 1776. Cfr. J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 136; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 104; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, p. 387, coincide, sin embargo, en entender que "fue en la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere 'universalidad', como HIPOLITO TAINE observa ...". También en este sentido J. Mª RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., p. 137.

[285] Cfr. E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, p. 140.

pular. Exigir que las penas se hallen previstas por la ley persigue, como se ve, que cuenten con el consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer las privaciones de derechos fundamentales que implican. El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de *seguridad* jurídica, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la *garantía* de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo[286].

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así entendido, pasó a inspirar las legislaciones "de todos los países cultos"[287]. Las constituciones y códigos penales españoles –desde el de 1822– siguieron este camino, y desde 1848 el principio de legalidad se formula de modo básicamente coincidente con la actual regulación: la fórmula general del art. 1, 1º, y su precisión por parte del art. 2, el art. 23 y los arts. 80 y 81 del Código Penal.

El art. 1, 1º, fundamenta, junto con el art. 2, el primer aspecto del principio de legalidad, a saber, la garantía *criminal*. Se corresponde con la fórmula latina *nullum crimen sine lege*, que el legislador español ha preferido anteponer al de *nulla poena sine lege*, contra la opinión del creador de la fórmula, FEUERBACH, quien derivaba de este último aforismo el relativo a la garantía criminal[288]. El art. 1, 1º, más que una definición de delito en sentido dogmático, es, precisamente, antes que nada, un límite de garantía político-criminal[289]. En cuanto al art. 2, será efectivamente "redundante" –como quería GROIZARD[290]–, salvo que se base en él la prohibición de la analogía, como hace CÓRDOBA al fundamentarla en su párrafo 2º, que exige la "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley"[291].

[286] Éste es el sentido del pasaje de BECCARIA más arriba citado en el que se destaca: 1º) que sólo el legislador puede decretar penas porque solamente él representa a toda la sociedad unida por el contrato social; 2º) que los jueces no pueden, consiguientemente, "aumentar la pena establecida" por las leyes, ni siquiera "bajo pretexto de celo o de bien público": C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., ps. 29 y siguiente.

[287] Cfr., con amplias referencias, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, ps. 388 y siguientes.

[288] Ver A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit., p. 41 (parágrafos 19 y 20).

[289] Ver, apartándome de la opinión tradicional, S. MIR PUIG, *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, cit., p. 345.

[290] Ver. A. GROIZARD, *El Código Penal*, cit., I, p. 63. También J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 90.

[291] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., I, ps. 58 y s. En contra, sin embargo, ver *infra*, cap. 4, II, 2, C, *b*.

El art. 23, al prescribir que "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración", sanciona el segundo aspecto del principio de legalidad: la garantía *penal*[292]. Adviértase cómo este precepto sirve, al mismo tiempo, como expresión del principio de irretroactividad de la ley penal. Lo mismo sucede en el art. 19 del Fuero de los Españoles: "Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia del tribunal competente y previa audiencia del interesado". Pero este precepto se extiende tanto a la garantía *penal* como a la *criminal*, por lo que ambos aspectos pueden considerarse reconocidos a nivel constitucional.

Antes de proseguir la enumeración de los aspectos de garantía *jurisdiccional* y de *ejecución* contenidos en el principio de legalidad, debe ahondarse en el alcance de la garantía criminal y penal. Tales principios pueden desarrollarse en la siguiente trilogía: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*. El principio de *irretroactividad* de la ley penal (*desfavorable*) no es más que un aspecto del principio de legalidad, que se burlaría si aquél no se respetase[293]. La segunda exigencia (*lege scripta*)[294] quiere destacar la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas. La ley emanada del Poder Legislativo o asimilada –ley formal, decreto-ley o decreto-legislativo[295] –es la única vía de creación de derecho penal, porque éste debe dictarse por los representantes del pueblo, según el significado político del principio de legalidad más arriba expuesto. Por último, el tercer requisito del aforismo propuesto (*lege stricta*) impone un cierto grado de precisión a la ley penal y excluye la analogía –por lo menos en cuanto perjudique al reo–. La prohibición de la analogía se dirige al juez, por lo que constituye un límite relativo al momento judicial de aplicación de la ley. Su estudio, que requiere cierta prolijidad, se traslada al apartado destinado a la interpretación de la ley penal. Aquí debe

[292] J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 139; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, ps. 403 y siguiente.

[293] En este sentido, en especial, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, p. 383, quien se manifiesta en contra de escindir el problema distinguiendo el principio de legalidad del de irretroactividad, como se alegó en defensa del proceso de Nürenberg. Ver, también, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 100.

[294] Ver R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, ps. 113 y siguiente.

[295] Ver J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., ps. 141 y s.; S. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, cit., ps. 244 y siguientes.

contemplarse la otra consecuencia anunciada: la necesidad de concreción de la ley penal.

Este aspecto no ha podido ser objeto de la atención que merece. Se ha acostumbrado a examinar el principio de legalidad sólo en su vertiente *formal*, olvidándose a menudo sus exigencias *materiales*. Éstas imponen una técnica legislativa que ofrezca una redacción lo más precisa posible de los tipos legales. Ello no significa que deba postularse el recurso al *casuismo*. Por el contrario, éste es un vicio que aqueja con demasiada frecuencia a nuestra legislación penal. Es criticable porque es difícil que la enumeración casuística sea exhaustiva, y a menudo supone el olvido injustificado –e injusto– de supuestos equivalentes a los mencionados por la ley, sin que ello fuese querido por el legislador (lagunas legales). Por esta razón es preferible la técnica legislativa *generalizadora*, consistente en la descripción de los factores típicos de un grupo de casos[296]. Pero si la redacción generalizadora sirve mejor a la *justicia*, al tratar igual a todos los casos iguales, implica también un peligro para la *seguridad jurídica*, ya que la excesiva abstracción puede despojar de hecho a la ley de su función material de garantía.

Ésta es la objeción que ha de hacerse al empleo de las llamadas "cláusulas generales" –de que tanto abusa nuestro legislador en el derecho penal "político" (ej., art. 165 bis)[296 bis]–, que dificultan la precisión de los confines del supuesto de hecho legal y, consiguientemente, la clara delimitación del ámbito de lo punible[297]. De poco sirve, entonces, que se respete la exigencia *formal* de una ley previa, si su contenido no permite diferenciar con seguridad lo delictivo de lo que no lo es. Se vulnera, con ello, el aspecto *material* del principio *nullum crimen sine lege* (*stricta*)[298]. Para evitar

[296] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 101. Ejemplo de utilización de la técnica generalizadora lo constituye la nueva redacción del StGB alemán. Ver P. NOLL, *Zur Gesetzestechnik im Entwurf eines StGB*, en "Juristenzeitung", 1963, p. 300.

[296 bis] Recoge algunos ejemplos G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, cit., ps. 55 y siguientes.

[297] Ver CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, en *Festschrift für Eb. Echmidt*, 1961, ps. 136 y ss.; WOESNER, *Generalklauseln und Garantiefunktion der Strafgesetze*, en "Neue juristische Wochenschrift", 1963, p. 273; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, *passim*. En nuestro país, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., ps. 94 y ss.; J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, ps. 162 y siguiente.

[298] En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO escribe: "piedra de toque para comprobar si en el plano penal se respetan o no las exigencias del Estado de Derecho

tal consecuencia, el empleo de la *generalización* en la redacción legal debe acompañarse de una rigurosa *diferenciación* de los límites del supuesto de hecho, por medio del destaque de los elementos diferenciales de cada tipo legal a través de conceptos generales específicos[299]. Generalización y diferenciación son, como se ve, los dos pilares de una técnica legislativa dispuesta a conciliar las exigencias de los principios antinómicos de justicia y seguridad jurídica.

Lo dicho se refiere a la necesidad de precisión legal en la redacción de los presupuestos de la pena. El problema se plantea, también, respecto de la determinación de la pena: ¿qué grado de precisión es exigible en la determinación de la pena por parte de la ley, para que pueda entenderse cumplido el postulado material del principio de legalidad? Dicho de otra forma: ¿Qué margen de arbitrio judicial es compatible con el principio de legalidad? La respuesta a esta cuestión ha variado, como es sabido, desde los orígenes del liberalismo.

En un principio se creyó necesario reservar *exclusivamente* al legislador –a los representes del pueblo– la fijación de la pena, excluyéndose al juez todo margen de arbitrio, lo que se consideraba requerido por el postulado de igualdad ante la ley. Tal planteamiento se plasmó en el Código Penal francés de 1791, que señaló a cada delito una pena absolutamente determinada.

No fue éste el criterio seguido por los códigos del siglo XIX. En la misma Francia el Código de 1810 rectificó el extremado legalismo del de 1791, estableciendo para cada delito una penalidad comprendida entre un máximo y un mínimo (pena relativamente indeterminado), dentro de los cuales podía el juez fijar con libertad la pena. El sistema fue adoptado, pero en versión más legalista, por los códigos penales españoles. Si el Código francés de 1810 permitía al juez recorrer con arreglo a su arbitrio la totalidad de la

---

no es ya, según esto, el formal reconocimiento y consagración –incluso a 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 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": *Principio de legalidad*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, 1971, p. 888.

[299] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 101. Sobre toda esta problemática, ver K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968, ps. 266 y siguientes.

penalidad señalada en el tipo legal, los españoles recortaron tal posibilidad diviendo la penalidad típica en tres grados –máximo, medio y mínimo–. Caso de no concurrir circunstancias modificativas, podía el juez aplicar sólo el grado medio –restricción que se suprimió en 1944: art. 61, 4°–, y, caso de concurrir circunstancias agravantes o atenuantes, debía aplicar, respectivamente, el grado máximo o el mínimo (salvo el supuesto de varias atenuantes calificadas). Ello encerraba el arbitrio judicial en el estrecho marco ofrecido por cada grado, salvo algún supuesto excepcional[300].

Aunque en las reformas de 1932 y 1944 se amplió el arbitrio judicial, el Código Penal español actual sigue caracterizándose por una rigurosa vinculación a la determinación legal de la pena[300 bis]. Por una parte, el marco fijado en el tipo es ya poco amplio, si se compara con la extensión con que se prevén las penalidades en otros códigos, como el alemán. Así, el parágrafo 240 señala una penalidad que comprende desde 5 marcos de multa hasta 5 años de privación de libertad[301]. Por otra parte, la división en grados, en relación con la imperativa estimación de circunstancias modificativas legalmente previstas, reduce, por lo general, todavía más el ámbito concedido al arbitrio del juez.

De este modo, cabe afirmar que el Código Penal español respeta, tal vez más que ningún otro, la exigencia material, derivada del principio de legalidad, de la precisión legal (*lex stricta*) de la pena. Sucede, sin embargo, que las actuales corrientes político-criminales e iuscomparatistas abonan una relajación de este planteamiento, en beneficio de un mayor arbitrio judicial. Ello es preciso tanto por la propia necesidad de justicia, que obliga a tratar desigualmente a los casos desiguales, como por la función de prevención especial que tiende a afirmarse en la aplicación judicial de la pena, lo que creo acertado en cuanto sea compatible con la prevención general y sus límites, los principios de proporcionalidad y culpabilidad[302].

[300] Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., ps. 544 y siguientes.

[300 bis] J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 163.

[301] Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 103; J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 162, escribe: "Un marco excesivamente amplio . . . es incompatible con el principio de legalidad".

[302] Ello no significa que el juez pueda prescindir de criterios *objetivos* en la fundamentación de su decisión. No se trata de propugnar la "creación libre del derecho", ni siquiera dentro de los límites fijados por la determinación legal de la pena. Por el contrario, el arbitrio judicial ha de significar sólo ilimitada posi-

Con la fórmula propuesta *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta* se agotan los aspectos esenciales de las garantías criminal penal, que constituyen el núcleo del principio de legalidad. En nuestro Código Penal este principio abarca, sin embargo, dos extremos más: la garantía *judicial* (o *jurisdiccional*) y la garantía de *ejecución*. La primera se contiene en el art. 80 del Código Penal: "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme". La segunda se halla expresada en el art. 81 del mismo cuerpo legal: "Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". El art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene a precisar la garantía judicial añadiéndole el sentido de garantía *procesal*[303]. En la esfera del derecho penal militar, el art. 241 del Código de Justicia Militar resume las garantías judicial y de ejecución[304].

Por lo que se refiere a las *medidas de seguridad*, su propia naturaleza dificulta una rigurosa ejecución al principio de legalidad[304 bis], pues no es posible "tipificar" la peligrosidad, como estado del sujeto, ni puede precisarse del todo el concreto contenido de la medida o medidas a ejecutar. Todo ello ha de depender de la observación de la personalidad del sujeto en el irrepetible caso particular. No obstante, ello no es óbice para la conveniencia de condicionar la aplicación de medidas de seguridad a la concurrencia de ciertos *presupuestos* definidos por la ley, que aseguren una mínima garantía al ciudadano, así como de trazar *ciertos límites* a la

---

bilidad de combinación de los puntos de vista *objetivos* que presiden la medición de la pena (así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 103). Tales criterios deben obtenerse de los fines de la pena en el derecho positivo. A la ciencia penal corresponde su esclarecimiento y formalización, todavía en fase muy poco desarrollada. En un estadio ideal de evolución científica en este punto, cabría imaginar un arbitrio judicial perfectamente "reglado" y objetivizado en virtud de un sistema preciso de criterios de medición de la pena suministrados por la ciencia.

303 "No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales, y en virtud de sentencia dictada por el juez competente".

304 "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme y en la forma prescrita por las leyes".

304 bis Así, A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad*, cit., ps. 133 y ss., quien, sin embargo, insiste acertadamente en la necesidad, derivada del Estado de Derecho, de fijar límites precisos a las medidas en base al principio de legalidad. También, J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 163.

gravedad de las medidas a imponer. La exigencia de comisión previa de un *delito* cumple en la mayoría de países aquella primera función. En España, la presencia de un discutible sistema de medidas *predelictuales* impide, para las mismas, la aplicación de dicho criterio, que debe entenderse sustituido por la descripción de los "estados peligrosos" de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (art. 2). Éste ha de ser el sentido de la exigencia, junto a la peligrosidad –que, según defendí más arriba, debería referirse a la comisión de un *delito* futuro–, de realización de alguno de los supuestos descritos en este precepto. Pero, si ha de ser así, forzoso es subrayar la excesiva vaguedad que caracteriza a gran parte de los "estados peligrosos". Piénsese, por ejemplo, en el número noveno del art. 2 citado, que se refiere a los que "ejecuten actos caracterizados por su insolencia, brutalidad o cinismo", en ciertas condiciones muy ampliamente descritas. No creo que descripciones como ésta puedan sustituir felizmente la garantía que supone condicionar a la comisión de un delito previo la asignación de medidas de seguridad[304 ter].

En cuanto a la segunda exigencia que, también para las medidas de seguridad, debe inferirse del principio de legalidad, a saber, la fijación de ciertos límites a las medidas imponibles, puede verse reflejada en el art. 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Por una parte, aunque en él no se formule expresamente el principio de que sólo las medidas previstas por la ley pueden aplicarse, ello se desprende de su contexto[305]. Por otra, el mismo art. 5 señala *límites* de contenido a la mayor parte de medidas asignables. Así, se limita la *duración* del internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo (art. 5), o en uno de reeducación (art. 5, 2°), y el *número* de arrestos fin de semana (art. 5, 4°), etcétera[305 bis].

Sin embargo, las medidas *curativas*, que pueden suponer el internamiento en un establecimiento de preservación hasta la cu-

[304 ter] En sentido crítico, con razón, se manifiesta F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., ps. 97 y siguiente.

[305] En este sentido J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., p. 139.

[305 bis] No obstante, la reforma de la LPRS de 28 de noviembre de 1974, ha ampliado la indeterminación de estas medidas al elevarse de 3 a 5 años su límite máximo y de 4 a 6 meses su límite mínimo. En sentido crítico, con fundadas razones, A. SERRANO GÓMEZ, *Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1974, ps. 176 y siguiente.

ración o hasta que cese el estado de peligrosidad social (art. 5, 5°), el aislamiento curativo en casas de templanza hasta la curación (art. 5, 5°) y la sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros adecuados hasta la curación (art. 5, 6°), no tienen señalada duración máxima. Se encierra en estas medidas un grave peligro para la seguridad jurídica, habida cuenta de que no es precisa la comisión de delito previo. La única garantía –aparte de la dudosa representada por la descripción de los estados peligrosos– consiste en la decisión *judicial* del cese de la medida, obligada por el art. 26 cuando "se alcance . . . la condición fijada para ello en la ley –la curación–, en la sentencia o en el auto de revisión, o cuando se considere que ha cesado el estado de peligrosidad".

La garantía *judicial* se expresa en el art. 8 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: "La facultad de declarar el estado peligroso e imponer las respectivas medidas de seguridad corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria a través de los jueces de instrucción . . .".

*b) Límites derivados del Estado democrático.*

El principio de legalidad analizado en el apartado anterior originaba una serie de límites al *ius puniendi* derivados del Estado de Derecho, es decir, de un Estado en el que el poder se somete a la ley. Pero un Estado de Derecho, por el solo hecho de serlo, no es necesariamente un Estado *democrático*. Para ello no basta que el poder se ajuste al derecho, sino que es preciso, además, que ese derecho sirva a cada ciudadano. De esta exigencia nacen nuevos límites al derecho a castigar e imponer medidas de seguridad que corresponde a un Estado democrático.

Para tender un puente entre la función de la pena y la medida de seguridad, de una parte, y su fundamento político democrático, por otra, los límites que se siguen de éste se expondrán distinguiendo los tres distintos momentos en que se diversifica aquella función: la conminación penal *legislativa*, la aplicación *judicial* y la *ejecución*[306].

[306] Los límites derivados del principio de legalidad deberían, también, haber sido expuestos con arreglo a esta tripartición. Así, el principio de irretroactividad y de precisión de la configuración del contenido de la norma penal se dirigen al legislador, la prohibición de la analogía y del derecho consuetudinario limitan al juez, y las garantías judicial y de ejecución a la administración pe-

1º) *Límites relativos al momento legislativo.* Tres límites cabe destacar en este primer momento de ejercicio del poder punitivo: la exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

El primer límite ya fue analizado más arriba, pues se deducía también del fundamento funcional de la pena, que obliga a reducir su intervención cuando lo exija la necesidad de defensa de los bienes jurídicos. Me limitaré, por ello, a poner de manifiesto que a tal conclusión conduce también una concepción democrática del Estado y del derecho penal. Me remito, para ello, a una argumentación parecida a la que propone ROXIN[307]. Si al Estado no corresponde la realización de fines trascendentales, sino de protección y fomento de las condiciones de vida de sus individuos, sólo estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad para el cumplimiento de estos fines. Esto es, un Estado democrático sólo puede utilizar la pena y la medida de seguridad para la protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos. Los bienes jurídicos son los bienes en que se concretan tales condiciones de vida. Luego el derecho penal sólo podrá proteger los bienes jurídicos. Confiriendo a este planteamiento el contenido *social* que creo indispensable, porque el ámbito específico de la regulación jurídica lo constituyen los sistemas sociales, deberá decirse que un derecho penal democrático ha de limitarse a proteger aquellos procesos de interacción social que, a largo o a corto plazo, son necesarios para la subsistencia o mínimo funcionamiento de la estructura social (es decir, los bienes jurídicos), en cuanto ello constituye la condición de la vida de cada uno de sus miembros.

Bajo este punto de vista, no sería democrático un derecho penal que emplease la pena o las medidas de seguridad para dar protección a valores puramente *morales*, de los cuales no dependa la subsistencia o mínimo funcionamiento de la sociedad (v. gr.: persiguiendo la homosexualidad u otros actos contrarios a la mo-

---

nitenciaria. Pero el origen histórico-político y la elaboración doctrinal unitaria del principio de legalidad ha aconsejado el análisis conjunto de los límites que de él se derivan. Ahora distingue también los límites de la potestad punitiva según los tres momentos, legislativo, judicial y ejecutivo, G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, ps. 47 y ss., 111 y ss. y 137 y ss. (aunque en las ps. 42 y siguiente anuncia sólo dos momentos).

[307] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 12 y s., aunque junto a los bienes jurídicos añade, como objeto idóneo de protección penal, las prestaciones del Estado social existencialmente necesarias para el ciudadano.

ral sexual, sin que produzcan notable perturbación social, como hace un sector de la jurisprudencia en base a la interpretación de la palabra "trascendencia" del art. 431 del Código Penal como "gravedad moral" que no exige escándalo ni toma conocimiento por terceros)[308]. Tampoco es propio de un derecho penal democrático castigar conductas que supongan en realidad el ejercicio de derechos políticos que no cabe negar al ciudadano (como derecho de manifestación, de reunión, de asociación, de prensa, etc.). El derecho penal sexual y el político deberían reducirse al mínimo indispensable.

El segundo límite que impone el Estado democrático es el *principio de culpabilidad*. Tradicionalmente se incluyen en él dos exigencias de diversa naturaleza. Por una parte, la necesidad de que se requiera entre los presupuestos de la pena la concurrencia de dolo o imprudencia y se deje sin castigar el caso fortuito. Por otra parte, el postulado de que la pena se condicione a la posibilidad de reprochar el hecho a su autor, por ausencia de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad[309]. Ambos extremos caben bajo la común designación "principio de culpabilidad" para quienes consideran a dolo y culpa como integrantes de la culpabilidad, pero no para quien crea que el dolo y la culpa afectan ya a la antijuridicidad, como defiende el finalismo. Puesto que participo, aunque por otras razones que he resumido en parte en otro lugar[310], esta última posición sistemática, he de separar los dos postulados que suelen incluirse bajo el llamado "principio de culpabilidad", y reservar esta designación para la exigencia de reprochabilidad.

La necesidad de dolo o imprudencia como presupuesto de la pena no se deriva del principio democrático, sino de la función de la pena. Si ésta sirve a la protección de bienes jurídicos a través de la motivación que representa la conminación penal típica, será inútil castigar conductas que, como el caso fortuito, escapen a la posibilidad de evitación por ser imprevisibles. Al no poder motivar, la amenaza de la pena sería "disfuncional"[311], puesto que sería inevitablemente ineficaz y, por tanto, innecesaria para la pro-

[308] Ver MARTÍNEZ PEREDA, *el delito de escándalo público*, Madrid, 1970, ps. 162, 178 y 199 y siguientes.

[309] Ver, en este sentido, J. BAUMANN, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 172 y s.; MEZGER-BLEI, *Studienbuch*, cit., ps. 158 y siguiente.

[310] Ver S. MIR PUIG, *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, cit., ps. 330 y siguiente.

[311] En este sentido F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm*, cit., p. 319.

tección de bienes jurídicos. En consecuencia, la pena desbordaría el fundamento funcional del *ius puniendi*, al no hallarse justificada por su necesidad.

Este razonamiento no alcanza a todos los supuestos de lesión no dolosa ni imprudente de bienes jurídicos. Concebida la imprudencia desde hace tiempo no como concepto psicológico, dependiente de la previsibilidad, sino normativamente, como infracción de la norma de cuidado, la "prudencia" de una acción no exige necesariamente la imprevisibilidad del resultado lesivo. Por mucho que tal resultado fuese previsible, la acción no será imprudente si no infringe la norma de cuidado. Es lo que sucede en importantes sectores del tráfico actual, que se estima conveniente para la sociedad pese a los resultados lesivos a que *previsiblemente* conduce con elevada frecuencia ("riesgo permitido"). ¿Cuál es en tales casos el fundamento de la no punibilidad? Como regla ello será una exigencia derivada de la necesidad de coherencia de los distintos sectores del derecho, pues a menudo es el propio ordenamiento jurídico el que, de forma expresa o tácita, consiente en la participación en las actividades peligrosas (así, el tráfico rodado). En los demás casos, ello se derivará del *uso social* que rige el sector del tráfico afectado, pues es él quien determina el contenido de la norma de cuidado. En este último supuesto podría, en cierto modo, verse expresada una consecuencia del principio democrático: no puede castigarse lo que la sociedad considera correcto[311 bis].

El segundo aspecto incluido en la designación tradicional "principio de culpabilidad" es la exigencia de que el injusto cometido sea reprochable a su autor, por no concurrir causas que excluyan la *culpabilidad por el hecho*[312]. Para quien, como creo preferible,

311 bis Éste es, en definitiva, el fundamento último del principio welzeliano de "adecuación social" –que conduce la impunidad de los comportamiento normalmente admitidos aunque formalmente realicen la letra de algún tipo legal (cfr. espec. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., ps. 55 y ss.; HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en ZStW, t. 74 (1962), ps. 78 y ss.)– y del "principio de insignificancia" que permite excluir del tipo los hechos de mínima entidad social (ver C. ROXIN, *Política criminal . . .*, cit., p. 53). Personalmente creo necesaria la aplicación de este segundo principio en las coacciones: ver S. MIR PUIG, *El delito de coacciones*, lección magistral en prensa.

312 Este principio se halla generalmente reconocido. Por todos, ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 14 y s. Desde el punto de vista político-criminal, H. ZIPF, *Kriminalpolitik*, cit., ps. 33 y ss. Si en algún caso *excepcional* cabe admitir la "culpabilidad de autor", es problema que no puede examinarse aquí. Sobre la cuestión en nuestro Código Penal (respecto de la referencia a la "personalidad" en el

incluya el dolo en el tipo de injusto, éste es el único contenido del principio de culpabilidad. Con ello se consigue evitar la inclusión bajo una sola denominación de dos postulados dotados de distinto significado.

Que la exigencia de reprochabilidad del hecho a su autor posee diversa naturaleza que el postulado de no punibilidad del hecho no doloso ni imprudente, lo demuestra la distinta fundamentación de ambos postulados. Mientras que, en principio, la necesidad de dolo o imprudencia no se funda en el Estado democrático, por el contrario el principio de culpabilidad en sentido estricto deriva de este fundamento político de la pena. En efecto, un derecho penal democrático tiene que respetar la dignidad humana del ciudadano y ésta impide que pueda ser castigado por un hecho quien no es culpable del mismo. La culpabilidad supone la *atribuibilidad* del injusto a su autor, y en esto coincide ampliamente la actual doctrina, por encima de las discordancias existentes en cuanto al concreto criterio que permite tal atribuibilidad. El significado político-criminal de la categoría dogmática de la culpabilidad es el requerir la *"pertenencia"* del hecho a su autor, como sujeto racional capaz de autodirección normal[313]. Dejar de requerir la

---

art. 61, 4º) véase lo dicho al contemplar la función de la pena en el momento de aplicación judicial (*supra*, cap. 1, sec. 2, II, 3, B, *c*, *e'*). Baste ahora señalar que el problema de si la culpabilidad puede referirse no sólo al *hecho* antijurídico, sino también a la personalidad de su *autor* no afecta directamente a la esencia de la culpabilidad, que es en ambos casos la *atribuibilidad* al autor, sino sólo a su objeto de referencia (qué es lo que debe atribuirse, el hecho o la personalidad). Si esto es correcto, del mismo modo que en la culpabilidad por el hecho nadie discute que el hecho constituye el injusto, y no la culpabilidad, en la culpabilidad de autor, la personalidad (sea como producto de la *conducta de la vida* –Mezger–, sea como resultado de la *decisión* de llevar una vida contraria al derecho –BOCKELMANN–) deberá valorarse en el ámbito del tipo de injusto. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor no son, pues, dos conceptos distintos de culpabilidad, sino de injusto. Por esta razón no es preciso distinguir ambas modalidades cuando, como en el texto, se examina la función límite de la culpabilidad en general. Ver sobre la culpabilidad de autor: E. Mezger, *Die Straftat als Ganzes*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 57, 1938, ps. 688 y ss.; P. BOCKELMANN, *Studienz um Täterstrafrecht*, II, Berlín, 1940, ps. 145 y siguientes.

[313] Más ampliamente, S. MIR PUIG, *Política criminal y dogmática de culpabilidad*, mecanografiado inédito. A mi juicio, ROXIN atribuye un contenido político-criminal excesivamente amplio y difuso a la culpabilidad cuando la define como el ámbito de aplicación de los fines de la pena: ver *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., ps. 67 y ss. No sólo la culpabilidad "viene acuñada por la teoría de los fines de la pena", sino que ésta ha de reflejarse a lo largo de toda la

culpabilidad sería castigar por hechos no "pertenecientes" a su autor, tratando a éste con olvido de su naturaleza racional autónoma y, por ello, de su específica dignidad humana. En términos kantianos, ello supondría una *injustificada* instrumentalización del hombre, convertido en mero medio al servicio de la prevención social.

En cambio, la exigencia de culpabilidad, como límite de la prevención, reduce a sus límites imprescindibles la utilizacion del delincuente al fin de protección de los bienes jurídicos: en la medida en que sea posible conseguir tal fin respetando la naturaleza racional autónoma del hombre (es decir, haciéndole responder sólo por los hechos que le pertenecen en cuanto producto de su *motivación normal*), no es lícito perseguirlo desconociéndola. Cierto que, como ha puesto de manifiesto SCHMIDHÄUSER, la aplicación de la pena al delincuente carece de "sentido" *para él*. Si no fuese necesario *a la sociedad* el recurso a la pena, la pena carecería de sentido. No se castiga *por* el delincuente, sino *por* la sociedad. Esto implica que la pena comporta siempre, inevitablemente, una cierta instrumentalización del delincuente en aras de la defensa social, pues constituye un "mal" para aquél, que se le impone para "bien" de la sociedad[314]. Pero esta inevitable instrumentalización sólo puede justificarse por la misma razón que explica la necesidad de todas las limitaciones que la vida en comunidad impone al individuo: por su absoluta necesidad social. Y si la prevención puede alcanzarse de la forma menos lesiva posible de la autonomía del ciudadano, exigiendo como presupuesto que el hecho pertenezca a su motivación normal (esto es, la culpabilidad), no es lícito prescindir de tal posibilidad. Al limitar la pena al injusto culpable, la instrumentalización del delincuente encuentra, por lo menos, un importante paliativo: se hace recaer la pena en el delincuente sólo cuando éste ha decidido cometer el hecho con arreglo a su capacidad de autodirección normal, consciente de que el delinquir iba a suponerle el riesgo de ser castigado. De este modo, la pena apela a la autonomía y responsabilidad de un sujeto racional. En este

---

teoría del delito, cada una de cuyas categorías se *especifica* con arreglo a criterios más precisos.

[314] Ver, en este sentido, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, A. T.*, cit., ps. 39 y s. También: H. MAYER, *Strafrecht, A. T.*, cit., p. 25. En contra, defendiendo la esencia retributiva de la pena, un amplio sector de la doctrina alemana, representado, p. ej., por H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 238.

sentido pudo decir HEGEL que sólo la pena ajustada a la culpabilidad honra al hombre como ser racional[315].

Según la formulación expuesta, el principio de culpabilidad –en sentido estricto– constituye un postulado del Estado democrático. Si el Estado social, que busca la eficacia social, tiende a extender la prevención de delitos en la medida de lo posible, el Estado democrático, inspirado en el punto de vista de cada uno de los ciudadanos, ha de limitar la prevención por la exigencia de que el hecho a castigar sea *atribuible* a su autor.

¿Significa esto que el principio democrático se opone a las medidas de seguridad, que no requieren culpabilidad, sino sólo peligrosidad en el sujeto? Hace tiempo que la necesidad de las medidas constituye algo indiscutido. Baste pensar en la necesidad de internamiento prevista por el art. 8, 1°, para el enajenado peligroso. Renunciar a medidas como ésta comprometería excesivamente la seguridad de la mayor parte de los ciudadanos. El Estado democrático no puede, pues, rechazar totalmente las medidas de seguridad. No obstante, según la fundamentación más arriba propuesta del principio de culpabilidad, la utilización de las medidas debe responder al principio de la *subsidiariedad*: sólo será lícito acudir a las medidas de seguridad, prescindiendo del postulado de la culpabilidad, cuando la pena adecuada al injusto culpable no sea posible y, sin embargo, la protección de los bienes jurídicos requiera la curación, la corrección o la inocuización del individuo. No hace falta subrayar que ello ha de condicionarse a que dicha necesidad de protección sea del todo ineludible.

La conclusión acabada de obtener invierte el planteamiento que a menudo se hace de la relación pena-medida de seguridad. Las direcciones que propugnan la sustitución de la pena por las medidas de seguridad tienden a ver en tal propuesta la *liberación* de un innecesario e injustificable *plus* de gravosidad representado por el sentido de "castigo" y de "reproche" que implica la pena y es ajeno, en cambio, a las medidas de seguridad: Se rechaza la pena porque *no se puede castigar* faltando la libertad de voluntad. Por el contrario, el planteamiento aquí ofrecido parte de que es preferi-

[315] Favorable a exigir la culpabilidad como límite de la prevención, con el fin de evitar que el individuo sea tomado como instrumento al servicio de la sociedad, es C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 20 y ss. Su planteamiento y el propuesto en el texto se separan en un punto: ROXIN cree que la exigencia de culpabilidad logra evitar *totalmente* la instrumentalización del delincuente.

ble la pena a la medida de seguridad, la cual sólo es lícita cuando aquélla no es posible. Sólo en este caso, y por absoluta necesidad, puede someterse al ciudadano a una privación o limitación de derechos por algo que no ha decidido culpablemente[316].

El tercer límite del *ius puniendi* que impone el Estado democrático en el momento legislativo de la conminación típica se expresa a través del *principio de proporcionalidad*. Significa que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente[317]. No es lícito castigar con una larga pena de privación de libertad un hurto insignificante, ni puede ser sometido a una importante medida privativa de libertad quien demuestra solamente peligro de cometer algún hecho de escasa trascendencia.

En el ámbito del derecho penal de la pena el principio de proporcionalidad se distingue del principio de culpabilidad en que afecta al *injusto* del hecho. Ahora no se trata de exigir la atribuibilidad del injusto al autor, sino de requerir proporcionalidad entre la gravedad del injusto y de la pena que se le asigna[318]. ¿En qué se funda tal postulado?

Por de pronto, como ya se indicó más arriba (*supra*, ps. 97 y ss.), el mismo fundamento funcional de la prevención, a saber, su necesidad social, impone limitar la utilización de la pena por la idea de proporción. Como ya escribía BECCARIA: "No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medi-

[316] En el mismo sentido, aunque llegando a distintas consecuencias en cuanto a la función de la pena, Arthur KAUFMANN, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, Ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, en "Juristenzeitung", nº 18, 1967, ps. 554 y siguiente.

[317] En la doctrina suele acudirse a la expresión "principio de proporcionalidad" únicamente para limitar la gravedad de las *medidas de seguridad*, no de la pena, en base, probablemente, a que el legislador alemán ha expresado este principio especialmente para las medidas de seguridad (parágrafo 62 de la nueva redacción del StGB). Ver, en el sentido restringido indicado, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 17.

[318] Por esta razón sería equivocado pretender *sustituir* el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, como se ha propuesto. Ver, en contra de tal sustitución, G. STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen, 1973, p. 27.

da de los estímulos que les inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas"[319]. Viceversa, si el daño social causado por un delito es leve, la necesidad social de su prevención no será tan imperiosa como para justificar el recurso a graves penas. Por último, si la proporcionalidad fuese dejada de lado y se previesen penas igualmente graves para los delitos poco dañosos y los muy perniciosos, al delincuente le sería indiferente, en caso de duda, elegir la comisión de unos o de otros. Piénsese, pongo por caso, en lo que podría suceder si el hurto y el robo con homicidio tuviesen señalada idéntica penalidad: sin duda, aumentaría la frecuencia de comisión del robo con homicidio.

Pero, además, la necesidad de proporcionalidad constituye también una exigencia del Estado democrático: un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan. Exigir proporción entre delitos y penas no es, en efecto, más que pedir que la dureza de la pena no exceda de la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado. Conminar en la actualidad con la pena de muerte el "tercer hurto", como se había hecho en otras épocas históricas[320], contradiría abiertamente la actual significación social del hurto. Ahora bien, habida cuenta de que a menudo el juicio de la sociedad sobre la gravedad de un hecho aparece como una valoración *ética*, el razonamiento anterior estará, entonces, condicionado a que se admita la siguiente premisa: que la prevención pueda limitarse por las valoraciones *éticas* de la sociedad. ¿No es esto contradictorio con lo mantenido más arriba, cuando se afirmó que la pena sólo podría utilizarse para proteger los bienes jurídicos sociales y no valores puramente morales? Creo que no. En primer lugar, existe una importante diferencia entre considerar lícito el castigo de actos exclusivamente inmorales y admitir que la punición de los ataques a bienes jurídicos sociales deba *limitarse* (no que pueda *ampliarse*) por la valoración ética que éstos merezcan a la comunidad. En segundo lugar, si la pena ha de proteger a la sociedad, es lógico que *en dicha función de protección* no puede ser empleada *más allá* de lo que considera oportuno la misma sociedad. Por último, aunque no en im-

[319] Cfr. C. de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 35.

[320] Ver J. PEREDA, *Famosus latro*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1962, ps. 5 y siguientes.

portancia, debe tenerse en cuenta que las valoraciones *éticas* de la sociedad suelen responder a la utilidad o dañosidad de las conductas juzgadas para el funcionamiento de la estructura social. Moral social y utilidad social no son, en principio, como a menudo se cree, conceptos opuestos en su origen. Pero ¿qué ocurrirá cuando, como sucede con no poca frecuencia, sigan en vigor normas morales cuyo fundamento de utilidad ha desaparecido con la evolución social y la sociedad sea consciente de esta contradicción? Ante este conflicto lo decisivo para el derecho penal deberá ser la conciencia que la sociedad tiene de la no *utilidad* de la norma moral, porque el Estado no ha de combatir lo puramente *inmoral*, sino sólo lo *dañoso* socialmente.

Fuera de estos supuestos de conflicto, desde el punto de vista de la prevención sería altamente inoportuno prescindir de la proporcionalidad que requieren las valoraciones ético-sociales. Como se ha observado con razón[321], la prevención general se alcanza de la forma más eficaz cuando las penas responden a las expectativas éticas de la sociedad, mientras que han de llegar a producir el efecto contrario de levantar en los ciudadanos la rebeldía contra la ley, cuando se sienten como "injustas" por el cuerpo social.

2°) *Límites relativos al momento judicial.* Los tres principios limitadores examinados en el apartado anterior se dirigen, antes que nada, al legislador. Según ellos, éste no puede castigar ni prever medidas de seguridad para conductas o estados peligrosas (respectivamente) no contrarios a bienes jurídicos, no puede amenazar con pena hechos cometidos sin culpabilidad, ni asignar a las penas o las medidas de seguridad gravedades que no guarden proporción con la dañosidad o peligrosidad social. Todos estos postulados han de limitar, también, la función judicial de aplicación de la ley. No me refiero a la determinación *legal* de la pena, esto es, la que tiene lugar por medio de la tasación legal de las circunstancias modificativas y otros criterios, sino a la propia determinación judicial de la pena, la cual opera dentro de los márgenes que se conceden al arbitrario del juzgador (así, por ejemplo, dentro de cada grado –art. 61, 7°, del Código Penal– y a lo largo de toda la penalidad típica cuando no concurran circunstancias atenuantes ni agravantes –art. 61, 4°, del Código Penal–).

321 Ver R. MAURACH, *Tratado*, cit., I, p. 80; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 3, 53, 54 y s.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., ps. 480 y siguiente.

En el ejercicio del arbitrio judicial –que para no equivaler a *arbitrariedad* ha de responder a criterios objetivos[321 bis]– ha de respetar el juzgador los tres principios que ya limitan al legislador. En primer lugar, no le es lícito elevar la pena en base a que el hecho vulnere objetos distintos a los bienes jurídicos (p. ej.: por su contenido especialmente *inmoral*). Téngase en cuenta que en la concepción defendida más arriba el concepto de bien jurídico no se agota en la designación de un objeto aprehensible por los sentidos, sino que abarca a todos los procesos sociales cuya protección es necesaria para la subsistencia o funcionamiento de los sistemas sociales. Por ello, no sólo el desvalor del *resultado*, sino también el desvalor de la *acción* podrá relacionarse con el ataque a bienes jurídicos y servir, por tanto, como criterio de agravación judicial de la pena.

En segundo lugar, el juez se halla limitado también por el principio de culpabilidad. Aparte de que la ley prevea causas de exclusión y de modificación de la culpabilidad, el criterio judicial debe sujetarse también a una medición de la pena basada en la concreta culpabilidad concurrente en el autor. Es precisamente en este ámbito judicial en donde posee más evidente eficacia regulativa práctica el concepto *material* de culpabilidad que se mantenga. En efecto, en la determinación legal de la pena, se hallan ya precisamente definidas por la ley las causas que excluyen y modifican la culpabilidad con independencia de las posibles concepciones doctrinales de esta categoría dogmática. En cambio, en la determinación *judicial* de la pena faltan concretas prescripciones legales sobre el modo de valorar concretamente la culpabilida del autor. Pasa entonces a primer plano el concepto científico de culpabilidad, único capaz de orientar la labor judicial.

No es éste lugar oportuno para exponer las distintas formulaciones doctrinales existentes en materia de culpabilidad. Baste exponer los resultados a que conduce la posición que creo acertada. Como dije más arriba, lo específico de la culpabilidad es requerir la "pertenencia normal" del injusto a su autor, para lo que se exige que el hecho sea producto de una elección racional en condiciones normales. Cuando el proceso de motivación no discurre con arreglo a esta normalidad, la culpabilidad se excluye o se atenúa, según el grado de la anormalidad. Ésta, a su vez, puede

[321 bis] Muestra la urgencia de una "racionalización" de la medición de la pena H. HENKEL, *Die "richtige" Strafe*, Tübingen, 1969, ps. 3 y siguientes.

proceder de anomalías en el sujeto (p. ej.: enajenación) o en la situación (p. ej.: arrebato u obcecación). Aparte de las causas excluyentes o modificativas de la culpabilidad previstas por la ley, el juez debe tener en cuenta, para orientar su arbitrio, todos los factores que alteren la normal racionalidad de la decisión criminal. Aunque ya intuido como argumento central por los creadores de la actualmente dominante concepción normativa de la culpabilidad, este importante aspecto a que obliga el principio de culpabilidad no suele tratarse con la profundidad que requiere. Si la normalidad puede modificarse tanto por el estado psíquico del autor como por las condiciones externas bajo las que actuó, ambos extremos deberían ser considerados exhaustivamente a la hora de medir la concreta culpabilidad. Entre las condiciones externas cuentan en lugar preferente las circunstancias *sociales* que rodean el hecho. Como ya advirtió FRANK, no demuestra la misma culpabilidad un delito contra la propiedad realizado por un individuo que vive en la miseria, que el cometido por quien posee abundantes medios de fortuna[321 ter]. Como no sería igualmente culpable el joven delincuente formado en el interior de una subcultura criminógena, que el autor del mismo hecho antijurídico perteneciente a una clase social en que el infringir la ley sea rigurosamente reprochado.

Obsérvese cómo por esta vía, las conclusiones que se alcanzan no coinciden, sino que a menudo se halla en contradicción con las exigencias de prevención. En los casos propuestos, serán probablemente más peligrosos los hechos realizados por el delincuente en la miseria y por el formado en un ambiente criminógeno, respectivamente, porque circunstancias como éstas son las que con mayor frecuencia llevan a delinquir. Esta discrepancia, entre prevención y culpabilidad, que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina –se habla de la "antinomia de los fines de la pena"–[322], no debe extrañar para quien, como nosotros, considere la culpabilidad como *límite* de la prevención. Mal podría cumplir esta función de límite una teoría de la culpabilidad que condujese a resultados coincidentes con los que se derivan del punto de vista de la prevención. Ésta es, precisamente, una de las objeciones que cabe hacer

[321 ter] Cfr. el ejemplo paralelo de FRANK que recoge J. A. SÁINZ CANTERO en *Derecho penal*, Unidades Didácticas para la Universidad a Distancia, Madrid, 1974, XIX/8.

[322] Ver G. STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, cit., p. 22.

a la concepción de la culpabilidad propuesta por ROXIN, quien, por una parte, la considera "acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena[323] y, por otra parte, erige la culpabilidad en límite máximo de la prevención[324].

Que la toma en consideración exhaustiva de los factores sociales en la medición judicial de la pena contradiga los fines de prevención no ha de obstaculizar, pues, la acabada realización del principio de culpabilidad. No obstante, la resistencia de los tribunales a atenuar la pena por razón de las condiciones económico-sociales del hecho, obedece, sin duda, a la referida contradicción con las necesidades preventivas. Sucede aquí algo parecido a lo que ocurre en materia de estado de necesidad, y concretamente en caso de hurto famélico: en la práctica se tiende a negar la aplicación de la eximente por el temor de que ello incite a amplias capas de la población a solucionar por esta vía sus angustias económicas.

Tal planteamiento lleva demasiado lejos la función de la prevención. Es cierto que ésta constituye la función de la pena, como de la medida de seguridad, pero para que sea admisible debe sujetarse a ciertos límites, que ahora analizamos, uno de los cuales lo fija la culpabilidad. Este límite constituye, como ya se dijo más arriba, una exigencia derivada del Estado democrático, que no sólo prohíbe castigar a ningún ciudadano por la comisión de un hecho que no le "pertenece normalmente", sino que en uso del arbitrio judicial se le imponga pena mayor que la que consiente el grado de normalidad de dicha pertenencia. En efecto, un Estado democrático ha de tener como meta tratar con *igualdad* a todos los ciudadanos y ello implica –como se ha repetido hasta la saciedad– que se traten desigualmente los casos desiguales. Contradiría este postulado democrático pasar por alto las diferencias sociales que condicionan de tan distinto modo la decisión criminal, afirmando, como erróneamente suele hacerse, idéntica culpabilidad en quienes delinquen en condiciones económico-sociales del todo diversas. Ello supone, de hecho, tratar con mayor rigor a quienes delinquen en situaciones sociales más difíciles, lo que casi siempre equivale a discriminar a los delincuentes económicamente débiles.

El principio de *proporcionalidad* debe orientar, también, el arbitrio judicial. Me remito a la fundamentación que más arriba se

[323] Cfr. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., p. 67.

[324] Ver C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., ps. 20 y ss., y *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, cit., p. 88.

efectuó. Baste añadir que en el momento judicial adquiere especial importancia la solución *justa* de los casos juzgados, lo que implica que cada sujeto sea castigado en proporción al daño causado y la peligrosidad del ataque representados por su delito. Éste es el camino de realización del postulado democrático de *igualdad* ante la ley.

¿Cómo debe combinar el juez los principios de proporcionalidad y culpabilidad? Adviértase que ambos no coinciden: mientras que el primero parte de la dañosidad y peligrosidad del hecho antijurídico cometido, el segundo valora el grado de atribuibilidad de éste a su autor. De modo que en un hecho de elevada gravedad de injusto podrá concurrir nula o escasa culpabilidad y viceversa. Según el método ofrecido por la teoría del delito, el juez deberá examinar primero la gravedad del injusto (principio de proporcionalidad) y a continuación valorar en qué medida es atribuible a su autor (principio de culpabilidad).

3°) *Límites relativos al momento de ejecución de la pena.* Según CALLIESS, la realización del Estado democrático impone una concepción *resocializadora* de la ejecución de la pena, en especial de la privativa de libertad, que tienda a crear en el condenado posibilidades de *participación* en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal[325]. Además, para alcanzar la meta democrática el tratamiento resocializador no debería *imponerse* al condenado sin contar con su participación, sino que debería constituir el producto de un ininterrumpido *diálogo* entre el Estado y el condenado. El exacto contenido de la pena (su forma de ejecución) no estaría fijado de antemano, ciegamente, en la sentencia, sino que iría concretándose y modificándose por obra del mencionado diálogo[326]. En términos cibernéticos ello se expresa diciendo que la norma penal no opera con arreglo al esquema de la "conducción" (que no toma en cuenta los resultados), sino según el de la "regulación" (que va adaptándose según los resultados)[327].

Tal concepción de la ejecución de la pena contrasta, según CALLIESS, con los planteamientos formulados en base al Estado liberal clásico y al Estado social. En el primero, la idea de resocialización no tenía cabida. La pena era la respuesta adecuada al

325 Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 173.
326 Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., p. 160.
327 Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 18 y siguientes.

delito como hecho, sin que la personalidad del sujeto pudiese verse implicada, ni siquiera a los efectos de tratamiento. El Estado social, de signo intervencionista, admitió tomar en consideración al sujeto, en las medidas de seguridad y dentro del marco de la ejecución de la pena. Pero ello se concibió al margen de la *participación* del sujeto, que fue considerado como mero *objeto* de la acción del Estado. El Estado democrático debía completar esta evolución concibiendo la participación del sujeto como base del contenido de la reacción penal. Éste es el camino, según CALLIESS, de tender un puente entre los antinómicos principios del Estado liberal y el Estado social: el dualismo de penas y medidas de seguridad, expresión respectivamente, de estas dos posiciones antinómicas, podrá ser superado por una concepción unitaria de ambas como diferentes modos de realización del *diálogo* de Estado y sujeto[328].

[328] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 209 y siguientes.

PARTE SEGUNDA

# EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Nuestra disciplina no es, en rigor, el derecho penal en sí mismo, ni como conjunto de normas (sentido objetivo), ni como facultad punitiva del Estado (sentido subjetivo), sino el estudio del derecho penal. Este último constituye sólo el *objeto* de nuestra atención. Preguntar por el *método* de la disciplina que profesamos equivale, pues, a inquirir: ¿cuál es el método adecuado al estudio del derecho penal?

La cuestión del método no se reduce, por esta vía, a la del método pedagógico. La forma de enseñar el derecho penal no es más que una de las facetas de su estudio, a saber, el vehículo de transmisión a otras personas del resultado de dicho estudio. Éste ha sido condicionado y, en gran parte, incluso proporcionado por la ciencia del derecho penal. El razonamiento nos conduce, pues, al método de la ciencia del derecho penal. Tanto el profesor como los estudiantes deberán utilizarlo en el estudio, que ha de ser objeto común de todos ellos, de nuestra disciplina.

Sería contrario a mi intención, que se dedujese del anterior planteamiento una concepción meramente *academicista* del método del derecho penal. Al contrario: si algo justifica la actividad de la ciencia del derecho penal, de sus profesores y de sus estudiantes, es su destino a la práctica. El estudio del derecho penal alcanza sentido únicamente en la medida en que puede influir en las distintas manifestaciones de la vida de la ley penal: la creación de la ley y su aplicación. En primer lugar, ha de servir de base a la labor legislativa. En este aspecto se incluye la problemática de *lege ferenda*, la cual supone inevitablemente la consideración *crítica* del derecho vigente. En segundo lugar, el método de estudio del derecho penal debe poner a prueba su validez como instrumento de la aplicación judicial (y penitenciaria) de la ley. Cierto que la labor teórica y la función práctica poseen carácter distinto, pero el ideal a que debe tenderse con la máxima urgencia es que la teoría responda a las necesidades de la aplicación a la práctica de la ley y, viceversa, que ésta se base fielmente en el método de aquélla. En

nuestro país este objetivo está todavía bien lejos de la realidad, aunque los esfuerzos de aproximación son últimamente evidentes.

Podría resumirse lo anterior de este modo: el método de nuestra disciplina es, en lo esencial, el propio de la ciencia del derecho penal, que ha de ser susceptible de utilización tanto por profesores y estudiantes, como por el legislador y el juez. Si este planteamiento es válido, el análisis de la problemática relativa al método de nuestra disciplina habrá de concretarse al estudio del *método de la ciencia del derecho penal*.

Puesto que este método ha sido entendido en muy diversos sentidos a lo largo de la evolución de la moderna ciencia penal, convendrá dar noticia de los hitos fundamentales de esta evolución. A tal objeto se destinará la primera parte de la exposición. La segunda parte deberá ocuparse de forma particularizada en la consideración sistemática de la concepción que se prefiere.

CAPÍTULO 3

# EVOLUCIÓN DEL MÉTODO DE LA CIENCIA PENAL

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que BECCARIA inició la moderna ciencia del derecho penal, las concepciones sobre el método han variado hasta tal punto, que han determinado distintas elecciones en cuanto al *objeto* mismo de estudio. El derecho natural, el delito como manifestación biológica o sociológica y el derecho positivo han constituido los distintos objetos de otras tantas fases de la evolución del método de nuestra ciencia. Dentro de cada uno de estos momentos evolutivos extremos abundan, como es lógico, matices de importancia, que a menudo originan direcciones encontradas.

Ahora bien, las alteraciones metódicas siguen distintos caminos en los países cuya ciencia penal despierta para nosotros mayor interés: Italia, Alemania y, por supuesto, España. En Italia la evolución del método alcanza, tal vez, las más acusadas oscilaciones. Allí es evidente que ello lleva a preferir para nuestra ciencia objetos del todo distintos: la escuela clásica, la escuela positiva y la dirección técnico-jurídica se diferencian ya por su propio objeto (derecho natural, delito como hecho empírico y ordenamiento jurídico, respectivamente). En Alemania las diferencias en el método han solido enmarcarse en un límite más constante: el derecho positivo. Lo que no significa que este objeto haya recibido siempre los mismos confines, que, al contrario, han variado intensamente según el grado de *aislamiento* de las normas respecto de la restante realidad –sea espiritual, sea social– que constituye su contexto. Mientras que en Italia la historia de nuestra ciencia es la historia de sus posibles *objetos*, la evolución de la ciencia penal ale-

mana es paradigma de la historia de una de esas posibilidades: la dogmática jurídico-penal. En cualquier caso, la historia del método de nuestra disciplina es lo suficientemente diferenciada en cada uno de los países mencionados, como para justificar un examen separado en relación a cada uno de ellos.

## II. ITALIA Y LA EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE LA CIENCIA PENAL

La evolución del método propio de la ciencia penal italiana ha de dar ocasión de advertir, como se ha dicho, los tan distintos *objetos* de estudio elegidos en nuestra disciplina desde sus actuales orígenes. La escuela clásica, la escuela positiva y la dirección técnico-jurídica constituyen las tres opciones extremas, entre las cuales tienen lugar innumerables posiciones metódicas intermedias. La exposición que seguirá no pretende recoger los matices[1], sino trazar, con la claridad que sea posible, los rasgos fundamentales de aquellas grandes direcciones metodológicas. Tal vez se consiga de esta forma contemplar la historia italiana del método penal no sólo como fenómeno particular de este país, sino como ejemplo expresivo de las consecuencias extremas que ha tenido en nuestra parcela la general evolución de las ideas.

### 1. *El método de la escuela clásica.*

Si se tratase aquí de resumir el *contenido* de las doctrinas formuladas por la escuela clásica, tropezaríamos antes que nada con un obstáculo difícil de salvar con rigor: la escuela clásica no constituyó una dirección doctrinal mínimamente unitaria. Suele decirse que su propia designación –"escuela clásica"– era desconocida como rúbrica global durante su apogeo. A. FERRI, un positivista, se atribuye la unificación bajo esa denominación de las muy variadas corrientes que acostumbran a incluirse en ella[2]. Más que

[1] Se ocupa monográficamente de la evolución de la ciencia penal italiana SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Torino, 1932. Ver también FLORIÁN, *Per la storia delle dottrine penali in Italia*, en "Scuola Positiva", 1940, ps. 3 y ss.; DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, en "Archivo Penale", 1958, I, ps. 173 y siguientes.

[2] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., II, p. 33. Señalan también el origen positivista de la expresión "escuela clásica": J. ANTÓN ONECA, *Dere-*

dato anecdótico, ello deja traslucir la evidencia de la falta de esa unidad que podría suponerse en una "escuela". Hasta tal punto es así, que sobre un aspecto tan central como la concepción de la pena –que condiciona la total concepción del derecho penal–, las opiniones en el interior de la escuela clásica siguieron caminos tan opuestos como los representados por las teorías absolutas y las teoría relativas[3], dicotomía que en Alemania expresó las antagónicas posiciones de lo que allí constituyó la más acerbada polémica que ha dividido a la ciencia penal alemana: la lucha de escuelas.

¿Qué es lo que permitió, entonces, que tan diversas corrientes fuesen agrupadas por FERRI bajo una designación unitaria? Aparte de algún postulado básico compartido por tales tendencias –como el del libre albedrío–, lo que le confiere unidad es el *método* que emplearon[4]. Los autores "clásicos" tuvieron en común la utilización de un método racionalista, abstracto y deductivo[5]. Pero la adecuada precisión del sentido de tal método requiere añadir cuál fue el *objeto* al cual se aplicó. En efecto, también el positivismo jurídico de épocas posteriores se caracterizó por el empleo de un método racionalista, abstracto y deductivo, y, no obstante, la actitud metódica global de la escuela clásica es contraria a la del positivismo jurídico.

Lo que diferencia a las dos tendencias metodológicas es el objeto que eligen. Si el positivismo jurídico reclama como exclusivo objeto de la ciencia jurídica el derecho positivo, la escuela clásica orienta su atención hacia un derecho ideal racional, hacia el derecho natural. En este sentido el "racionalismo" de la escuela clásica no se agota, como en el positivismo jurídico, en el recurso a la razón como instrumento para desentrañar el sentido del derecho positivo, sino que cumple, en primer lugar, la función de descubrimiento del propio objeto de análisis: el derecho natural revelado por la razón.

En efecto, Francesco CARRARA, en quien culminó el clasicismo, escribía en los Prolegómenos de su *Programma*: "El derecho penal tiene su génesis y su forma en una ley absoluta, porque constituye

---

*cho penal*, cit., p. 21; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de derecho penal*, Madrid, 1963, p. 47.

[3] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado . . .*, cit., p. 33.

[4] Escribe G. BETTIOL: "Característico de la escuela penal clásica es ante todo el *método de trabajo*": *Diritto penale*, 8ª ed., Padova, 1973, p. 16.

[5] Ver J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, cit., p. 77.

el único orden posible de la humanidad según las previsiones y la voluntad del Creador". Y añadía: "las demostraciones no se derivan de la palabra humana, sino que deben ser deducciones lógicas de la razón eterna, por la cual reveló Dios a los hombres, por admirable inspiración, cuanto es menester para regular su conducta con respecto a los propios semejantes. Subordinadas así a una *norma absoluta*, las leyes penales son *absolutas* en sus principios cardinales, y sólo pueden convertirse en *relativas* en su forma de aplicación"[6].

Aunque CARRARA adoptó la versión católico-tomista[7], y no el iusnaturalismo racionalista característico de la Ilustración, el recurso al derecho natural tenía en la escuela clásica un sentido político *liberal* inequívoco. El sistema ideal a que el método racional condujo, tuvo el sentido de *desideratum* dirigido al legislador, quien había de encontrar en él los límites necesarios a la libertad del ciudadano. Como escribe ANTÓN: "La escuela clásica del derecho penal surgida de la filosofía de la Ilustración, va unida en todas partes al liberalismo político. Los derechos del hombre imponen: el legalismo, o sea que la ley regule detalladamente la función punitiva para que el individuo quede a cubierto de las arbitrariedades de los jueces; y el humanitarismo, esto es: la pena debe limitarse a lo estrictamente necesario, e incluso en muchas ocasiones se dejó sacrificar la necesidad a motivos sentimentales"[8].

Precisamente había de ser esta orientación liberal la que daría ocasión a la escuela positiva a culpar a la clásica de haber perdido de vista las necesidades sociales de prevención y haber fracasado, por ello, frente al considerable aumento de la criminalidad y de la reincidencia[9]. Tal crítica no era más que un reflejo particular de las

[6] Cfr. F. CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, I, trad. esp. de L. JIMÉNEZ DE ASÚA, 2ª ed., Madrid, 1925, p. 13.

[7] En este sentido, G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 1973, p. 13. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso . . .*, cit., I, ps. 47 y ss., generaliza, tal vez excesivamente, la afirmación a toda la escuela clásica italiana (en contra BETTIOL, loc. cit.).

[8] Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., ps. 22 y s. Ver también A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso . . .*, cit., I, p. 47. En el mismo sentido, J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA afirma que "los clásicos, desde César BECCARIA, pretenden mediante un *método lógico abstracto*, deductivo . . ., atacar el derecho penal del Antiguo Régimen denunciando su inhumanidad, la crueldad de las penas, la tortura, la incriminación de hechos que no deberían constituir delito, y consiguen que esas ideas penetren en la legislación inaugurando el derecho penal moderno": *Derecho penal español, Parte General*, cit., 1974, p. 46.

[9] Así, E. FERRI, *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia de la legislación y en la jurisprudencia*, trad. esp. de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid,

ideas que, a nivel más general de filosofía política, pedían en la mitad del siglo XIX el tránsito de un Estado liberal abstencionista a un Estado social intervencionista. Pero sería injusto para el liberalismo y para la escuela clásica atribuirles la aparición de los problemas que en todos los terrenos se hicieron evidentes a fines del pasado siglo y principios del presente. Concretamente, el aumento espectacular de los índices de criminalidad que delatan en *esa* época las estadísticas, obedeció antes que nada a las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a las nuevas y duras condiciones de la sociedad industrial que surgía[10]. Sería ingenuo creer que la lucha contra las secuelas de un sistema económico-social puede ser asumida con éxito por el derecho penal y, sobre todo, sería inadmisible políticamente pensar que tal lucha debe llevarse a cabo a expensas solamente de quienes manifiestan dificultades de adaptación al sistema, castigándolos o sometiéndolos a medidas de seguridad. La solución eficaz y lícita es otra: evitar, por medio de los instrumentos políticos generales, que el sistema dificulte hasta tal punto una vida social pacífica, que provoque un aumento de la inadaptación social y de la delincuencia en extendidos sectores de la comunidad, por lo general los menos favorecidos económicamente.

La escuela clásica no es, pues, la principal responsable de la delincuencia en el siglo XIX, sino las circunstancias económico-sociales que trajo consigo el auge del maquinismo industrial. Ello no significa que el método racionalista y abstracto del clasicismo fuese adecuado a las nuevas concepciones políticas que la nueva situación social requirió. Por otra parte, el nuevo Estado social intervencionista partía de la necesidad de orientar los medios políticos a la consecución de fines prácticos capaces de modificar la

---

1933, p. 37: "Estos principios y criterios generales de la justicia penal en los siglos XIX y XX, cimiento de las aplicaciones prácticas, dieron resultados desastrosos, a saber: aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas o asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados, aumento progresivo de la delincuencia de los menores y de las mujeres, prisiones con frecuencia más cómodas que las casas de los pobres y honrados, agravación financiera de los contribuyentes, defensa ineficaz frente a los criminales más peligrosos y pérdida de muchos condenados menos peligrosos, que podrían haber sido reutilizables como ciudadanos aptos para la vida honrada del trabajo".

[10] En este sentido, para Alemania, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., ps. 19 y siguiente.

*realidad*. En el terreno del delito, se trataba de elegir los medios adecuados para combatirlo en cuanto concreto fenómeno empírico. La concepción puramente *idealista* del delito propia de la escuela clásica resultaba contradictoria con tal planteamiento. Como es sabido, CARRARA consideró uno de los pilares básicos de su contribución rechazar la equiparación del concepto real-social y el concepto jurídico de delito. Sólo este último, que entendió desprovisto de existencia empírica, como un puro ente ideal, había de constituir objeto de atención por parte de la ciencia penal.

El concepto idealista de delito defendido por la escuela clásica no es más que un ejemplo importante y expresivo de la incapacidad de su método racionalista, abstracto y deductivo, para servir a los postulados de un derecho penal social, llamado a intervenir eficazmente en la concreta lucha contra el delito, como fenómeno existente en lo social. El nuevo planteamiento requería abandonar la exclusividad del mundo abstracto de las ideas, para asomarse a la más modesta realidad de lo concreto, única que podía conducir eficazmente un derecho penal dirigido a satisfacer necesidades sociales de prevención.

Pero la incapacidad del método abstracto para graduar su nivel de *eficacia* no era su único defecto. Siendo, como era, un método al servicio de un derecho penal de garantía para el individuo, no sólo resultaba insuficiente para la sociedad, sino para el propio individuo. El punto de partida abstracto pretendía garantizar al ciudadano que sería tratado con arreglo al principio formal de igualdad ante la ley, pues reputaba a todo aquel que no fuese total o parcialmente inimputable *igualmente* capaz de culpabilidad y, salvo que actuase en alguna situación excepcional descrita por la ley –así, miedo insuperable–, igualmente culpable. Esta equiparación arrancaba del postulado –fundamental en el clasicismo– del libre albedrío: en principio, todo hombre sano era, por encima de las circunstancias que diferencian a unos de otros, *igualmente libre*. Y este postulado era consecuencia del método abstracto del clasicismo, de la misma forma que el determinismo antropológico o social sería el primer resultado del empleo del método "positivo", de observación de la realidad concreta, propio de la escuela positiva. El idealismo liberal había imaginado un hombre igual, gracias a la libertad de su voluntad respecto de su concreta circunstancia, a todos sus semejantes. El positivismo criminológico denunciaría la realidad de un hombre concreto irrepetible, desigual a todos los demás por la efectiva desigualdad de sus respectivas

condiciones individuales y sociales. Pues bien, el método abstracto de la escuela clásica consiguió solamente una realización *formal* del principio de igualdad ante la ley.

En efecto, la igualdad de tratamiento legal quedaba garantizada en el sentido –formal– de que *la ley penal* no distinguía el tratamiento de los ciudadanos según sus condiciones sociales. Pero con ello no se trataba *materialmente* igual a todos los individuos, sino que resultaban favorecidos quienes se encontrasen en una situación individual o social más favorable. Para decirlo en fórmula repetida hasta la saciedad: tratar de modo materialmente igual a todos los hombres hubiese requerido tratar desigualmente a los desiguales, según su desigualdad. Ahora bien, esto se hallaba en oposición al método abstracto de la escuela clásica. El correctivo que supuso la admisión de circunstancias modificativas –tras el extremo rigor legalista del Código Penal francés de 1791– no significó abandono del método abstracto, sino sólo una vía abstracta de aproximación a la realidad. La actual ciencia penal se esfuerza por llevar más allá la necesaria concreción, como lo demuestra la particular atención que últimamente viene prestándose a la medición de la pena. Pero ha de reconocerse que, como los códigos, seguimos en buena parte anclados en una perspectiva metódica considerablemente abstracta, sin duda herencia de los orígenes liberales de nuestra disciplina.

## 2. *El método de la escuela positiva.*

Con el ocaso de las concepciones filosóficas y políticas que sirvieron de base a la escuela clásica, nació una nueva corriente metodológica que iba a caracterizar a la escuela positiva. Filosóficamente, favoreció el cambio el auge del positivismo de COMTE[11], del evolucionismo de DARWIN y SPENCER, y del naturalismo de MOLESCHOTT, BÜCHNER y HAECKEL, favorecidos por el espectacular progreso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX[12]. Po-

[11] Considera a COMTE iniciador del positivismo naturalista que inspiró la mentalidad de la última parte del siglo XIX, a la vez que resume sus ideas como precedente del psicologismo y sociologismo jurídico, R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, 2ª ed., cit., ps. 15 y siguientes.

[12] Debe añadirse, como precedente concreto, el nombre del italiano Roberto ARDIGÓ, de quien, al morir, FERRI reconoció expresamente haber servido de base

líticamente, ya se ha mencionado más arriba la debilitación del liberalismo clásico en la segunda parte del siglo pasado y el paso a una concepción intervencionista del Estado y del derecho. Se traslada el punto de mira de la garantía del individuo a la defensa activa de la sociedad[13]. Pero el elemento central en la escuela positiva fue el *método* que utilizó, lo que precisamente alegó FERRI para rechazar la vinculación de la *scuola* a un contenido filosófico determinado, cuando el naturalismo cedió ante el neoidealismo[14].

Si la anterior ciencia penal tuvo de común, pese a su pronunciada heterogeneidad, la utilización de un método racionalista, abstracto y deductivo, la escuela positiva reclamó la necesidad de un giro metodológico hacia la observación de la realidad empírica, al modo de las ciencias de la naturaleza[15]. Del idealismo había de pasarse al materialismo, de lo abstracto a lo concreto y de la deducción a la inducción. Más concretamente: el delito, objeto de la ciencia penal, dejó de ser considerado como ente jurídico ideal, para ser examinado como fenómeno empírico, ubicado en lo real-material. La pena –cuyo concepto mismo debía desaparecer– no podía seguir siendo retribución de significado ético o jurídico, sino –con nuevo nombre– instrumento de incidencia en la realidad externa, dirigida a la defensa de la sociedad.

La nueva perspectiva metódica supuso el cambio de *objeto* de la ciencia penal: del derecho *ideal* de la escuela clásica se pasó a la realidad empírica, de la búsqueda del *deber ser* a la investigación del *ser*. Fue la manifestación más evidente del ambiente cultural del momento, dominado intensamente por el positivismo, cuya

---

a su pensamiento. Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 23; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado . . .*, cit., II, ps. 62 y s. y 67 y siguientes.

[13] Así, escribe JIMÉNEZ DE ASÚA: "Filosóficamente, la escuela positivista criminal fue una reacción, en las ciencias penales, contra el individualismo, fruto de la filosofía del siglo XVIII, y representa una revolución científica equiparable a la reacción filosófica en nombre de los derechos imprescindibles del hombre": *Tratado . . .*, cit., II, p. 67. Más escuetamente, J. ANTÓN ONECA resume en una frase el nuevo planteamiento político criminal: "Los derechos de la sociedad predominan sobre los del delincuente": *Derecho penal*, cit., p. 24.

[14] Ver E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, cit., p. 44, donde protesta de la vinculación de la *scuola* a un contenido filosófico o biológico determinados y declara al método positivo la única característica esencial del positivismo criminológico.

[15] Sobre el método de la escuela positiva y su importancia esencial para ella, ver E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., ps. 12 y ss.; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, cit., ps. 86 y siguiente.

aplicación a las ciencias del espíritu a imitación de las naturales se consideraba la única vía de afirmación del carácter "científico" de esas ramas del saber, entre las que cuenta el derecho. El rechazo del derecho natural como objeto de conocimiento científico era coherente con la tendencia a desterrar toda "metafísica" de la ciencia y a limitar ésta a los "hechos" y a sus leyes empíricamente observables[16]. Con ello, como suele suceder, se llevó la concepción del método de un extremo ideal a otro extremo naturalístico. La historia del método penal conduciría más adelante a la necesidad de un punto situado entre ambas posiciones, que reconocería como objeto de la ciencia penal el derecho positivo, esto es, el ser del deber ser jurídico positivo. Se alcanzaría, de este modo, la tercera actitud metodológica central en la evolución de nuestra disciplina: el positivismo jurídico. Pero aunque éste se afirmó al principio como dirección totalmente apartada del método de la escuela positiva, pronto aparecieron soluciones de compromiso que intentaron aunar el estudio del derecho positivo con la observación de la realidad. En Italia destacaría la llamada "terza scuola", a la que más abajo volverá a hacerse referencia.

Las *consecuencias* de la nueva concepción metodológica, con su indicado cambio de objeto, afectaron a los puntos nucleares de la ciencia de los delitos y de las penas. La consideración del *delito* como fenómeno situado en el mundo empírico tuvo como más destacada consecuencia el rechazo del punto de partida de la escuela clásica: la libertad de voluntad. Si el delito era un hecho perteneciente a la esfera de lo real-material, no podía sustraerse a las leyes que rigen en este ámbito, y una de ellas es la ley de la causalidad. Todo hecho de la naturaleza responde a determinadas *causas*, o lo que es lo mismo, está determinado causalmente[17]. Tam-

[16] Así, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., ps. 49 y siguientes.

[17] Según el positivismo naturalista, que invadió los espíritus en la segunda mitad del siglo XIX a nivel general de las ideas, "los acontecimientos espirituales tienen, igual que los acontecimientos naturales, sus 'causas', están totalmente determinados por ellas. La ciencia tiene la misión de encontrar las leyes especiales según las cuales se realiza en sus detalles la determinación, y después, 'explicar' los acontecimientos. Según la concepción del positivismo, no existe ninguna diferencia de *principio*, entre el enlace causal en la naturaleza inanimada, en los procesos orgánicos de desarrollo, y la determinación psíquica, la motivación. En todas partes rige el principio de que todo cambio perceptible en el tiempo ha de tener su causa precedente, en el tiempo, la cual, a su vez, tiene como consecuencia necesariamente, conforme a las leyes de la naturaleza, el efecto": cfr. K. LARENZ,

bién el delito debía ser producto de causas que determinasen la voluntad de su autor. El libre albedrío, piedra angular del clasicismo, de la fundamentación tradicional de la pena y, por tanto, del derecho a castigar, no podía admitirse como explicación *científica* del hecho criminal[18]. La primera monografía de FERRI se ocupó de derrumbar el dogma de la libertad[19].

El presupuesto de la reacción punitiva debía buscarse, pues, fuera de la libre decisión de delinquir. Como sustitutivo se acudió a los conceptos de "responsabilidad social" y, sobre todo, "temibilidad", este último acuñado por GAROFALO[20]. La responsabilidad social intentó *justificar* la intervención en los derechos del delincuente sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad; la temibilidad vino a ofrecer un concreto criterio de medición de la reacción penal.

La *responsabilidad social* implicaba la necesidad de que el hombre, por el hecho de vivir en sociedad, es responsable de sus actos frente a la misma. La negación del libre albedrío no excluye el derecho y deber del Estado a exigir responsabilidad a sus ciudadanos, precisamente porque éstos son responsables socialmente en cuanto participan de la vida de la comunidad. Es más: de la misma forma que el delincuente está determinado a delinquir, la sociedad lo está a defenderse del delincuente[21]. He aquí –creyó la scuola– la posibilidad de fundamentar la reacción penal del Estado al margen del principio idealista de la libertad de voluntad y su traducción penal de la imputabilidad moral, contra la opinión de CARRARA, para quien esta doctrina era la base de la ciencia criminal, "que mal se construiría sin aquélla"[22].

---

*Metología de la ciencia del derecho*, cit., ps. 52 y 53. En la nota 8, de la página 52, puntualiza: "El positivismo condiciona un determinismo estricto en el sentido del concepto causal-mecanicista del mundo". Ver también, en este sentido, G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 1973, p. 21.

[18] Escribe BETTIOL, interpretando el espíritu del positivismo (que combate): "admitir el libre arbitrio significaría reconocer un *hiatus*, una fractura en el desarrollo de la vida del mundo que la mente humana no puede aceptar sin destruir de raíz la posibilidad de una investigación científica . . .": *Diritto penale*, cit., 1973, p. 24.

[19] Ver E. FERRI, *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1872, *passim*.

[20] Ver R. GAROFALO, *Il criterio positivo della penalità*, Nápoles, 1850, *passim*.

[21] Ver E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., ps. 510 y siguientes.

[22] Cfr. F. CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, cit., I, p. 31 (parágrafo 31, nota 2).

La formulación del concepto *temibilidad* permitió precisar la fundamentación expresada por medio de la responsabilidad social, sirviendo como concreto módulo de graduación de la misma. La intensidad de la defensa de la sociedad había de depender del grado de probabilidad de que el sujeto cayese en el delito. Esto se expresó primero con el término de "temibilidad" y más adelante con el de "peligrosidad". El último es el que ha logrado extenderse en la doctrina y en las legislaciones[23]. En cualquier caso, el presupuesto de la defensa social se situó en el *delincuente*, en lugar de buscarse en el *delito*, como en la doctrina clásica. Era en el sujeto en donde radicaba la peligrosidad. El delito no constituía más que una manifestación indiciaria de la peligrosidad de su autor[24].

La defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos debía partir también del método experimental esencial a la escuela positiva. La observación de la realidad había de conducir al descubrimiento de las causas del delito, como causas de la peligrosidad de su autor, todo ello posibilitado por la concepción determinista (causal) del fenómeno criminal. Antes que nada debían removerse las causas últimas del delito. A la respuesta de cuáles eran estas causas concurrieron distintas opiniones, que constituyen las distintas direcciones mantenidas en el seno de la escuela positiva. Baste recordar que, mientras el fundador de la *scuola*, Cesare LOMBROSO, inició una concepción *antropológica* de las causas del delito (el delincuente es un ser constitucionalmente anormal, caracterizado por su atavismo)[25], FERRI añadió el estudio de los *factores sociales* (el delito es producto de anormalidades biológicas y

[23] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., II, p. 66.

[24] Escribe, en este sentido, ANTÓN ONECA: "En lugar del delito, entidad jurídica abstracta, la realidad encontrada por el criminalista era el delincuente, sometido a las tendencias biológicas de su organismo y a los influjos del medio físico y social. Si para la escuela clásica el delincuente era solamente el sujeto del delito, un elemento de los varios en que el análisis lógico descompone la infracción criminal, por el contrario para la escuela positiva el delito se convertía en un mero síntoma de peligrosidad del sujeto, pasando a ser éste el protagonista de la justicia penal": cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 24.

[25] En este aspecto, sobre todo, conectó la *scuola* con el *evolucionismo*, que dominaba el ambiente cultural de la época: "fue la biología, en su desarrollo evolucionista, la que realmente dominó y fundó el pensamiento del siglo XIX, como la astronomía lo hizo con el siglo XVIII": cfr. L. W. H. HULL, *Historia y filosofía de la ciencia*, trad. esp. de Manuel SACRISTÁN, Barcelona, 1961, p. 331. Ver también L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., II, p. 69.

sociales)[26 y 27]. La clase de medidas de defensa social a adoptar depende la concepción que se adopte. Quienes, como LOMBROSO, creyeron en el delincuente atávico pidieron para él la muerte, como único medio de innocuización. FERRI pudo introducir otro tipo de medidas, de naturaleza social: los "sustitutivos penales". La investigación de las causas sociales del delito permite adoptar medidas preventivas de carácter político-general, que modifiquen las condiciones sociales mismas que llevan a delinquir. Es una importante consecuencia del método experimental.

La segunda consecuencia en el terreno de las medidas de defensa contra el delito afectó a la concepción tradicional de la pena, y de forma tan radical como el giro que sufrió el papel atribuido al delito. Si el fundamento de la defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos no se basa ya en la culpabilidad, la pena, a cuyo concepto es esencial la idea de castigo por el hecho cometido, deja de aparecer como respuesta adecuada. Por otra parte, si la defensa social debe estar dirigida por el conocimiento científico-positivo de las causas que producen la peligrosidad en el sujeto y llevan al delito, la única medida ajustada a las exigencias científicas habrá de ser aquella que el estudio de la personalidad del sujeto y de sus factores sociales haga necesaria para contrarrestar su peligrosidad criminal. Todo ello condujo a la escuela positiva a reclamar la *sustitución de la pena por medidas de seguridad*[28]. Se diferencian de la pena en que no son castigo de un hecho pasado, sino prevención, según la índole y entidad de la peligrosidad del sujeto, de delitos futuros.

Mas sería equivocado pensar que con el concepto tradicional de pena se prescindió también de la utilización de la idea de re-

[26] FERRI, con su sentido de adaptación a las tendencias ideológicas de cada momento, dio el paso al *sociologismo jurídico* que, preparado por la jurisprudencia de intereses de HECK, encontraría amplio eco en la metodología jurídica general: ver A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Madrid, 1971, I, ps. 265 y ss.; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., ps. 78 y ss.; R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, cit., ps. 16 y s. La voluntad de adaptación a la nueva corriente sociológica aparece claramente en FERRI por el hecho expresivo de que hasta su tercera edición no recibió su definitivo título de *Sociologia criminale*, que en las ediciones precedentes se designaba: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.

[27] El propio FERRI expone una pormenorizada clasificación de las distintas explicaciones positivistas del fenómeno delictivo: ver E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., 5ª ed., I, ps. 193 y siguiente.

[28] No obstante, la máxima realización legislativa de la *scuola*, el Proyecto Ferri 1921, no habló de "medidas de seguridad", sino de "sanciones criminales". Ver G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 1973, ps. 33 y siguiente.

presión *quia peccatum est*. El propio FERRI reconoce que una clase de medidas de seguridad deberá tener carácter represivo, "del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clásica"[29]. Pero también esta forma de represión debe individualizarse en razón a la temibilidad del delincuente, y no por su culpabilidad[30], en lo que se manifiesta su verdadero carácter de medida de seguridad en el pensamiento de la escuela positiva. La represión no se concibe más que como instrumento exclusivamente dirigido a contrarrestar la peligrosidad criminal, causa del delito y causada a su vez por otros factores sobre los que ha de incidir. De nuevo se refleja en este planteamiento el cambio metódico operado: al derecho criminal no corresponden sanciones dotadas de sentido valorativo o limitadas por consideraciones éticas, ni siquiera cuando consisten en la represión, sino sólo medidas que tienden a combatir *científicamente* la delincuencia.

### 3. *El método de la "terza scuola".*

Ni la escuela clásica ni la escuela positiva han llegado a nuestros días. Representaron posiciones extremas que pronto se intentó conciliar por distintas direcciones intermedias. Aquí importan éstas sólo en cuanto al *método* que resultó de la combinación de los principios clásicos y los propios del positivismo criminológico. Por lo demás, fieles a lo que más arriba se anunció –seguir sólo las líneas más esenciales y generalizables de la historia metodológica italiana– nos limitaremos a mencionar la más importante de las posiciones eclécticas: la que se llamó a sí misma *"terza scuola"*.

Fundaron esta escuela Manuel CARNEVALE[31] y Bernardino ALIMENA[32], debiéndose al primero su designación[33]. Seguida por otros autores –como LONGHI y SABATINI–, en ella vinieron a confluir no

[29] Cfr. E. FERRI, *Sociología criminal*, trad. esp. de A. SOTO, t. II, Madrid, s.f., ps. 154 y siguientes.

[30] Ver A. BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, cit., p. 45.

[31] Ver E. CARNEVALE, *Diritto criminale*, Roma, 1932, espec. I, ps. 1 y ss., 119 y ss., 141 y ss., 153 y ss., 173 y ss., 253 y ss., 269 y ss. En esta obra recoge CARNEVALE sus principales trabajos.

[32] Ver B. ALIMENA, *Note filosofiche di un criminalista*, Modena, 1911, traducido al español en edición de Reus, Madrid.

[33] Su segundo trabajo sobre el tema se tituló: *Una terza scuola di diritto penale in Italia*, en "Rivista di Discipline Carcerarie", julio de 1892.

pocos representantes del clasicismo y del positivismo criminológico, que rectificaron la pureza de sus premisas iniciales[34].

Su *método* fue expresión del carácter conciliador que la animó. Si la escuela clásica empleó un método racionalista, abstracto, deductivo y dirigido a elaborar un derecho natural, racional o ideal, que constituía su objeto, y la escuela positivista giró su atención a la realidad empírica, que pretendió estudiar con método experimental, la *terza scuola* quiso aunar el método idealista del clasicismo con el método naturalista del positivismo. Lo expresa ALIMENA con la frase: "a nosotros nos corresponde la tarea de integrar la exigencia jurídica con la exigencia psicológica y sociológica"[35].

El *contenido* atribuido por la *terza scuola* a los puntos nucleares del derecho penal había de participar, lógicamente, de la dicotomía metodológica referida. Así, CARNEVALE proclama, por una parte, la "reforma social" como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia[36], pero rechaza, por otra parte, la concepción del delincuente nato de LOMBROSO, reclamando se distinga entre "causalidad" y "fatalidad"[37]. Y, mientras ALIMENA niega el libre albedrío, admite la distinción de imputables e inimputables, según se posea o no "aptitud para sentir la coacción psíquica", esto es, "dirigibilidad"[38].

Para concluir el rápido examen de la *terza scuola*, tal vez convenga subrayar que su eclectismo no determina innovación alguna en el *objeto* ni en el *método* atribuidos a la ciencia jurídico-penal. No hace más que *unir* los dos objetos anteriormente elegidos, con sus métodos respectivos: al lado del derecho natural, racional o ideal, se coloca la realidad del delito y del delincuente, como fenómenos empíricos y junto al racionalismo idealista se introdu-

[34] Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 25.

[35] Cfr. B. ALIMENA, *Note filosofiche . . .*, cit., ps. 294 y siguientes.

[36] Ver E. CARNEVALE, *Diritto criminale*, I, cit., ps. 134 y siguientes.

[37] Ver E. CARNEVALE, *Diritto criminale*, I, cit., ps. 130 y siguientes.

[38] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., II, ps. 88 y s., donde resume la posición de la dirección ecléctica examinada: "En suma, la *terza scuola* acepta el principio de defensa social, pero no entendida ésta en el sentido naturalista, ni meramente utilitario, y basa en ella el derecho penal, que tiene como medida la justicia y como límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de defensa de la sociedad. La visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío aproxima a sus defensores a la escuela positivista; en cambio, la distinción entre imputables e inimputables les emparenta con la escuela clásica". Ver, también, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 25.

ce el método inductivo. Una verdadera renovación del método propio de nuestra ciencia había de producirse por obra de otra escuela penal: la dirección técnico-jurídica.

### 4. *El método de la dirección técnico-jurídica.*

La lucha de escuelas, entre clasicismo y positivismo criminológico, dio como resultado el olvido del derecho positivo. La escuela clásica reclamaba el estudio del derecho natural, ideal o racional. La escuela positiva giró su atención a la realidad metajurídica. Acaba de verse que la *terza scuola* se limitó a combinar ambos enfoques. En todos los casos el resultado fue el abandono del derecho penal vigente, que quedó en manos de una práctica falta de la imprescindible guía teórica. Quedó abierto en Italia –como en nuestro país– el abismo que separa teoría y práctica todavía en nuestros días.

Ni la ciencia penal alemana, ni la propia especulación jurídico-privada italiana –que había seguido el mismo camino que la alemana– se hallaban a principios de siglo en la mencionada situación. En Alemania, como en el derecho privado italiano, no se habían producido los dos fenómenos culpables del olvido del derecho positivo por parte de la ciencia penal italiana: ni la elección del derecho natural como objeto, ni la de la realidad metajurídica.

Como se verá con detalle al estudiar la evolución del método en Alemania, en este país el derecho positivo había sido siempre el objeto de estudio de la ciencia penal, aunque la escuela histórica que inició SAVIGNY introdujese en la elaboración de ese objeto el elemento histórico, como medio de constante renovación del derecho positivo. En lo cual no se encerraba contradicción alguna, pues el derecho vigente se concebía, a su vez, como el producto del desarrollo histórico de las ideas jurídicas del pueblo[39].

Por otra parte, el positivismo filosófico se reflejó en Alemania en un *positivismo jurídico*, mucho más que en un positivismo naturalista como el que inspiró a la escuela positiva italiana. Allí el positivismo dio lugar al nacimiento de la moderna dogmática pe-

[39] Sobre la escuela histórica alemana ver A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., I, ps. 89 y ss.; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., ps. 25 y ss.; R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, cit., ps. 8 y ss.; L. LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1972, ps. 99 y siguientes.

nal (BINDING, VON LISZT, BELING). Esto explica también el retraso que en la elaboración del derecho positivo aquejaba a la ciencia penal italiana en comparación con su ciencia jurídico-privada, que había plasmado en positivismo jurídico el ambiente cultura positivista de la segunda mitad del siglo XIX[40]. Se llegó, así, a la siguiente situación: mientras que el positivismo había estimulado vivamente en Alemania, como en derecho privado italiano, la elaboración de una específica ciencia jurídica, la ciencia penal italiana impidió concentrar la atención en el derecho positivo, contribuyendo, por el contrario, a situar la total discusión teórica en un terreno "doctrinal" –en el peor sentido del término–, entre un derecho natural carente de la suficiente concreción para constituir la firme base de una elaboración rigurosa y detallada, y una realidad que, por ser extrajurídica, escapaba, de pronto, a los juristas, faltos de la necesaria preparación antropológica o sociológica[41], y dejaba, en todo caso, sin estudiar el derecho penal positivo. En Italia, el positivismo criminológico combatió el planteamiento metafísico de la escuela clásica, pero, como escribe STAMPA, "demoliendo sin reedificar, terminó por limitarse a la tarea que es, relativamente, la más fácil, a la tarea crítica o negativa, ¡llegando al final a un derecho penal... sin derecho!"[42].

A comienzos de 1910 denunció Arturo ROCCO este estado de cosas y propuso un cambio de rumbo en el método de la ciencia penal italiana. En el famoso discurso sobre *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, que pronunció en la Universidad de Sassari, calificado por algunos como la *Magna Charta* del tecnicismo jurídico, inauguró la dirección técnico-jurídica. Primero se ocupa de la crítica de las orientaciones metodológicas imperantes: "Por momentos todavía se navega en pleno derecho *natural* o *racional o ideal*, complaciéndose en ejercicios académicos empapados aún de metafísica y de escolástica; por momentos, en cambio, se detiene uno en medio de un cúmulo de fluctuantes conceptos políticos que,

[40] Ver J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., p. 107.

[41] L. JIMÉNEZ DE ASÚA reconoce, por una parte, que, "aunque parezca paradoja, retrasó –la escuela positiva– al mismo tiempo el progreso de la criminología", y, por otra parte, que "el positivismo cae en el racionalismo al renunciar a sus investigaciones y dedicarse a la cita de los viejos autores": *Tratado...*, cit., II, p. 83. Todo ello es fruto inevitale de la falta de especialización antropológica o sociológica de los juristas de la escuela positiva.

[42] Cfr. J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., II, p. 125.

puestos al servicio de las tesis más dispares, hacen perder, naturalmente, el tiempo que reclaman para su estudio; por momentos se corre detrás de inasequibles conceptos biológicos, psicológicos o sociales, que cuando, precisamente, son verdaderos y fundados –y están muy lejos de serlo siempre– no sirven para nada, separados de la investigación jurídica. Y constantemente se abandona al desenfrenado deleite de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus inmoderadas tendencias reformadoras, no encuentra límites, que a menudo incluso desconoce la ley antes de criticarla y que pretende sacudir desde su base casi todo el derecho constituido"[43].

El único modo de sacar a la ciencia penal de su lamentable atraso, debido a las causas mencionadas, es, para ROCCO, volcar los esfuerzos en la elaboración del derecho positivo con arreglo al método dogmático seguido en Alemania con carácter general y en Italia en otras ramas del derecho: urge "mantenerse firmes, religiosa y escrupulosamente aplicados al estudio del derecho . . . Hablo tan sólo del derecho positivo vigente, el único que la experiencia indica y el único que puede formar el *objeto* de una ciencia jurídica". En cuanto al modo de aproximarse a este objeto, debe reducirse la ciencia penal "principalmente, por no decir exclusivamente, como ya se efectuado hace tiempo en el derecho privado, a un sistema de *principios de derecho*, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, a un estudio, en suma, general y especial del delito y de la pena bajo el aspecto *jurídico*, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Y esta dirección, llamada *técnico-jurídica*, es la única dirección posible en una ciencia precisamente *jurídica*, y, por añadidura, de carácter especial –como es aquella que lleva el nombre de ciencia del derecho penal– y la única de la que puede esperarse una reconstitución orgánica de la debilitada compaginación científica del derecho penal"[44].

Ya se advierte en los fragmentos recogidos el *positivismo jurídico* que inspira la reacción metodológica de ROCCO. Recoge este autor los frutos del positivismo como movimiento ideológico ge-

[43] A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, en *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, p. 266. Tomamos la excelente traducción de L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., II, p. 125.

[44] A. ROCCO, *Il problema e il metodo . . .*, cit., ps. 274 y s. Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 125.

neral, en la ciencia jurídico-penal alemana (ver *infra*, III, 2). BINDING, VON LISZT y BELING constituyen, con sus construcciones lógico-formales, ejemplos en que se inspira la dirección técnico-jurídica italiana[45]. Para definirla no bastaría, pues, señalar su elección del derecho positivo como específico *objeto* de la ciencia penal. Debe añadirse que a tal objeto se dirige con total rechazo de interferencias filosóficas procedentes de la realidad empírica. Ésta es, sin duda, la intención encerrada en la denominación "dirección *técnico-jurídica*"[46].

La anterior precisión del sentido positivista de la escuela fundada por ROCCO permite sugerir la siguiente diferenciación, a veces indagada por la doctrina, entre dirección técnico-jurídica y dogmática jurídica. Mientras que esta última alcanza a *toda* elaboración sistemática del derecho positivo, el positivismo jurídico *estricto*, y dentro de él la dirección técnico-jurídica, no son más que *una* de las posibles orientaciones del estudio del derecho positivo. En otras palabras: la dirección técnico-jurídica no equivale a la dogmática, sino que representa sólo una concreta dirección –el positivismo jurídico– dentro de ésta. Lo demuestra el examen de la historia de la dogmática en Alemania y, también, en Italia. En Alemania el neokantismo superaría al positivismo jurídico "naturalístico", introduciendo en el esquema formulado por VON LISZT y BELING la idea de *valor*, que supuso conexiones idealistas incompatibles con el "puro" espíritu positivista (ver *infra*, III, 3). Y, sobre todo, la teoría de la acción final de WELZEL afirmaría, más adelante, la vinculación del legislador y de la ciencia a conceptos *ontológicos* –las "estructuras lógico-objetivas"– prejurídicos, derivados de la naturaleza de las cosas (ver *infra*, III, 4). Con todo ello se abandonó el positivismo jurídico estricto de fines de siglo pasado y principios

[45] Así lo reconoce el mismo ROCCO, *Il problema e il metodo . . .*, cit., ps. 278 y ss. MAGGIORE llegó a afirmar, exagerada pero expresivamente, que la dirección técnico-jurídica nació en Alemania con la teoría de las normas de BINDING (*Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950, p. 22).

[46] El origen positivista común a la escuela positiva y a la dirección técnico-jurídica es subrayado por BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 1973, p. 52: "La desconfianza de los técnicos –de ROCCO a MANZINI, de MASSARI a VANNINI– frente a toda discusión filosófica, frente a toda cuestión planteada más allá de la experiencia sensible, que para ellos es experiencia del derecho positivo, no es en sustancia diversa a la oposición a la filosofía de un positivista acrítico como FERRI o de uno refinado como GRISPIGNI . . . Estamos en el mismo plano, no sólo en las premisas, sino también en el método de investigación".

del presente, pero no la dogmática, que abarca a todas las direcciones mencionadas. En la propia Italia se reflejarían las corrientes realistas y "valorativas" en las reacciones contra el formalismo de la dirección técnico-jurídica, por parte de ANTOLISEI, MAGGIORE, NUVOLONE y, sobre todo, BETTIOL y su "jurisprudencia de valores". Y, sin embargo, a todas estas ulteriores posiciones alcanza la expresión "dogmática-jurídica"[47].

Pese a las críticas que por los autores acabados de mencionar había de recibir el tecnicismo jurídico, es justo reconocer que ROCCO cuidó de evitar el exceso de formalismo que contra su escuela se alega. Aunque ROCCO se sitúa en las premisas ideológicas del positivismo jurídico estricto, intenta un estudio *realista* del derecho positivo. En su mismo discurso de SASSARI, afirma que el derecho no es otra cosa que superestructura de fenómenos humanos y sociales que subyacen a él; que no es posible, por tanto, conocer aquél sin conocer éstos. La consecuencia es, para ROCCO, que el estudio de la estructura técnica de una institución jurídica ha de acompañarse del estudio de su "finalidad" y de su "función social". El concepto de bien jurídico sirve para integrar estos aspectos teleológicos, y, en cuanto es colocado por ROCCO en el centro de su sistema, impide, a juicio de STAMPA, que éste sea comprendido ni puesto en marcha desde los cánones del puro formalismo[48]. De ahí deduce el autor español que las críticas dirigidas por ANTOLISEI, MAGGIORE, NUVOLONE y BETTIOL al tecnicismo jurídico no afectan más que a sus desviaciones y exageraciones formalistas, aunque BETTIOL –a diferencia de los demás autores citados– intente llevar su crítica al centro mismo de la escuela técnico-jurídica, a la que intenta superar y no sólo completar o corregir[49].

[47] Entienden de otro modo la distinción de dogmática y dirección técnico-jurídica J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 28 (que considera a la dogmática la dirección positivista alemana representada por BINDING, con lo que viene a equiparar, con la sola diferencia de nacionalidad, dogmática y tecnicismo-jurídico); J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., p. 112, nota 12 (la dogmática no es más que un método, del que se vale la dirección técnico-jurídica, la cual es un movimiento ideológico más amplio). L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., II, ps. 125 y s., reconoce que la dogmática, "como ciencia del derecho, no tiene nada que ver con escuelas y métodos parciales", entre los que incluye al tecnicismo jurídico.

[48] Ver J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., ps. 113 y siguiente.

[49] Ver J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., ps. 121, 135, 140, 149 y 169.

No voy a examinar ahora las críticas referidas, pero diré que son, en lo esencial, reflejo de la general evolución del pensamiento y de la dogmática penal alemana en particular. Con la irrupción del neokantismo, la filosofía de los valores, el irracionalismo y el existencialismo, se va superando progresivamente la mentalidad positivista, cientifista y formalista, que había dominado el espíritu de la segunda parte del siglo XIX y comienzo del actual. Habrá ocasión de contemplar de cerca esta evolución al estudiar la historia del método jurídico-penal en Alemania, donde la influencia de las tendencias filosóficas se percibe de forma próxima. Baste señalar aquí la línea central de la evolución: se reacciona contra el formalismo en un progresivo giro hacia el *contenido sustancial* de las normas penales. Ésta es la base cultural sobre la que se levantan las críticas al tecnicismo jurídico. Decir –como STAMPA– que dichas críticas no afectaban a la dirección técnico-jurídica en sí misma (esto es, bien entendida, según el programa de ROCCO), sino sólo a sus desviacionismos formalistas, deja sin explicitar, y tal vez oculta, la importante diferencia ideológica señalada[50]. No son sólo correcciones en el interior del mismo positivismo que dio lugar al tecnicismo penal, sino el abandono de ese positivismo originario.

Que ya ROCCO señalase la importancia de la "finalidad" y "función social" de las normas, no obsta a lo dicho. También VON LISZT destacó, probablemente como pocos, la trascendencia del fin y de los intereses sociales subyacentes al derecho penal, siguiendo las enseñanzas metodológicas de IHERING. La "pena final" –preventiva–[51] y el concepto de bien jurídico como interés de la vida social protegido por el derecho[52] fueron los dos pilares básicos de la con-

[50] Que ROCCO rechazó las corrientes de la dogmática alemana que pretendieron superar el formalismo positivista, resulta de forma inequívoca de sus siguientes afirmaciones, contenidas en el Prefacio a la traducción italiana del tratado de von HIPPEL, y que JIMÉNEZ DE ASÚA certeramente recoge, como testimonio de que en 1936 ROCCO abomina "de la llamada nueva dogmática del derecho penal alemán, o sea de aquella nueva dirección filosófico-jurídica que toma el nombre de dirección neoclásica o neokantiana o neocrítica, o también de *dirección valorativa o normativista*.

[51] Ver F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, reimpresión de Berlín, 1970, I, ps. 126 y ss.; mismo autor, *Tratado de derecho penal*, cit., 3ª ed., II.

[52] Ver F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, cit., 3ª ed., II, ps. 6 y s.: "Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho ele-

cepción jurídico-penal de VON LISZT. Y sin embargo, se le considera unánimente, y con razón, uno de los más típicos representantes del positivismo más riguroso. La explicación ha de buscarse en la doble dirección que imprimió el positivismo: la jurídica y la criminológica o empírica. El formalismo de BINDING ofrecería un ejemplo de positivismo jurídico puro[53]; la escuela positiva sería el paradigma del positivismo criminológico. Pues bien, en VON LISZT confluyeron ambos aspectos, lo que explica que pudiera aludir a la realidad metajurídica sin desbordar el planteamiento positivista. Paralelamente, aunque salvando las considerables distancias, el "realismo" que subraya STAMPA en en planteamiento de ROCCO puede interpretarse también dentro del marco del positivismo. Por ello, de la misma forma que el neokantismo, la escuela de Kiel o el finalismo no han sido meras correcciones "internas" de la metodología positivista, a pesar de que de ella han respetado la dedicación al derecho positivo e incluso las bases de la construcción dogmática del delito, del mismo modo no puede afirmarse, sin más, que una crítica como la representada por la "jurisprudencia de valores" de BETTIOL alcanza solamente a "las exageraciones formalistas" de la dirección técnico-jurídica[54], cuando en realidad supone el rechazo de sus fundamentos mismos (el positivismo).

Lo anterior pretende dar idea del significado *general* del método propio del tecnicismo jurídico-penal iniciado por ROCCO, dentro del contexto de la general evolución de la dogmática jurídico-penal: la dirección técnico-jurídica no equivale a la dogmática, sino que es sólo *una* de las concepciones (positivista) que esta última ha adoptado en el estudio del derecho positivo. ¿Cómo *concretó* ROCCO tal punto de partida metodológico? Siguiendo el camino trazado por el positivismo alemán[55], distinguió tres momentos cen-

---

va el interés vital a bien jurídico". Acababa de escribir: "la idea de fin da fuerza generadora al derecho".

[53] Aunque, como señala SÁINZ CANTERO, en BINDING –en quien se inspiró principalmente ROCCO– se encuentra ya la advertencia de que en la elaboración del derecho no debe perderse de vista la realidad: ver J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, cit., p. 95. Esto viene a abonar la compatibilidad, que se afirma en el texto, entre el "realismo" de ROCCO y sus premisas positivistas, distintas de las que permitiría una crítica como la de BETTIOL.

[54] Contra lo que opina J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., p. 149.

[55] Como observa SÁINZ CANTERO, en BINDING cabe descubrir ya la distinción de las tres fases –interpretación, dogmática y crítica– que erigió ROCCO en estruc-

trales en la elaboración jurídico-penal: la interpretación o exégesis, la dogmática y la crítica[56].

La *fase exegética* persigue descubrir el sentido de las proposiciones jurídico-penales. Es el primer paso en cualquier método dogmático, que persigue la elaboración del derecho positivo, pues el significado de las disposiciones jurídicas constituye el específico objeto sobre el que deberá levantarse la ciencia del derecho positivo. En el planteamiento positivista de ROCCO esta primera fase tiene un sentido especial. En ella se obtienen los *datos empíricos* a los que, en la fase dogmática, se aplicará el método *inductivo*, primer momento de los métodos "positivos" de las ciencias experimentales, para seguir, como también hacen éstas, con la utilización del método *deductivo*. Aquí se demuestra claramente –escribe BETTIOL– cómo el método del tecnicismo jurídico coincide con el empleado por las ciencias de la naturaleza, que parte de la distinción en dos fases, la primera inductiva y la segunda deductiva[57].

El segundo momento del método técnico-jurídico es *el dogmático*. Este término es desacertado, porque toma el todo por la parte: la dogmática no es una fase, sino el método jurídico-penal en su conjunto. Preferible es, por ello, designar esta fase con la palabra "sistemática" (o "sintética" frente a la fase "analítica" propia de la interpretación) que expresa su contenido específico. En ella se aplica el método inductivo sobre los preceptos jurídico-penales previamente interpretados en la fase exegética. Tales resultados son las categorías conceptuales de carácter general (dogmas) y, en último término, el sistema a que cabe reducirlas. De ambos se espera poder *deducir* consecuencias relevantes para la aplicación de la ley (fase deductiva).

Adviértase el significado positivista de la progresión metódica del tecnicismo jurídico-penal. En particular, la analítica separación de fases olvida que en el estudio dogmático todos los momentos metódicos se hallan implicados. Así, la interpretación de los

---

tura del método técnico-jurídico: *La ciencia del derecho penal y su evolución*, cit., p. 95. Y STAMPA BRAUN indica que IHERING había partido también de tres fases en el método jurídico: "análisis jurídico", "concentración lógica" y "construcción jurídica". La primera corresponde a la "interpretación", mientras que las otras dos son momentos de la fase sistemática. Falta la referencia a la instancia crítica: *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., p. 104, nota 3.

[56] Ver A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, en *Opere giuridiche*, cit., p. 297.

[57] Ver G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 1973, p. 52.

preceptos legales no puede separarse de las categorías sistemáticas. Por el contrario: éstas han de iluminar el sentido de las proposiciones jurídico-penales, hasta el punto de que en tal función encuentran buena parte de su justificación.

La tercera fase del método técnico-jurídico es la *crítica*. Mientras que las dos fases anteriores se ocupan de conocer el derecho positivo tal *como es*, la crítica se concreta en determinar si ese derecho positivo, previamente conocido, es, o no, *como debiera ser*[58]. La naturaleza de esta última fase es abiertamente distinta a la de las otras dos, a las que, más que añadirse a un mismo nivel, se contrapone. A este último momento parece reservarse la formulación de juicios de valor sobre el derecho vigente, lo que constituye uno de los rasgos de la construcción de ROCCO más expresivos de su planteamiento positivista. En las fases de interpretación y formación del sistema no se considera lícita la introducción de valoraciones. Sólo en una fase posterior a la propia elaboración del derecho positivo –la fase crítica– se admiten los juicios de valor. Esta separación de conocimiento científico del derecho positivo y valoración es característica del método positivista, que no quería reconocer la naturaleza esencial e inevitablemente valorativa de todo lo jurídico[59]. La escuela sudoccidental alemana y la filosofía de los valores vendrían, más tarde, a subrayar el carácter valorativo del derecho penal: la valoración no sólo pertenece a una etapa externa al conocimiento del derecho positivo ni solamente en forma crítica, sino que ha de inspirar el núcleo mismo de la interpretación de las normas jurídico-penales y de la construcción del sistema. Interpretar es descubrir la valoración expresada por la ley; crear un sistema no es, tampoco, tarea puramente lógico-formal, sino que propone encontrar *el* sistema que mejor (valorativamente) responda al mundo de valores expresado por el derecho positivo[60].

[58] Así la clara formulación de STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, cit., p. 105.

[59] Es justo, no obstante, añadir que, al introducir la crítica, si no en la fase de elaboración del derecho positivo, sí entre los cometidos de la *ciencia* jurídica, ROCCO representa una versión "moderada" del positivismo jurídico. Piénsese que la extrema actitud positivista entiende que "el jurista puede y debe utilizar la crítica del derecho positivo . . ., pero ese horizonte lo considera fuera de su campo de acción como "científico del derecho": cfr. A. LATORRE, *Introducción al derecho*, 1ª ed., Barcelona, 1968, p. 130.

[60] Desde la perspectiva de su "jurisprudencia de valores", se opone BETTIOL al concepto de "sistema" propio del tecnicismo jurídico, esto es, positivista: ". . . no

Esto último expresa un punto de vista metodológico que discrepa del sustentado por la dirección técnico-jurídica. Pero tiene de común con ella algo que lo distingue de la escuela clásica y de la escuela positiva: la determinación del derecho positivo como *objeto* de la ciencia jurídico-penal. A este postulado básico responden todas las concepciones metodológicas que tienen cabida en la historia de la *dogmática*, como ciencia del derecho positivo. El examen de conjunto de la evolución de la dogmática, en sus distintas direcciones metodológicas, tendrá lugar a continuación, desde la perspectiva de la ciencia penal alemana. No quiere expresarse con ello que en Italia no sea posible distinguir orientaciones dogmáticas diversas al tecnicismo jurídico-penal. Al contrario; ya se ha hecho referencia a las revisiones críticas que ANTOLISEI, MAGGIORE, NUVOLONE y BETTIOL, para poner ejemplos importantes, han opuesto al positivismo de la dirección técnico-jurídica. Pero es en Alemania donde, al contacto próximo con la evolución de la filosofía, nacen las corrientes dogmáticas más importantes, que casi siempre acaban por influir en la metodología jurídico-penal de más acá de los Alpes.

## III. ALEMANIA Y LA HISTORIA DEL MÉTODO DOGMÁTICO

Si la contemplación de las líneas generales que presiden la evolución del método propio de nuestra ciencia en Italia muestra las tres posibilidades históricas de elección de su *objeto* –derecho natural– (escuela clásica), realidad empírica (escuela positiva) y derecho positivo (dirección técnico-jurídica), el examen de la historia del método penal en Alemania trae a primer plano las posiciones desde las cuales se ha estudiado el objeto representado por el derecho positivo. Ello se debe a que la ciencia penal germánica no ha concebido el método de formas tan dispares que haya llegado, como en Italia, a determinar un verdadero cambio del objeto

---

podemos hacer nuestros los cánones de un logicismo que únicamente persigue la elaboración de un orden, en el seno de las nociones penalistas, deducido de las afinidades formales que los distintos "hechos" presentan. Es preciso, en efecto, ir más allá y conferir un relieve, un significado, un valor al sistema: intentar que el sistema formal, esto es, la construcción de los institutos, refleje el orden propio del sistema sustancial, del contenido de las normas que reúne": *Diritto penale*, cit., 1973, p. 55.

de estudio. Las diferencias que separan las distintas concepciones no son en Alemania tan abiertas como en Italia. En términos generales puede afirmarse que la historia del método en Alemania se reduce, casi siempre, a la evolución del método dogmático, esto es, de la ciencia del derecho positivo. Ésta es la razón lógica –la histórica es que la ciencia penal moderna nace en Italia, con BECCARIA–, por la que se estudia la evolución germánica después de la italiana; convenía hacer mención de los distintos objetos atribuidos a nuestra disciplina, antes de considerar en detalle las diversas formas en que se ha elaborado uno de dichos objetos, el derecho positivo.

Como he hecho al considerar la evolución del método en Italia, limitaré la exposición que sigue a los hitos *fundamentales* de la historia del método dogmático en Alemania. Evitaré detener la atención en las posiciones que no han conseguido verdadera trascendencia histórica e, incluso, en los detalles de las que por su importancia se examinarán. A la consideración pormenorizada de los matices que distinguen las construcciones de cada autor preferiré los rasgos comunes a los movimientos metodológicos más significativos. Más que la historia de *cada una* de las formulaciones metódicas producidas en la moderna ciencia penal alemana, intento ofrecer la evolución del método, *en singular*, de la misma.

1. *Los inicios del método dogmático.*

Aunque probablemente la moderna dogmática alemana no da comienzo definitivo hasta Binding, como fruto del mismo positivismo que originaría en Italia el tecnicismo jurídico-penal, hay amplio acuerdo en la doctrina germánica en considerar a FEUERBACH el "fundador (mejor: *Neubegründer*) de la ciencia del derecho penal alemana", como escribió VON LISZT. Desde la aparición de su "*Revisión*" y su *Lehrbuch* hasta la obra de BINDING, la doctrina alcanzó ya un importante desarrollo "intensiva y extensivamente"[61]. Era lógico, ya que el movimiento ideológico que hizo nacer en toda Europa la ciencia penal moderna se remonta, como es sabido, a la Ilustración, de forma inmediata por obra de BECCARIA. Pero en Alemania faltó la pronta cristalización política y, consiguientemente,

[61] Ver, en este sentido, E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, 1965, ps. 282 y siguiente.

legislativa de las ideas liberales que en Francia tuvo lugar gracias a la Revolución Francesa. Ello produjo una importante consecuencia en el terreno de la metodología jurídico-penal alemana. Mientras que en Francia la realización efectiva de las concepciones liberales en el derecho positivo permitió ya desde fines del siglo XVIII el paso de un planteamiento metódico iusnaturalista a una actitud de franca vinculación al derecho positivo, en Alemania –como en Italia–, al hallarse la legislación penal anclada todavía en el espíritu del Antiguo Régimen y en contradicción, por tanto, con la filosofía política del Estado liberal, que se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas, la ciencia hubo de mantener su atención por el derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época.

En efecto. La indicada diferencia en el estado del derecho positivo en Francia, por una parte, y en Alemania, como en Italia, por otra, constituye una de las bases que explican la distinta actitud de estos países frente al derecho natural. En Francia –como señala LATORRE– la publicación a principios del siglo pasado de los códigos napoleónicos hizo que la mayoría de los juristas se concentrase en su comentario. Nació así la llamada "escuela de la exégesis", que presidió el pensamiento jurídico francés a lo largo de todo el siglo XIX[62]. Su primer principio fue: el derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley[63]. Ante una legislación liberal como la napoleónica ello poseía un significado político inequívoco. Se respetaba la ley, porque formalmente era expresión de la voluntad popular y materialmente respondía a los postulados del derecho natural racional. La oposición al iusnaturalismo que caracterizó a la metodología francesa del siglo pasado no reflejaba, según esto, un cambio esencial en el *contenido* respecto de los principios defendidos por el derecho natural liberal de la Ilustración. En este sentido puede afirmarse que "el auge general de las codificaciones produjo, como curioso efecto, que estando ellas inspiradas en las ideas iusnaturalistas, engendrasen una mentalidad y una ciencia jurídica eminentemente positivistas"[64].

[62] Cfr. A. LATORRE, *Introducción al derecho*, cit., p. 132.

[63] Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 81. Ver, también, loc. cit., ps. 78 y siguientes.

[64] Cfr. A. LATORRE, *Introducción . . .*, cit., ps. 155 y s. Añade este autor: "En realidad, este positivismo reposaba sobre la plena y tácita aceptación del conjunto de valores que había desarrollado la escuela del derecho natural racionalista. Había adquirido éste un aire militante cuando su trinidad programática: vida,

Ya se vio páginas atrás que en Italia no se produce la sustitución del derecho natural por el positivo, como objeto de la ciencia penal, prácticamente hasta el siglo XX, con la dirección técnico-jurídica. La escuela clásica, primero, como la escuela positiva, después, lograron que la ciencia penal italiana permaneciese alejada del derecho positivo durante todo el siglo XX. Ambas escuelas siguieron situadas en el terreno del *desideratum*, ya sea el derecho natural, ya los dictados de la observación empírica. Muy posiblemente exista relación entre esta actitud metodológica y las circunstancias políticas y jurídico-positivas de la Italia del siglo pasado. Salvo el precedente representado por el Código Penal toscano de 1786, producto –como el de Austria de 1787– del despotismo ilustrado y no del liberalismo, sólo alguno de los Estados en que se dividía Italia antes de conseguir su unificación, como Nápoles –Código Penal de 1831–, contó con un derecho penal ajustado a los postulados liberales. Hubo que esperar a 1889 para que Italia pudiese contar con un Código Penal unitario. Hasta entonces la ciencia penal prefirió el camino de preparar el advenimiento del nuevo derecho penal, creando la magnífica construcción ideal-racional de la escuela clásica, a limitarse al estudio del insatisfactorio y fragmentario derecho positivo. De este modo, si los códigos franceses fueron el fruto del derecho natural de la Ilustración, el italiano de 1889 lo fue del iusnaturalismo de la escuela clásica. Y si el Código Penal francés de 1810 constituyó en ese país la base del positivismo del siglo XIX, en Italia debería esperarse a que el Código de 1889 ofreciese el terreno propicio para la aparición del tecnicismo jurídico-penal[65].

En Alemania la situación legislativa era más próxima a la italiana que a la francesa. El espíritu de la Ilustración se había expre-

---

libertad y propiedad, encarnaba la mentalidad y los intereses de una burguesía pujante que encontró en tal ideología la gran arma contra las ya desfallecidas estructuras feudales, que aún quedaban como obstáculo a su plena expansión. Triunfante esta clases social, el viejo espíritu revolucionario se convierte en serenidad conservadora, para lo cual nada mejor que un positivismo que pusiera el centro del derecho en un Estado, que era entonces el Estado predominantemente burgués" (p. 156).

[65] J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 48, escribe: "el Código de 1889 . . . es la obra más perfecta de la escuela clásica, el fruto del brillante desenvolvimiento alcanzado en el siglo pasado por la ciencia penal italiana. Si el napoleónico de 1810 es la base, el italiano de 1889 es la cumbre de la doctrina imperante durante el siglo XIX".

sado ya en el Código prusiano de 5 de febrero de 1794 (*Landrecht für die Preussischen Staaten*), fruto de las ideas político-criminales de Federico el Grande, aunque promulgado por su sucesor, como había sucedido en Austria con el Código de 1787, obra de José II. Pero, si bien más moderado que éste, el Código de Prusia era todavía un inequívoco exponente del Absolutismo, siquiera en su versión de despotismo ilustrado[66]. El primer Código Penal liberal es el Código bávaro de 26 de mayo de 1813, obra de FEUERBACH en la que desarrolló en claro y preciso articulado su concepción de la pena basada en la prevención general en forma de intimidación psicológica. De él ha podido decirse que sirvió de punto de partida al desarrollo jurídico-penal de la época del Estado liberal de derecho, que durante un siglo estaría presidido por el espíritu de su autor, FEUERBACH[67]. Ahora bien: por de pronto, hasta la entrada en vigor de ese Código la ciencia penal liberal no había podido, obviamente, apoyarse en el derecho positivo; por otro lado, la falta de unidad política de Alemania, con la consiguiente diversidad legislativa, dificultó sobremanera una elaboración científica apoyada en una base jurídico-positiva común. Añádese a esto la prohibición por el gobierno de Baviera (19 de octubre de 1813) de comentarios al Código Penal, cuya necesidad creyó poder obviarse por medio de la publicación de un comentario oficial en tres volúmenes (*Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern*), que a despecho de FEUERBACH no se encargó a él, sino a su contrincante VON GÖNER[68]. Era lógico, pues: 1°) Que antes de la publicación del Código bávaro la ciencia prefiriese la búsqueda del derecho ideal al estudio de un derecho positivo perteneciente a otra época cultural; 2°) que incluso después del Código de FEUERBACH se mantuviese puesta la mirada en principios jurídicos racionales, como modo de compensar la falta de unidad legislativa y de la posibilidad misma de comentar el primer Código liberal. Contemplemos el desarrollo de ambas consecuencias.

Según Eberhard SCHMIDT, antes incluso de que la obra de BECCARIA fuese conocida en Alemania, K. F. HOMMEL desarrolló en este país las ideas de la Ilustración. En cualquier caso él tradujo a BECCARIA en 1778, con adición de notas propias. Una importante diferencia medió, sin embargo, entre ambos autores: HOMMEL rechazó

[66] Así, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., ps. 251 y 261.
[67] En este sentido, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 263.
[68] Ver, en detalle, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 267.

la estrecha vinculación del juez a la ley propugnada por BECCARIA. Sin duda, ello se debió a la distinta perspectiva en que ambos se situaron. BECCARIA imaginaba un derecho ideal que había de llevarse a la práctica. En cuanto expresión de la voluntad general, había de vincular al juez, mero portador de una voluntad particular[69]. HOMMEL, en cambio, partía de la realidad de un derecho positivo constituido todavía por la *Constitutio Criminalis Carolingia* y por las legislaciones de los Estados alemanes, inspiradas en principios semejantes. Para corregir el tenor de tal derecho, HOMMEL creía necesario otorgar amplio arbitrio al juez, para que pudiese usarlo como vía de introducción de los postulados de la Ilustración[70]. El planteamiento de HOMMEL tiene interés, porque expresa el camino medio, entre la pura especulación iusnaturalista –o historicista– y el sometimiento a la ley, camino que, con diversos acentos, iba a caracterizar a la ciencia penal alemana hasta la obra de BINDING. Es constante en esta amplia época *mezclar* los principios de derecho natural dictados por la razón y las leyes positivas. Al derecho natural se acude como medio de interpretación y corrección del derecho positivo.

Ya he señalado que los matices son distintos según el momento y los autores. A fines del siglo XVIII y principios del XIX solió acentuarse el papel del derecho natural, que llegaba a considerarse verdadera fuente del derecho para el juez. KLEIN –autor del Código Penal prusiano de 1794– y KLEINSCHARD representaron esta época. El título mismo de la obra resulta expresivo de la indicada mezcolanza de derecho natural y positivo: "*Systematische Entwicklung der Grundegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*" (1794).

En el desarrollo de la teoría de la pena, STUBEL (1795), seguido por GROLMAN (1798), partió de esta actitud metódica para proponer su teoría de la prevención *especial*, mientras que FEUERBACH defendía la prevención *general*. La primera posición respondía literalmente a la mentalidad del despotismo ilustrado: la corrección del delincuente por el Estado era una de las manifestaciones del deber de educación de los ciudadanos desde el poder. La teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, íntimamente vinculada al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* –cuya formulación

[69] Cfr. C. DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., ps. 28 y siguiente.

[70] Ver, ampliamente, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., ps. 219 y s., y 22 y siguientes.

latina ya sabemos que procede de dicho autor–, apareció, frente a ello, como la primera concepción adecuada a un derecho penal no sólo ilustrado, sino también liberal. No quiero desconocer con esta afirmación el significado liberal de la teoría absoluta de la pena formulada anteriormente por Kant. Expuesta en otro lugar –al contemplar la función de la pena–, aquí baste señalar que la formulación retributivo-talionar kantiana no consiguió influir en la ciencia ni en la práctica penales[71], por lo que pertenece más a la historia de la filosofía penal que a la de nuestra disciplina. En particular, el método absolutamente apriorístico y desvinculado del derecho positivo no refleja el planteamiento metodológico usual en la ciencia jurídico-penal alemana de la época, que –ya se ha dicho– mezclaba derecho racional y derecho positivo.

La actitud metódica de FEUERBACH sí respondía a la indicada combinación de normas positivas y principios ideales, pero significó el anuncio de un importante cambio de acento, en favor de la vinculación al derecho positivo. También en este aspecto iba a determinar FEUERBACH el paso de las ideas del siglo XVIII a las que regirían la ciencia penal del siglo XIX. Si a fines del siglo XVIII la ciencia, como la práctica, afirmaban el predominio del derecho natural sobre el positivo, FEUERBACH invirtió la relación, reclamando un papel decisivo para la legislación penal positiva. En una frase podría resumirse la nueva posición metodológica: la filosofía —sólo puede aclarar (*aufklären*) la jurisprudencia positiva, sin que le sea lícito dominarla (*beherrschen*)". Y sigue FEUERBACH: "Estas fronteras las he respetado puntualmente (por mucho que los filósofos se burlen de mí o me compadezcan por ello)"[72]. En el mismo lugar había afirmado que en la jurisprudencia positiva corresponde a la filosofía un uso exclusivamente *formal*, en el sentido de que está llamada solamente a iluminar los conceptos positivos, a servir de ayuda en la búsqueda de principios generales que, sin embargo, *deberán poderse "deducir de fuentes positivas"*.

El planteamiento formulado fue, no obstante, más que efectivamente realizado, un programa que sólo la ciencia penal posterior había de llevar a la práctica. A la hora de determinar aquellos principios generales que debían derivarse de "fuentes positivas",

[71] En este sentido, VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1925, reimpresión fotomecánica, 1971, I, p. 289.

[72] A. VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799/1800, I, p. XX, cit. por E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 236.

como la teoría de la pena y de la imputación, incumple sus propósitos y afirma la necesidad de asignar a la filosofía una función no sólo auxiliar –"formal"–, sino propiamente sustitutiva del derecho positivo –"material"–. Como dice Eberhard SCHMIDT, "aquí se muestra FEUERBACH todavía como el más puro filósofo de la Ilustración, como el más puro jurista del derecho natural, que no sólo considera posible un conocimiento de la verdad rigurosamente objetivo en el ámbito del mundo natural susceptible de explicación causal, sino que, del mismo modo, cree lícito buscar y posible encontrar verdades definitivamente objetivas también en el reino de los valores culturales"[73]. La razón de este abandono del terreno del derecho positivo es, según el mismo FEUERBACH, que todavía no se han realizado en la legislación de su momento histórico los principios sobre la pena y la imputación que la razón descubre. Por ello, cuando las leyes positivas incorporen estos dictados de la razón, el jurista podrá y deberá abandonar la esfera del derecho natural, para limitar su estudio al derecho positivo. Es una consecuencia obligada por el contenido que asigna a su teoría "racional" de la pena; la coacción psicológica ha de operar exclusivamente a través de la conminación legal *positiva* (*nulla poena sin lege*). El propio derecho natural, del que deriva esta concepción, conduce al derecho positivo.

FEUERBACH, con su obra y con el Código que redactó para Baviera, inició la ciencia penal liberal del siglo XIX. Como él anunció, esta ciencia tendió a solucionar la tensión entre derecho natural y derecho positivo en el sentido de preeminencia del segundo. La paulatina promulgación de códigos penales ajustados al espíritu liberal favoreció decisivamente esta vía. Pero como señalé más arriba, la diversidad legislativa, reflejo de la falta de unidad política de Alemania, impidió el total abandono del auxilio del derecho natural, que siguió inspirando el estudio del derecho positivo. También contribuyó a ello la ya mencionada prohibición de comentarios científicos al Código bávaro de 1813, el que mejor hubiese podido servir de base a una dogmática limitada a las leyes positivas. Con todo, aun sin abandonar los principios ideales, la ciencia orientó su atención al derecho positivo, que pasó a ser su definitivo objeto de conocimiento. En 1820 aparecieron un buen número de manuales, expresión de la posición metódica de la épo-

[73] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 237.

ca, que LOENING pudo calificar acertadamente de "moderada dirección positivista" (*gemässigte positivistische Richtung*)[74].

WÄCHTER y MITTERMAIER son los nombres más importantes de esa dirección, WÄCHTER –de quien se ha dicho que fue el más importante dogmático del derecho penal alemán en el espacio de tiempo que media entre FEUERBACH y BINDING– resumió la actitud metodológica de su tiempo en las palabras siguientes: "Al llamado derecho penal natural (o filosófico) en sí y para sí no corresponde en el Estado fuerza vinculante alguna. Pero es, ciertamente, imprescindible para la comprensión científica del derecho positivo, así como para su desarrollo (*Fortbildung*) y crítica"[75]. De WÄCHTER escribió DANNENBERG: "WÄCHTER fue intensamente positivista; en toda discusión científica encontró su punto de partida en las leyes positivas del presente y del pasado. El principal cometido le pareció el esclarecimiento y la sistematización del derecho penal vigente, que prevalecieron ampliamente sobre la dedicación a las teorías del derecho penal"[76].

WÄCHTER y, más claramente todavía, MITTERMAIER prestaron especial atención a los estudios histórico-jurídicos. En ello se reflejaba, probablemente, el espíritu de la escuela histórica de SAVIGNY, a su vez reflejo del Romanticismo. Pero esta dirección alcanzó particular influencia en la ciencia penal a través de la obra de BIENER. En su obra *Über die historische Methode und ihre Anwendung auf das Kriminalrecht* (1839) tomó posición frente al iusnaturalismo ahistoricista, como SAVIGNY hiciera frente a THIBAUT[77]. En realidad, sin embargo, movía a BIENER el mismo objetivo que a quienes acudían al auxilio del derecho natural racional: encontrar un complemento unificador de la multiplicidad legislativa de la Alemania de su tiempo. Era lo mismo que pretendía MITTERMAIER al determinar como tarea de la ciencia penal la búsqueda de "lo común" a los nuevos derechos particulares, como base de un "nuevo derecho común"[78].

La diferencia que separaba a la escuela histórica de la dirección filosófica era el terreno en que buscaba completar al dere-

[74] Ver VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., I, p. 303.

[75] C. G. VON WÄCHTER, *Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, 1881, cit. por E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 284.

[76] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 284.

[77] Sobre la polémica, ver A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., I, ps. 89 y siguientes.

[78] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 294.

cho legislado. Mientras que la dirección filosófico-positiva –desde HOMMEL a WÄCHTER, pasando por FEUERBACH– apelaba a la necesidad de introducir principios racionales abstractos para elaborar el derecho positivo, la escuela histórica acudió a la realidad empírica del derecho histórico. Cierto que tal realidad era, en buena parte, "descubierta" idealistamente por los juristas, representantes del *Volksgeist* en la esfera jurídica[79]. Por otro lado, tras el planteamiento historicista se escondía un presupuesto apriorístico: la fuerza determinante y la bondad de la historia. En esto último se basan quienes, como Alf ROSS, denuncian en la escuela histórica la presencia "encubierta" de una forma de derecho natural[80]. Pero es indudable que el paso de la pura especulación a los hechos reales históricos llevó consigo una aproximación al derecho positivo[81]. La escuela histórica no distinguía, en efecto, entre derecho ideal –o principios ideales– y derecho positivo, sino que explicaba este último como resultado del devenir histórico y, a la vez, como derecho histórico mismo, en incesable evolución. En cualquier caso, esto trasladaba definitivamente la atención de la ciencia jurídica al ámbito del derecho real histórico, esto es, positivo. Al mismo tiempo, no se cerraba la puerta al perfeccionamiento y desarrollo, tan necesarios entonces, de las leyes penales positivas.

Si el método de la escuela histórica se caracterizó por estudiar el derecho positivo desde el punto de vista de un historicismo

[79] Escribe A. HERNÁNDEZ GIL: "Junto al derecho popular, que es el derecho por antonomasia, en dependencia de él, la escuela histórica reconoce la existencia de un derecho científico. En un grado incipiente de civilización basta el primero. Pero el natural desarrollo social y cultural determina la división del trabajo y de los conocimientos, la especialización, la distinción de clases sociales por órdenes de actividad. Así, el derecho, por consecuencia de la multitud de relaciones que crea la vida real, deja de ser accesible a todos los miembros de la comunidad. Surge, pues, la clase de los jurisconsultos. Por obra de ellos, el derecho popular prosigue su desenvolvimiento, y adquiere una doble vida. Los juristas, en la esfera del derecho, representan al pueblo de que forman parte. Los principios jurídicos fundamentales subsisten siempre en la conciencia nacional. Su determinación rigurosa y detallada es lo que incumbe a los juristas": *Metodología*, cit., I, p. 102.

[80] Ver A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, ps. 423 y siguientes.

[81] Según HERNÁNDEZ GIL, el primer postulado del método histórico es el "empirismo: el derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su reconocimiento se deriva de la experiencia. No existen principios jurídicos *a priori*...": *Metodología*, cit., I, p. 95. Pero ya se ha indicado que tales postulados no respondían totalmente a la realidad: es cierto que se eligió el estudio de los derechos históricos, pero no que tal estudio se llevase a cabo sin apriorismos.

idealista, la filosofía de HEGEL originó una corriente en la ciencia jurídico-penal que exasperó el sentido apriorístico y racionalista de la perspectiva histórica. En nombre de la historia del método jurídico-penal acentuó de nuevo la presencia de la filosofía en la elaboración del derecho positivo. Aunque HEGEL murió en 1831, hasta 1840 no alcanzaron sus ideas repercusión relevante en la ciencia del derecho penal. Pero se abrió entonces un período que KOHLRAUSCH ha calificado como de tiranía (*"Gewaltherrschft"*) de la filosofía hegeliana. Aquí importa el planteamiento metodológico de los "hegelianos", no el contenido de sus concepciones.

Si el pensamiento de HEGEL puede resumirse en la frase: "lo que es racional es real y lo que es real es racional (*Was vernünftig ist, das ist Wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig*)[82], la metodología hegeliana aplicada al derecho penal gira también en torno a ese lema. Los hegelianos mezclan derecho positivo y filosofía, del mismo modo que identifican lo real –derecho positivo– con lo racional –derecho ideal–. En esto se diferencian de la dirección filosófica que les antecede: ésta era consciente de la diversidad de planos de lo positivo y lo racional. Una frase de KÖSTLIN –junto a ABEGG, BERNER y HÄLSCHNER representante característico del hegelianismo jurídico-penal– resume en términos extremos el punto de partida metodológico de los hegelianos: "el derecho realizado en la historia no puede ser de distinta naturaleza al que cualquiera puede encontrar, si busca en su interior y no le faltan fuerzas espirituales para convertir el contenido de su conciencia en pensamientos lúcidos"[82 bis].

[82] Pero no se interpretaría correctamente este pensamiento de HEGEL si se viese en él la automática elevación de lo real a racional, en una sublimación justificadora de lo real. Lo contrario es, precisamente, lo que quiere expresarse: que sólo es "real" lo racional, esto es, lo que responde a las exigencias de la razón. En este sentido, escribe MARCUSE: "En tanto que la realidad no esté configurada por la razón, sigue sin ser realidad, en el sentido enfático de la palabra. Así, la realidad cambia de significado dentro de la estructura conceptual del sistema de HEGEL. Lo 'real' viene a significar no todo lo que existe (esto sería denominado más arriba apariencia), sino lo que existe en una forma que concuerde con las normas de la razón. Lo 'real' es lo racional y sólo esto. Por ejemplo, el Estado sólo se hace realidad cuando corresponde a las potencialidades dadas del hombre y permite su pleno desarrollo. Cualquier forma preliminar de Estado no es aún racional, y, por lo tanto, no es aún real". Y añade como conclusión central: "de este modo, el concepto de razón en HEGEL tiene un claro carácter crítico y polémico. Se opone a toda aceptación ligera del estado de cosas dado". Cfr. H. MARCUSE, *Razón y revolución, Hegel y el resurgimiento de la teoría social*, Madrid, 1971, p. 17.

[82 bis] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 297.

Con los hegelianos se cierra un gran período, el primero, en la historia del método propio de la moderna ciencia penal alemana. Su confusión de derecho positivo y racional había llevado al extremo la constante característica central de la metodología que inició la dogmática jurídico-penal en Alemania: la elaboración del derecho positivo con el concurso de principios ideales, sean absolutos, sean históricos[83]. Las distintas etapas de esta metódica general pueden resumirse así: 1°) Antes de FEUERBACH, el derecho natural se encuentra entre las fuentes del derecho positivo; 2°) de FEUERBACH hasta 1840, aproximadamente, predominio del derecho positivo, aunque moderado por la ayuda del derecho natural; 3°) desde 1840 hasta 1870, también aproximadamente, vuelta a la prevalencia del derecho racional en el estudio del derecho positivo, gracias al hegelianismo.

## 2. *El positivismo.*

Cuando el positivismo, como movimiento cultural de ámbito general, invadió el espíritu de la segunda parte del siglo XIX, hacía ya tiempo que la ciencia penal alemana utilizaba el método dogmático. En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que durante todo el siglo pasado, desde FEUERBACH, el objeto de estudio de nuestra ciencia fue en Alemania el derecho positivo[84]. No hubo que esperar en ese país a que el positivismo se tradujese en positivismo jurídico, como ocurrió en Italia, en donde hasta 1910, con la dirección técnico-jurídica de inspiración positivista, no giró la ciencia a la elaboración de las leyes positivas. En este sentido, el positivismo *jurídico* no tuvo en Alemania tanta trascendencia como en Italia.

Por otra parte, tampoco en Alemania llevó el positivismo a reclamar la realidad empírica naturalística como objeto de la cien-

[83] Escribe LARENZ: "El 'historicismo' y el 'racionalismo' son los componentes dominantes no sólo del pensamiento de WINDSCHEID, sino de la ciencia del derecho del siglo XIX en general. Ello significaba que, si bien se consideraba todo derecho como el resultado del desarrollo histórico y, por tanto, como 'positivo', el 'derecho positivo' mismo era tenido por un orden 'razonable', que, precisamente por ello, era accesible a la aprehensión conceptual y a la sistematización... La creencia en la razonabilidad del derecho positivo diferencia a esta concepción con la suficiente claridad de los positivismos pseudocientífico-natural y sociológico": *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 46.

[84] Ver Eberhard SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 303.

cia jurídico-penal. La *scuola positiva*, con su abandono del terreno normativo, no encontró al otro lado de los Alpes una dirección equivalente. El evolucionismo naturalístico se tradujo solamente en la concepción ecléctica de VON LISZT, que se limitó a añadir, al lado de la dogmática *jurídico*-penal, el estudio "científico" del delito y del delincuente. Tampoco, pues, el positivismo *naturalístico* vino a conmover, como en Italia, las bases metodológicas de la dogmática jurídico-penal alemana.

Pero, tanto en forma de positivismo jurídico como naturalístico, el positivismo influyó de modo innegable en el método y en el contenido de la ciencia penal germánica. En el primer sentido –positivismo jurídico– la dogmática del derecho positivo pasó a convertirse en "normativismo". Ejemplos más importantes: BINDING, MERKEL, BELING. En el segundo aspecto –positivismo naturalístico– la dogmática acudió al método naturalístico y junto a ella apareció el estudio empírico de delito y pena. Representa esta dirección, antes que nadie, VON LISZT. las dos direcciones metodológicas mencionadas respondían a concepciones políticas divergentes. Mientras que el normativismo constituyó la manifestación última, y más extrema, del liberalismo clásico, el naturalismo fue el primer reflejo de una nueva concepción del Estado: el Estado social. Conviene, pues, estudiar por separado ambas consecuencias del positivismo.

### A) *El positivismo jurídico como normativismo.*

La primera manifestación del positivismo en el tiempo fue en la ciencia penal alemana el positivismo jurídico. En sentido estricto, esta expresión no abarca todas las corrientes metodológicas que coinciden en elegir como objeto del derecho positivo. La ciencia penal alemana de la primera parte del siglo XIX había contemplado como objeto el derecho positivo y no era, en cambio, susceptible de ser calificada como forma de positivismo, en el riguroso sentido de esta expresión. El positivismo que triunfó hacia los años setenta del pasado siglo supuso algo más que el estudio del derecho positivo: negó la licitud de introducir *juicios de valor* o referencias a la *realidad metajurídica* en la tarea dogmática[85]. Esto diferencia el método positivista del empleado por la ciencia alemana desde

[85] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 155.

FEUERBACH hasta BINDING, caracterizada, como se ha visto, por la apelación a criterios extrapositivos, sean racional-ideales sean históricos, en la elaboración del derecho positivo. El método positivista, en cambio, "debe abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones en la realidad social de las normas"[86]. En un mimetismo fiel de los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, el positivismo jurídico acaba por convertirse en normativismo formalista[87]. Busca sólo la ligazón lógico-formal entre los conceptos jurídico-positivos, sobre cuya base, por inducción, quiere llegar al "sistema" conceptual, a la "construcción jurídica". Conseguido lo cual, será posible "clasificar", al estilo de LINNEO, los nuevos conceptos en el seno de las categorías abstractas que integran el sistema.

Tal planteamiento metodológico fue favorecido por la escuela histórica, que a nivel de teoría general del derecho representó la más importante dirección anterior al positivismo. Al centrar su cometido en la interpretación *filológica* de los textos históricos y la creación sobre esta base, del *sistema* jurídico, terminó, sobre todo en su última fase, por convertir su historicismo originario en mero análisis *intranormológico*, ceñido a la letra de los textos[88]. Paradójicamente, la escuela histórica, que había surgido como posición contrapuesta al racionalismo ahistórico de la escuela de la exégesis y del iusnaturalismo, contribuyó más que ningún otro movimien-

[86] Cfr. A. LATORRE, *Introducción al derecho*, cit., p. 129. En la página 130 añade: "El positivismo representa una típica actitud mental de 'aislamiento' de un sector respecto de la realidad, en este caso el derecho, para estudiarlo al margen de los otros aspectos de la misma realidad en que se encuentra inmerso. Cuando el positivismo afirma que el derecho tal y como es, y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que el derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales".

[87] Importa no entender equivocadamente el concepto de "formalismo" que se usa en el texto. Como método dogmático no equivale al predominio de la forma, como dato o requisito de la actuación jurídica, en contraposición al espiritualismo: "Tanto si el ordenamiento jurídico consagra el principio del carácter esencial de la forma, como si se inspira en el máximo espiritualismo de la libertad, puede ser objeto de un tratamiento formal o material como actitud metodológica", escribe HERNÁNDEZ GIL. Más abajo añade: "El formalismo en este orden de ideas hay que considerar, ante todo, el desentendimiento del jurista de lo social y de lo valorativo. La actividad científica agota su cometido en la norma ... el formalismo es siempre un positivismo normativo o normativista, asociado a un conceptualismo". Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, III, Madrid, 1971, ps. 19 y siguiente.

[88] Así, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., ps. 303 y siguiente.

to ideológico a introducir en el método jurídico la preocupación por el rigor lógico y por las construcciones sistemáticas abstractas. El propio SAVIGNY inició este camino conceptualista, pero fue PUCHTA quien acentúo el papel de la lógica. En definitiva, como escribe HERNÁNDEZ GIL: "lo cierto es que la escuela histórica, que parecía abocada a un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y un dogmatismo"[89]. Si se tiene en cuenta que el método de la escuela histórica influyó poderosamente en todos los juristas alemanes, no sólo cultivadores del derecho privado, se comprenderá hasta qué punto el positivismo encontró el terreno preparado para elegir el formalismo normativista como método dogmático.

Otro factor vino a propiciar también el positivismo jurídico. En 1871, al mismo tiempo que Alemania conseguía su unificación política, se promulgó el primer Código Penal –todavía vigente– de ámbito general para todos los Estados alemanes. Por primera vez se superó la situación de pluralidad legislativa que había caracterizado al derecho penal liberal alemán y, con ello, uno de los obstáculos capitales para una elaboración dogmática exclusivamente apoyada en el derecho positivo. Sin duda, ello contribuye a explicar el auge del positivismo jurídico en la década de los años setenta del siglo pasado[90]. Sobre todo, porque el Código de 1871 respondía a las exigencias ideológicas (liberales) y técnicas de la ciencia penal, de la que en realidad era resultado inmediato[91].

Esto último enlaza con el significado *político* del positivismo jurídico-penal. Pese al intento de permanecer en una posición de "neutralidad" valorativa, se hallaba lejos de resultar políticamente indiferente. Por el contrario, constituyó la última consecuencia del liberalismo clásico. Si el Código Penal de 1871 encarnaba las convicciones penales de la filosofía liberal, nada más acorde con ésta que limitar al estudio de aquel Código el cometido de la dogmática, con exclusión de valoraciones u otros datos empíricos ajenos a la ley. El método analítico formalista aseguraba, por lo demás, la más fácil vinculación del juez a la ley, al ofrecerle claros y bien delimitados conceptos, "formalizados" al máximo con arreglo a la lógica[92]. Precisamente la estrecha vinculación del positi-

[89] Ver A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., I, ps. 123 y siguientes.

[90] Así, E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, cit., I, p. 70.

[91] Ver E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 345.

[92] Así, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 156.

vismo jurídico con el liberalismo clásico explica que pronto apareciese una nueva corriente dentro del positivismo que intentará superar a aquél, en nombre del planteamiento político que en seguida sustituyó al liberalismo puro: el Estado social. Me refiero a la formulación de VON LISZT. En BINDING culminó el positivismo alemán, aunque no porque llevase al extremo el método formalista, sino por la enorme importancia de su obra. Si se tiene en cuenta que ROCCO se inspiró en BINDING al pronunciar su famoso discurso de SASSARI, habrá que admitir que el autor alemán es también la fuente última del positivismo jurídico italiano. Por otro lado, su obra trasciende al derecho penal, para constituir una de las máximas expresiones del positivismo en la total ciencia del derecho. Con razón ve REICHEL en su monumental obra *Die Normen und ihre Übertretung*[93], junto al Tratado de las Pandectas de WINDSCHEID y la obra epistemológica de BERGBOHM sobre jurisprudencia y filosofía del derecho, el "wissenschaftlichen Höhepukt" de la dirección positivista[94]. En BINDING aparecen con claridad los caracteres y el significado político del método positivista-normativista: la exclusión de todo elemento extraño a la ley preside su obra, y basa ésta en la perspectiva liberal.

*a*) En primer lugar el estudio del derecho positivo caracteriza el método de BINDING. Tiene razón Eberhard SCHMIDT al decir que vale para toda su obra lo que BINDING dice en su *Hadbuch*: "Es una obra de la ciencia del derecho positivo". Y: "De la dependencia de mi investigación y sus resultados del material objeto de mi consideración (se refiere al derecho positivo) me siento orgulloso"[95]. La elaboración de la ley positiva tiene lugar en BINDING con el exclusivo concurso de la lógica aplicada a los conceptos jurídicos[96].

Son ejemplos básicos de esta metodología formalista su teoría de las *normas*, y su concepción del *ius puniendi* y de la *pena*. A dife-

[93] Ver K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 3ª ed., Leipzig, 1916 (4 tomos).

[94] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 307.

[95] Ibídem, p. 307.

[96] El propio VON LISZT reconoció que "BINDING cuenta entre los autores criminalistas que de forma más abierta reclaman la deducción de los conceptos jurídicos de los preceptos del derecho positivo y que con más decisión y coherencia la han llevado a cabo": F. VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlín, 1905, reimpresión fotomecánica de 1970, p. 219.

rencia de M. E. MAYER, concibe la norma como entidad puramente *jurídica*, ubicada en el derecho público, y no como normas sociales de cultura. Por sostener el punto de vista contrario criticó duramente a M. E. MAYER, cuya formulación calificó como "las más odiosa creación de una dogmática jurídica pervertida sociológicamente y totalmente apartada del verdadero derecho"[97]. El *ius puniendi* es entendido también formalistamente: para BINDING constituye uno de los dos polos subjetivos de la relación jurídica creada por la norma[98]. La *pena*, entendida como pura retribución, carece para BINDING de todo fin trascendente a su sola ejecución (como compensación de la vulneración del orden jurídico), porque éste es el único fin que se desprende de la ley[99]. Que las normas penales expresen o no valoraciones sociales, que el *ius puniendi* del Estado tenga un significado político variable según las concepciones políticas y que la pena pueda servir a fines situados fuera de su solo concepto jurídico, todas estas cuestiones "materiales" quedan al margen de la consideración de BINDING.

El positivismo normativista de BINDING se oponía abiertamente a las nuevas corrientes que reclamaban un acercamiento a la realidad empírica del delito y de la pena[100]. Rechazó la dirección de la política criminal, incluso cuando, al girar el siglo, se hicieron evidentes los problemas sociales que determinaron el paso al Estado social[101]. Es sabido que BINDING y VON LISZT sustentaron las dos posiciones contrapuestas en la encontrada "lucha de escuelas" que caracterizó a su época. BINDING no quiso admitir que el jurista tuviese que abandonar el mundo de las normas para encararse a la realidad. De ahí que se opusiese a la "pena final" al servicio de la prevención de delitos. Tal concepción presuponía la atribución a la pena de cometidos extrajurídicos, y eso escapaba a la pura consideración normológica. Se comprenderá, entonces, que irritase a BINDING el hecho de que entre los representantes de la moderna dirección figurasen médicos no juristas, y que llamase,

[97] K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II, 1, 2ª ed., 1914-1916, p. 370.

[98] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 307.

[99] Cfr. K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Leipzig, 1913, ps. 234 y siguiente.

[100] Es altamente expresivo el Prólogo a la 7ª ed. del *Grundriss*, dedicado a defender el rechazo de las nuevas tendencias naturalistas: K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, cit., ps. V y siguientes.

[101] Ver E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 309.

despectivamente, "nihilistas jurídicos" a los seguidores de esta doctrina[102].

No ha de pensarse, sin embargo, que BINDING cayese en los extremismos formalistas propios de algunos positivistas. Lejos de ser esclavo de la *letra* de la ley, buscó siempre el espíritu que la inspira. Me parece muy expresiva, en este sentido, su frase siguiente: "La ley piensa y quiere lo que de ella deduce el *racional espíritu popular* que la interpreta". Esto enlaza con la teoría *objetiva* de la interpretación, que BINDING formuló casi simultáneamente a WACH y KOHLER[103].

A diferencia de la concepción imperante hasta entonces, la teoría *subjetiva*, BINDING reclama la voluntad *objetiva* de la ley, y no la voluntad histórica del legislador, como objeto de la interpretación. Presupone que la ley no es un producto arbitrario de la voluntad del legislador, sino un orden razonable, dotado de una lógica interna independiente. Existe una oposición fundamental entre la interpretación jurídica y la filológico-histórica. Vinculación a la ley no significa, pues, en BINDING, mera servidumbre del concreto legislador. Refiriéndose a los tres autores de la teoría objetiva –entre ellos BINDING–, LARENZ escribe: "Los autores mencionados entienden la 'razonabilidad' de la ley –y ahí reside el incipiente abandono de la 'jurisprudencia formal de los conceptos'– no sólo en un sentido formal –como conexión lógica de los conceptos–, sino, al mismo tiempo, en un sentido material –como la razonabilidad de los fines, es decir, como *teleología inmanente*"–. Expresa este planteamiento en BINDING su adición, junto al sentido literal, del "elemento explicativo", del "elemento de la conexión con otras proposiciones jurídicas" y del "elemento final"[104].

Pero sería exagerado pensar que BINDING llega a abandonar el terreno del formalismo conceptual por el hecho de que admita la razonabilidad de la ley y la necesidad de orientar su interpretación según los fines que persigue. Pues ha de tenerse presente que tales fines no son, para BINDING, trascendentes al derecho –a diferencia de los fines empíricos a que remitiría la "jurisprudencia de intereses" iniciada por IHERING, en su segunda fase, y propulsada sobre todo por HECK–, sino los fines objetivos del derecho, esto es,

[102] Cfr. K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, cit., p. XIX.
[103] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 47.
[104] Cfr. K. LARENZ, *Metodología*, cit., ps. 48 y siguiente.

los derivados de la razonabilidad *interna* del derecho[105]. A lo sumo, cabría interpretar la hipótesis de "razonabilidad" del derecho positivo, de la que parte BINDING con su teoría objetiva de la interpretación, como un residuo del planteamiento racionalista, iusnaturalista o histórico, de la anterior dogmática alemana del siglo XIX. De común hay el abordar el derecho positivo desde los principios de la razón, o si se quiere, con el prejuicio de los postulados racionales. Pero esto no obsta a la separación tajante del mundo de lo jurídico y el mundo de lo real, característica del normativismo de BINDING[106].

*b*) El significado político *liberal* del positivismo jurídico inspira también la obra de BINDING. El estudio del derecho positivo con exclusión de factores metajurídicos tiene como objetivo la más firme vinculación del juez a la ley y sólo a ella. Si la ley es, formalmente, expresión de la voluntad del pueblo y, materialmente, encarnación de las aspiraciones liberales, tal vinculación aparece, como es sabido, como el primer *desideratum* de la metodología liberal.

Prueba del sentido liberal de la posición de BINDING es su concepción exclusivamente retributiva de la pena. Al agotar el sentido y finalidad de ésta en la respuesta al *hecho* cometido, perseguía evitar toda toma en consideración de la *personalidad* del reo. BINDING defendía de esta forma uno de los principios centrales de la filosofía liberal: el derecho penal del *acto*, frente al derecho penal del autor[107]. Ahora bien, tal planteamiento se hallaba íntimamente condicionado a la exclusión de fines metajurídicos en la consideración de la pena, pues quien buscase en ella la incidencia en la realidad, esto es, la prevención de delitos, tendería a adaptarla a la peligrosidad y demás características del autor –como, en efecto, propugnaron los defensores del giro de la ciencia penal a la realidad empírica.

[105] Así lo reconoce el propio K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 50.

[106] Pone de manifiesto esta separación y califica el formalismo de BINDING como uno de los más acusados en la ciencia alemana posthegeliana, F. VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff*, cit., p. 222.

[107] K. BINDING, *Grundriss*, cit., ps. 208 y s., escribe: "¿Y cómo puede justificar la teoría relativa que se rebaje al delincuente, esto es, a un hombre, y, según algunas concepciones modernas, un hombre totalmente inculpable, a objeto del experimento de si, mediante su castigo, podrán cerrarse para otros, iguales a él, las fuentes de males futuros?". Aquí se expresa el planteamiento kantiano, según el cual la pena no puede utilizar al sujeto como instrumento del bien de la sociedad.

La actitud metodológica de BINDING, el normativismo como expresión del positivismo jurídico, respondía, pues, a la ideología liberal clásica. Era el signo del tiempo en que BINDING se formó. Su juventud había transcurrido en los años en que parecían tenerse que realizar las esperanzas nacionales y liberales de una burguesía que había vivido y sufrido las vejaciones demagógicas de la era METTERNICH –escribe E. SCHMIDT–[108]. Pero su madurez coincidió con el inicio de una nueva época, en la que el Estado liberal dejaría paso al Estado social. Por esta razón, si FEUERBACH había sido el iniciador del derecho penal liberal, BINDING sería su último gran representante[109].

El paso al derecho penal *social* lo daría VON LISZT, pero MERKEL, todavía desde el positivismo jurídico, representa una posición a caballo entre la concepción anterior y la nueva. Sabido es, en efecto, que MERKEL sustentó una vía media, ecléctica, entre las concepciones opuestas de BINDING y VON LISZT. Con ambos comparte el ser positivista, en el sentido de contrario al método iusnaturalista[110]. Intentó fundar una filosofía del derecho deducida *sólo* del derecho positivo. Su concepción de la culpabilidad y de la pena reflejan de modo especial su eclecticismo. Así, afirma que la culpabilidad no depende de la libertad de voluntad, y se erige en uno de los máximos exponentes de la teoría completiva de la pena, al asignarle la finalidad de prevención en el marco de la retribución. En suma: sin abandonar el planteamiento del positivismo jurídico, ya percibió la necesidad de un derecho penal más atento a las exigencias político-criminales –así, salir al paso del aumento de la criminalidad habitual– de la nueva época[111].

[108] Cfr. E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 304.

[109] Así, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 310. Pero hay una diferencia política notable entre FEUERBACH y BINDING: mientras que el primero representa el Estado de Derecho *"liberal"*, el segundo representa el Estado de Derecho *autoritario*, surgido del compromiso de la burguesía con el Estado militar alemán de la segunda mitad del siglo XIX: cfr. R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, cit., p. 199. Por eso, VON LISZT puede aparecer como más "liberal", pese a su planteamiento "social", que BINDING por mucho que éste pertenezca todavía al liberalismo clásico.

[110] Así, en MERKEL, *Derecho penal*, trad. esp. de P. DORADO MONTERO, I, Madrid, s.f., escribe: "En este libro se trata del derecho penal en sentido estricto, pero sólo tal y como rige en el Imperio alemán, o sea del derecho penal común alemán": p. 5.

[111] Ver E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., ps. 310 y siguientes.

B) *El positivismo naturalista.*

Si la década de los años setenta representó en la Alemania del siglo pasado el apogeo del positivismo jurídico formalista, a partir de los años ochenta –sobre todo desde la publicación del llamado "Programa de Marburgo" de VON LISZT, en 1882–[112] se desarrolló una poderosa corriente doctrinal que, aunque basada en el mismo origen del positivismo científico, llevaba a consecuencias opuestas en extremos metodológicos –y de contenido– fundamentales. Era el positivismo *naturalista*, que se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas. Se basaba en dos órdenes distintos de factores: políticos y científicos.

*Políticamente*, la nueva dirección respondió a la crisis del Estado liberal clásico y su sustitución por el Estado social intervencionista. La ascensión de la clase social representada por la burguesía había desencadenado la ideología, primero, y la revolución política, después, del liberalismo clásico que dominó hasta fines del siglo XIX. La aparición del proletariado, como fruto de la industrialización capitalista, iba a remover las bases de esa filosofía política liberal. La Revolución Francesa y los cambios políticos que siguieron en los demás países habían significado sólo una revolución *jurídica*, porque a la burguesía, su motor y su destinatario, no le hacía falta la modificación de las relaciones económico-sociales existentes: ya había conseguido el poder económico. Por eso, el liberalismo no vino a crear libertades reales, sino sólo a *reconocer* jurídicamente una situación de hecho. Otorgó solamente libertades *formales*. Cuando el proletariado entró en la escena política no podía contentarse con esta clase de libertad[113]. No necesitaba el reconocimiento jurídico, sino la mejora efectiva de las condiciones de su existencia. Lógicamente, había de reclamar el paso de un Estado abstencionista, como el liberal, a un Estado intervencionista,

[112] Ver F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., ps. 126 y siguientes.

[113] Escribe E. SCHMIDT: "¿De qué le sirve –al proletario– la libertad contractual, si ha de dejarse dictar los contratos laborales por empresarios dotados del poder económico? ¿De qué le sirve la idea de una personalidad autónoma, cuando su vida se forma de coacción, opresión y falta de libertad, y su insuficiencia y desamparo no le había sido nunca tan evidente como al verse abandonado a sus propias fuerzas?": *Einführung*, cit., p. 354.

que interfiriese activamente en la vida social para frenar el poder económico del capital en beneficio de la nueva clase.

La nueva concepción de los cometidos del Estado había de reflejarse en el derecho penal. Si el Estado liberal había propugnado un derecho penal de *garantía*, despreocupado de incidir en la realidad y más bien preocupado en no hacerlo, el nuevo Estado social estaba llamado a encarnar un derecho penal de *prevención* efectiva. Se saldría así al paso del importante aumento de la delincuencia que produjo la industrialización[114]. Pero adviértase: esto último indica que en derecho penal la filosofía intervencionista se volvió, por así decirlo, contra el agente histórico que la había originado a nivel político general: el proletariado, cuyas dificultades de adaptación a la nueva sociedad industrial eran la principal causa del referido aumento de la criminalidad.

El segundo factor, más específico, que determinó la aparición del positivismo naturalista en el derecho penal fue el apogeo de las ciencias de la naturaleza, en general, y del evolucionismo de DARWIN (1859), en particular. Se creyó que el único concepto de "ciencia" valedero era el concepto positivista de ciencia, según el cual, salvo la lógica y las matemáticas, sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza caracteriza a una actividad como científica. La resonancia que alcanzó la conferencia que ya en 1847 pronunciara KIRCHMANN en contra del carácter científico del derecho, no fue sino un anuncio que reflejó el ambiente cultural "cientifista" que triunfaría en la segunda mitad del siglo XIX. Era lógico que la única salvación del carácter científico del derecho se viese en la incorporación al mismo de los métodos científico-naturales[115]. Éste fue el programa metodológico del positivismo naturalista que en Alemania inició VON LISZT.

Las dos clases de factores –políticos y científicos– que explican en Alemania la aparición del positivismo naturalista, concurrieren también, como se vio en su lugar, en el origen de la escuela positiva italiana. Pero, además de primera en el tiempo, esta última llevó a consecuencias más extremas para la ciencia penal el planteamiento naturalista. En Alemania no se llegó a sustituir el *objeto*

[114] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 19 y siguiente.

[115] Escribe K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 19: "En el siglo XIX, sobre todo, se intentó, bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales, "elevar" la ciencia del derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científico-naturales".

tradicional de la dogmática jurídico-penal, el derecho positivo, por la realidad empírica del delito. El estudio experimental del fenómeno criminal se *añadió* a la dogmática jurídico-penal, como parte diferenciada de la total ciencia penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). En la dogmática el naturalismo influyó sólo en cuanto al modo de estudio del derecho positivo, que siguió constituyendo su único objeto.

En VON LISZT se expresan con la mayor brillantez los dos factores del positivismo naturalista. Políticamente, el giro a la concepción social del Estado, aparte de ser reconocido expresamente por VON LISZT[116], se manifiesta en la preocupación que despierta por la "política criminal", cuyo mismo concepto debe su difusión a dicho autor. En la conferencia que pronunció el 4 de abril de 1892 ante la sociedad jurídica de Budapest dijo: "Exigimos una vigorosa política criminal consciente de su meta; exigimos que el Estado, el orden jurídico, combata el delito con mayor conciencia de sus objetivos que hasta ahora, con menos prejuicios que hasta ahora"[117]. A continuación toma posición en contra de quienes no consideran preciso o posible cambiar nada del actual estado de la justicia penal. Queda claro que la lucha contra el delito, mediante la reforma penal, es el principal motor del programa de VON LISZT. En esto se refleja el abandono del liberalismo abstencionista y el tránsito a una concepción intervencionista del Estado y del derecho.

Pero el planteamiento "social" de VON LISZT se halla limitado estrechamente por el deseo de mantener en toda su vigencia las conquistas del liberalismo. No quiere significar vuelta atrás, sino adición junto a las garantías liberales de un cometido configurador. Escribe VON LISZT: "El individualismo liberal, que destaca en un primer plano los intereses del particular frente a los de la colectividad, el espíritu de la época de la Ilustración y de su producto, la gran Revolución Francesa, nos han traído la clara limitación del poder punitivo estatal; ¿podrá ésta ofrecer resistencia a la arrolladora corriente socialista? Respondiendo negativamente a esta pregunta, prosigue: "En el Estado socialista será tan imprescindible la pena como en nuestro actual orden jurídico, por mucho que

[116] Ver F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, p. 81.

[117] Cfr. F. VON LISZT, *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, p. 3.

la imagen global de la criminalidad pase a ser otro. Pero precisamente porque tal Estado acentúa más intensamente que nosotros hoy los intereses de la colectividad, porque debe proceder más intensivamente, con mayor conciencia de sus objetivos y menos prejuicios contra el individuo que se rebela, tanto más exactamente tendrá que fijar los presupuestos bajo los cuales el individuo sucumbe a la colectividad y determinar los límites hasta los que puede llegar la merma de protección jurídica"[118].

No es preciso comentar el sentido de estas palabras, que traslucen bien a las claras la simbiosis que el autor pretende de la nueva filosofía social y el sentido de garantía del derecho penal liberal. Que no se trata de una mera concesión a las mentalidades rehacias a abordar la nueva perspectiva, sino de una de las bases del pensamiento de VON LISZT, lo demuestran las frases escritas en el mismo trabajo pocas líneas más arriba, que con razón, se han hecho célebres: "En mi opinión, por muy paradójico que pueda resultar, *el Código Penal es la Magna Charta del delincuente*. No protege al orden jurídico, ni a la colectividad, sino al individuo que se levanta contra ella. Le otorga el derecho a ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales. El doble aforismo: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es el bastión del ciudadano frente a la omnipotencia estatal, frente al desconsiderado poder de la mayoría, frente al 'Leviathan'. Desde hace años vengo caracterizando al derecho penal como 'el poder punitivo del Estado *jurídicamente limitado*'. Ahora puedo añadir: el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal. Y lo que hoy es, seguirá y deberá seguir siéndolo"[119]. Sólo faltaba que añadiese, como en seguida hace: "En el *derecho* penal defendemos la libertad individual frente a los intereses de la colectividad"[120], para que resultase inequívoca la función de garantía del individuo que, paradójicamente, el "socialista" VON LISZT atribuye a nuestra parcela jurídica. No ha renunciado al invidualismo liberal, sino que lo cree compatabile con un derecho penal que intervenga activamente en la vida social[121]. Posible-

[118] Cfr. F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, cit., ps. 81 y siguiente.

[119] Cfr. F. VON LISZT, *Über den Einfluss*, cit., p. 80.

[120] Ibídem, p. 81.

[121] Escribe R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, cit., 1974, p. 199: "Finalmente Franz VON LISZT puede ser considerado el fundador de una concepción liberal del Estado social, que buscó completar la

mente piensa que esta nueva tarea social tiene como objetivo mejorar la vida del individuo.

El influjo del segundo factor determinante del positivismo naturalista, el *cientifismo* que reinaba durante la segunda mitad del siglo XIX, se percibe en VON LISZT ya en su global enfoque de su programa político-criminal. A pesar de su naturaleza *política*, VON LISZT no quiso defenderlo por la vía político-ideológica, sino por el camino de la *ciencia*, entendido como estudio empírico de las causas del delito y de la pena[122]. En ello se ve una de las diferencias más importantes entre el movimiento reformista de la Ilustración y el suyo: "El siglo XVIII quería combatir el delito sin estudiarlo. El siglo XIX, en cambio, se apoya en la estadística criminal y en la antropología criminal, es decir, en la investigación científica del delito . . ."[123].

Sobre estas bases, políticas y científicas, se levanta el planteamiento metodológico de VON LISZT. La bipolaridad de su concepción política del derecho penal –intervencionista, pero dentro de los límites trazados por las garantías liberales– se refleja en la dualidad de métodos que atribuye a la ciencia penal, dualidad que constituye tal vez la característica más sobresaliente de la obra de ese autor. Por una parte, para el derecho penal en sentido estricto reclama el método jurídico propio del positivismo, aunque influido por el naturalismo. Por otra parte, señala la necesidad de añadir el estudio científico-naturalístico del delito y de la pena como fenómenos empíricos. Ambos aspectos se integrarían bajo la designación genérica *"gesamte Strafrechtswissenschaft"*, que pretende ser traducción de las expresiones *"sciences pénales"* y *"science penali"* (que el propio VON LISZT considera más acertadas porque no hacen referencia al derecho penal, uno solo de sus dos objetos)[124]. ROXIN

componente del Estado de Derecho". Ya he dicho más arriba que esto hace, paradójicamente, más liberal a VON LISZT que a BINDING. AMELUNG expresa la misma idea en su importante libro *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (Frankfurt, 1972), al distinguir a BINDING y VON LISZT como "liberal de derechas" y "liberal de izquierdas", respectivamente.

[122] Así, E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 364.

[123] Cfr. F. VON LISZT, *Die Zukunft des Strafrechts*, cit., p. 24. Ver también, del mismo autor, *Über den Einfluss*, cit., p. 79; *Kriminalpolitische Aufgaben*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., I, ps. 291 y siguiente.

[124] Ver F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit., ps. 293 y s., donde señala que una traducción literal de la expresión "ciencias penales" no es posible en alemán: "Ich kann unmöglich für die *'straflichen Wissenschaften'* Freunde werben".

interpreta con exactitud el sentido político de este planteamiento, cuando escribe: "En este doble carácter de la 'ciencia universal del derecho penal', fundada ciertamente por él, se materializan para LISZT tendencias contradictorias. En la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal; mientras que al derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del Leviathan, del Estado"[125]. En esto se distingue VON LISZT de la escuela positiva italiana. Ésta no sintió la necesidad de asignar a la dogmática jurídica una parte de los cometidos de la ciencia penal, porque no le preocupaba como a VON LISZT trazar límites de garantía individual a la lucha contra el delito; porque su planteamiento político no era social-liberal, sino únicamente social.

Pero VON LISZT no dio siempre la misma importancia a las dos grandes componentes de su concepción de la ciencia penal. Un examen cronológico de su producción científica muestra, según mi apreciación, una evolución que empieza en el método jurídico y acaba concediendo amplia preferencia al método empírico. Podrían distinguirse las fases siguientes:

*a*) El primer trabajo que se recoge en los *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* data de 1875, cuando *L'uomo delinquente* de LOMBROSO (1786) no había aparecido todavía. Hasta 1882, fecha en que publica su famoso "Programa de Marburgo", los trabajos de VON LISZT tienen carácter puramente jurídico. Debe destacarse, sobre todo, que la primera edición de su *Lehrbuch* apareció en esta primera época, en 1881, contando su autor 30 años.

*b*) El "Programa de Marburgo" (1882) inicia una segunda etapa en la que se da entrada al doble planteamiento metódico que conocemos: *a*) se estudia el derecho penal con arreglo al método jurídico del positivismo, pero teniendo en cuenta en un punto central como la pena la observación empírica; *b*) se reclama el estudio adicional de la criminología. Importa destacar que en dicho Programa se concede abierta primacía al primer aspecto, al método jurídico. Tras señalar que la lucha contra el delito requiere la colaboración de las ciencias criminológicas con la "ciencia" del dere-

[125] Cfr. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de F. MUÑOZ CONDE, cit., p. 16.

cho penal, llega a escribir: "A nuestra ciencia corresponde la dirección en esta lucha. Ni puede ni le es lícito renunciar a ella sin abandonarse a sí misma"[126].

*c*) Una debilitación importante de la significación del método jurídico se manifiesta en el dictamen que presentó a la Asamblea General de la *Internationale Kriminalistische Vereiningung* –cofundada por él– en 1893, bajo el título *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts.* Mientras que en el "Programa de Marburgo", once años antes, LISZT hablaba del derecho penal como "nuestra ciencia", ahora: 1) parece negarle el mismo carácter de ciencia, para concederle sólo el de "arte": "Si para el concepto de ciencia se exige, pues, que se investiguen fenómenos sensibles con arreglo a las leyes que las rigen, la llamada ciencia del derecho penal, como la totalidad de la ciencia del derecho, no cabe, sin duda, bajo el concepto de ciencia. En este sentido estoy plenamente de acuerdo con mi estimado amigo Gauckler"[127]; 2) considera ella sociología criminal y a la política criminal verdaderas ciencias –teórica y aplicada, respectivamente–, y no sólo un "arte" como la "llamada" ciencia jurídica[128]. Sin embargo, sigue atribuyendo decisiva importancia al derecho penal como "límite infranqueable de la política criminal"[129]. Podría decirse que en esta etapa disminuye la importancia *científica* atribuida al derecho penal, aunque se mantiene e incluso subraya su significación política.

*d*) Una última fase, que supone un paso más en la progresiva disminución de la consideración científica del método jurídico por parte de VON LISZT, viene trazada con claridad en su *Antrittsvorlesung* de la Universidad de Berlín, pronunciada el 27 de octubre de 1899. Tres cometidos distintos asigna a la ciencia penal: pedagógico, científico y político. La primera tarea –la *pedagógica*– sirve a la formación de los estudiantes de derecho, como futuros criminalistas prácticos. Comprende dos aspectos: por una parte el estudio "lógico-jurídico" del derecho penal y del derecho procesal penal, lo que se corresponde con el contenido tradicional de la dogmática jurídico-penal (material y procesal); por otra parte, la formación "técnico-práctica" cara a la individualización

[126] Cfr. F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, cit., p. 178.
[127] Cfr. F. VON LISZT, *Über den Einfluss*, cit., ps. 77 y siguiente.
[128] Ibídem, ps. 78 y siguiente.
[129] Cfr. F. VON LISZT, *Über den Einfluss*, cit., p. 80.

del supuesto de hecho a subsumir en la norma legal, a lo cual da VON LISZT el nombre de "criminalística". El cometido *científico* de la ciencia penal se agota en la explicación causal-empírica del delito ("criminología") y de la pena ("penología"). Importa destacar que dentro de la tarea científica de la ciencia penal no se incluye la dogmática jurídico-penal, limitada a cumplir una labor "pedagógica". La tercera función de la ciencia penal tiene carácter *político* y se concreta en la revisión y propuesta de reforma de la legislación penal, con el fin de adaptarla a las exigencias de una lucha eficaz contra el delito, por medio –principal, pero no exclusivamente– de la pena y las medidas de seguridad[130].

En mi opinión, este último planteamiento supone el término de una evolución en el pensamiento de VON LISZT, que va desde una exclusiva dedicación a la dogmática, hasta su reducción a una función meramente pedagógica. En esta última etapa ni siquiera se señala la significación política, de garantía para el individuo, que en un momento anterior (en 1893) había subrayado tan vivamente. Creo poder concluir que la concepción metodológica de VON LISZT no es constante a lo largo de toda su obra, sino que se caracteriza por una progresiva disminución de la estimación del papel que atribuyó al método dogmático, en beneficio del método empírico.

No es preciso examinar en detalle las características del método empírico que VON LISZT postuló para la criminología y la penología, como bases de la política criminal. Nada nuevo cabría añadir a lo que se dijo al examinar la escuela positiva italiana. Lo que de ésta distingue a la concepción criminológica de VON LISZT no es el método, sino el contenido de sus concepciones. Así, el autor alemán no discute la aplicación a la criminología del método propio de las ciencias de la naturaleza, basada en la observación de las conexiones causales del mundo fenoménico, aunque se aparte de la explicación antropológica de LOMBROSO[131], para suscribir una dirección ecléctica, predominantemente sociológica[132], que

[130] Cfr. el resumen que el propio VON LISZT hace en *Die Aufgaben und die Methoden der Strafrechtswissenschaft*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, p. 296. Todo el trabajo está dedicado al desarrollo de los principios aquí resumidos.

[131] Así, ya en F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, 1889, cit., p. 308: "No existe un *homo delinquens*".

[132] Ver, por ejemplo, F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, cit., ps. 312 y ss. En *Die psycologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, en *Strafrechtliche Aufsätze*

ha permitido la designación de su postura con la expresión "escuela sociológica" alemana.

Mayor interés encierra el análisis del método jurídico propugnado por VON LISZT. Ya se ha dicho más arriba que es una manifestación del positivismo jurídico. Lo dicho al examinar esta vertiente del positivismo general tiene en gran medida aplicación al método dogmático de VON LISZT: como positivismo jurídico en sentido estricto –el que triunfó en la segunda mitad del siglo XIX–, no sólo postula el estudio del derecho positivo, sino que tenga lugar con exclusión de juicios de valor. En este sentido, participa del formalismo característico del positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX. Pero intenta evitar uno de sus aspectos centrales al admitir la influencia de la realidad empírica metajurídica en la construción dogmática. En esto se distingue del positivismo formalista en sentido estricto, al estilo de BINDING. Examinemos brevemente las dos características señaladas del método dogmático de VON LISZT: la exclusión de los juicios de valor y la admisión de influencias de la realidad empírica.

*a*) Como positivista que es, VON LISZT rechaza acudir a la filosofía en el estudio "científico" del derecho positivo. Apoya tal postulado en el planteamiento de la crítica kantiana: "Pero una *consideración filosófica* que no se contente con ver la justificación de la pena en su necesidad para el mantenimiento del orden jurídico y, con ello, de toda la vida social misma, sino que busque más allá de Estado y derecho, en el absoluto, la firme base sobre la que apoyar la orgullosa construcción de una ciencia del derecho penal apriorística, una tal consideración la rechazo abiertamente. Cae fuera del ámbito de la ciencia del derecho penal, de la ciencia del derecho y de la misma ciencia ... Más allá del ámbito de la ciencia está el de la *creencia*. Quien se esfuerze, en el sentido de la crítica epistemológica kantiana, en separar netamente ambos ámbitos, no niega que existan independientemente uno de otro ... Lo que detrás de espacio y tiempo se oculta a nuestra limitada visión, lo podemos, lo debemos creer, esperar, desear; pero no podemos conocerlo científicamente"[133].

Expresión del positivismo jurídico formalista de VON LISZT es, también, el predominio que asigna a la lógica formal en la cons-

---

*und Vorträge*, cit., II, p. 172, dice haber insistido más que nadie en la necesidad de completar la biología criminal con la sociología criminal.

[133] Cfr. F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methoden*, cit., p. 297.

trucción dogmática: "la lógica es su método", dice de ella[133 bis]. De ahí que persiga, antes que nada, la claridad en el análisis y en la síntesis, que se basa no en la esencia material de los conceptos, sino en su configuración externa. En realidad, se trata de una consecuencia de la perspectiva positivista, que repudia la contemplación ontológica por considerarla metafísica y prefiere la observación externa formal de los objetos de conocimiento. La consecuencia fue la teoría del delito que, tras la adición de la nota de tipicidad por obra de BELING, constituiría lo que JESCHECK llamó el concepto *clásico* de delito. Se caracterizó, como es de sobras sabido, por una visión "analítica" del delito, definido por la suma de notas –principalmente: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– perfectamente separadas, y a un mismo nivel lógico, unas de otras. No pretendía ser una *explicación* que aprehendiera la esencia del delito, sino una externa *descripción* de sus características, que a veces se hacían corresponder incluso con las *partes* –así, externa e interna, consideradas ámbitos respectivos de antijuridicidad y culpabilidad– aprehensibles por los sentidos. Pero esto enlaza ya con el segundo aspecto del positivismo de VON LISZT: el naturalismo.

Antes de examinarlo, conviene hacer mención de los momentos en que, de forma expresa, concreta VON LISZT el desarrollo de su método. Dos aspectos reconoce en la ciencia jurídico-penal: como ciencia *sistemática* y como ciencia *práctica*. En el primer aspecto, "como en toda ciencia" –adviértase la influencia positivista del concepto de ciencia–, persigue el "conocimiento sistemático de las proposiciones jurídicas". Para ello debe atravesar las siguientes etapas: 1ª) la reunión del material, que debe buscarse exclusivamente en el derecho positivo; 2ª) el *análisis* y *síntesis* de las proposiciones jurídicas; 3ª) la construcción del *sistema*, cuya significación reside en que constituye el único modo de dominar los conceptos particulares, esto es, en una función de ordenación y simplificación[134] –de "reducción de complejidad", como ahora dice NIKLAS LUHMANN en la moderna sociología alemana–. He aquí una clara consecuencia del positivismo.

*b*) El segundo aspecto de la ciencia del derecho penal, a saber, el de la ciencia *práctica*, es ya una manifestación del elemento

[133 bis] Cfr. F. VON LISZT, *Über den Einfluss*, cit., p. 77. Ver, también, del mismo autor, *Die Aufgaben und die Methoden*, cit., p. 286.

[134] Ver F. VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., I, ps. 214 y siguiente.

diferencial del método de VON LISZT respecto del de BINDING: la influencia de la realidad empírica. Por una parte, la proposición jurídica es, para VON LISZT, el resultado de una abstracción conceptual a partir de los hechos reales de la vida jurídica; por otra parte, la construcción jurídica sólo tiene valor en cuanto facilita y asegura la aplicación de las proposiciones jurídicas a los hechos de la vida jurídica[135]. A partir de esta doble premisa opone VON LISZT a BINDING sus conceptos "naturalísticos" de bien jurídico y acción, cuyo examen no corresponde a este lugar[136].

Como ejemplos en que se manifiesta este aspecto "naturalístico" del positivismo de VON LISZT cabe citar, además, su concepción de la pena y de la culpabilidad. Respecto a la primera, baste decir que el paso de la pena retributiva a la pena "final" que patrocina, lo basa en una contemplación de la historia de la pena a la ley del pensamiento "evolucionista", que tanto influyó en el positivismo cientifista. Así, la pena final sería una etapa más avanzada que la pena retributiva, por la misma razón que la actuación (final) supone un escalón superior en la evolución biológica respecto de la conducta conducida por los instintos[137]. En cuanto a la culpabilidad, la concepción determinista es para VON LISZT la única compatible con la experiencia sensible, esto es, la única susceptible de consideración científica, como enseñó KANT. En ese ámbito la ley de la causalidad no conoce excepciones que permitan afirmar el libre albedrío del hombre. Si en la esfera de los inteligibles, como "cosa en sí" –en la terminología kantiana–, el hombre está excluido de las leyes causales, es algo que un derecho penal "científico" no puede tomar en consideración[138]. El determinismo lleva, por otro camino, a confirmar la necesidad de excluir la retribución[139].

[135] Ibídem, ps. 217 y siguientes.

[136] Ibídem, ps. 222 y siguientes.

[137] Cfr. F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, cit., ps. 132 y siguientes.

[138] Ver F. VON LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, ps. 38 y s., que reproduce en *Über den Einfluss*, cit., ps. 84 y siguiente.

[139] Es famosa la frase de VON LISZT: "La retribución sobre base determinista no es sólo un pecado del corazón, sino también un extravío del entendimiento": cfr. *Aufsätze und Vorträge*, cit., II, ps. 43 y siguiente.

3. *El neokantismo.*

A) *Insuficiencia del método positivista.*

A diferencia de la metodología jurídico-privada, la propia del derecho penal abandonó ya el positivismo aproximadamente a principios de los años veinte de nuestro siglo. El derecho privado permaneció todavía anclado en la actitud positivista hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En esa rama del derecho pareció bastar durante toda la primera mitad del siglo XX el giro a la realidad empírica que posibilitó la "jurisprudencia de los intereses", basada en el pensamiento finalista de la segunda fase de la obra de IHERING y difundida, sobre todo, gracias a HECK. En la ciencia jurídico-penal se apreció, en cambio, mucho antes la insuficiencia del positivismo, incluso en su modalidad naturalista-sociológica representada por la "dirección moderna" que inició VON LISZT. No fue necesario esperar, como en la ciencia jurídico-civil, a la transformación de las condiciones económico-sociales que empezó a operarse con la inflación que arruinó la República de Weimar y se consumó en la segunda postguerra[140]. El precoz abandono del positivismo en nuestra ciencia penal fue, tal vez, favorecido por la circunstancia de que algunos de los filósofos del derecho a quienes se debe la introducción del neokantismo en la metodología jurídica –sobre todo RADBRUCH y SAUER– eran, al mismo tiempo, penalistas. Pero, sin duda, fueron las específicas exigencias de la dogmática penal las que decidieron el giro del positivismo a un método en el que de nuevo la *valoración* y la perspectiva *material* tuvieron entrada.

En efecto. Las tres categorías centrales de la teoría del delito –acción, antijuridicidad y culpabilidad– encontraban insatisfactoria explicación con arreglo a la metodología positivista. Entendida la *acción* naturalísticamente en el esquema de VON LISZT y BELING como movimiento corporal o modificación causal del mundo exterior perceptible por los sentidos, no podía cobijar, ni siquiera mínimamente, a la omisión[141]. Ésta no es la pura negación de la acción, el no actuar: casi siempre la omisión tiene lugar mediante

[140] Ver K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., ps. 98 y siguiente.
[141] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 155 y 157.

un hacer algo positivo (por ejemplo: *huir* ante un accidente de tráfico que se ha causado). La esencia de la omisión no es *negativo-naturalística*, sino *negativo-normativa*. Consiste en no realizar la conducta "esperada" por la norma, como suele decirse, o, más precisamente, la conducta "debida". Pues bien: esta dimensión normativa de la omisión no podía ser aprehendida por el concepto naturalístico de acción, por la sencilla razón de que la acción "debida" no es susceptible de percepción sensorial. Lo que ésta descubría en la omisión era sólo un actuar, generalmente no pasivo, cuya calificación como "omisión" no podía efectuarse *sin valorar su sentido* de infracción de la norma preceptiva.

La *antijuridicidad* tampoco se explicaba suficientemente desde una actitud metodológica como la positivista, que excluía toda posibilidad de considerar esta nota del delito en sentido valorativo. A lo más que podía llegarse es a considerar que la antijuridicidad constituía una relación *lógica*, expresiva de la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico. No era posible descubrir el esencial contenido de valor –de desvalor– inherente a dicha contrariedad normativa. Ni siquiera la introducción del concepto de antijuridicidad *material*, como "lesión de bienes jurídicos" –en el sentido de VON LISZT–, era suficiente para superar la neutralidad valorativa a que forzaba el método positivista: el bien jurídico se concebía naturalísticamente[142], como "interés de la vida" a constatar empíricamente, y la antijuridicidad material se agotaba en la *causación* de una lesión –todo ello concebido también en términos naturalísticos– a dicho bien jurídico. Estableciendo un parangón, podría decirse que, del mismo modo que en el derecho privado la "jurisprudencia de los *intereses*" no fue más que una manifestación del positivismo, porque el concepto de interés que manejó no se entendía valorativamente, sino causalmente[143], la antijuridicidad material acuñada en base al bien jurídico por VON LISZT –discípulo de IHERING, origen de la jurisprudencia de intereses– no significó el paso a una concepción valorativa de la antijuridicidad.

La concepción naturalista de la antijuridicidad impedía no sólo una correcta comprensión de la esencia de este concepto, sino también de su *contenido*. Si la antijuridicidad se entendía como lesión de bien jurídico, en sentido causal, no podía darse entrada en su

[142] Ver P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962, ps. 49 y siguientes.

[143] Así, K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 99.

seno a ninguna clase de elementos subjetivos, ya que de éstos no depende la presencia de la lesión causal, que podrá concurrir aunque aquellos falten. Pero la conclusión a que se llegaba era altamente insatisfactoria: el tomar una cosa mueble ajena sin el consentimiento de su dueño había de ser *siempre* antijurídico, incluso cuando faltase el ánimo de apropiación y el de lucro; y el examen de la paciente por el ginecólogo podía dar lugar a un hecho antijurídico aunque sólo guiase al médico finalidad terapéutica.

Por último, la metodología positivista cerró las puertas a una concepción unitaria de la *culpabilidad*. Su esencia se vio en constituir el nexo de unión psicológico entre el hecho antijurídico y su autor (teoría psicológica de la culpabilidad). Constituía, por así decir, el parangón en el plano de lo subjetivo de lo que la relación de causalidad representaba en lo objetivo. A la relación (objetiva) de causalidad debía añadirse la relación psicológica *quasi-causal* del dolo o la culpa[144]. Coherente con el pensamiento causal naturalístico, ello llevaba a identificar la culpabilidad con el dolo *o* la culpa que no se limitaban a formar parte de la culpabilidad, sino que *eran* la culpabilidad. Este era el sentido de la designación de dolo y culpa como las "especies" de la culpabilidad (*Schuldarten*), y no sólo como "formas" de culpabilidad (*Schuldformen*)[145].

En una tal concepción no encontraban adecuado asiento ni la *imputabilidad ni las "causas de exclusión de la culpabilidad"* (como el miedo insuperable), porque no afectaban a la relación psicológica del autor con su hecho. El único criterio unificador se veía en el dato externo de que también estos elementos hacían referencia a lo *subjetivo*, frente a los objetivos que integraban la antijuridicidad. Pero con ello se venía a contradecir inevitablemente el concepto psicológico de culpabilidad de que se partía, limitado, como se ha visto, a la conexión psicológica.

A esto se añadía un defecto que comprometía el núcleo mismo de la concepción psicológica: en la *culpa inconsciente* faltaba toda relación psicológica entre el autor y el resultado lesivo producido, pues ni siquiera concurría la representación de su probabilidad, a

[144] Como señala RODRÍGUEZ DEVESA, "además de la causalidad material era preciso que hubiera una *causalidad moral . . .*": *Derecho penal español, Parte General*, cit., 1974, p. 367.

[145] Ver, por todos, R. MAURACH, *Tratado*, cit., II, ps. 17 y ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 155.

diferencia de la culpa consciente[146]. Ésta era la consecuencia más evidente. Pero un análisis detenido había de mostrar que *ninguna* de las modalidades de la culpa se explicaba satisfactoriamente con arreglo a la concepción psicológica. Lo esencial en el delito culposo no es *nunca* la relación psicológica que pueda concurrir, en forma de representación del peligro, sino el momento *normativo* de infracción de la norma de cuidado. La "imprudencia" es siempre, pues, un concepto normativo, cuya esencia no era capaz de aprehender una teoría naturalista de la culpabilidad anclada únicamente en el nexo-psicológico quasi-causal[147].

Podría resumirse todo lo anterior en la *conclusión* siguiente: la metodología naturalista del positivismo cerraba las puertas a una adecuada comprensión de la esencia correspondiente a las categorías centrales de la teoría del delito. Ni siquiera la introducción de la idea de "fin" y de aproximación a la realidad empírica, operada por la dirección naturalista de VON LISZT, bastaba –a diferencia de lo que durante largo tiempo se pensó respecto de la jurisprudencia de intereses en la metodología jurídico-privada– a las exigencias de la dogmática penal. Es muy posible que ello facilitase la más pronta recepción en nuestra disciplina de los aires de renovación metodológica que surgieron del neokantismo.

B) *El retorno a la filosofía: historicismo y neokantismo.*

El abandono del pensamiento positivista en la metodología jurídica fue, como suele suceder, un reflejo del rechazo operado a nivel filosófico general de la actitud "antifilosófica" que había inspirado la segunda mitad del siglo XIX. A partir de la última década del pasado siglo se sintió una fuerte reacción contra la mentalidad positivista, muy diversa en sus concretas manifestaciones, pero

[146] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963, ps. 28 y s.; R. MAURACH, *Tratado*, cit., II, ps. 18 y s.; J. Mª. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, cit., 1974, p. 368.

[147] Tiene razón RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., p. 368, cuando señala que el solo hecho de que la dogmática siempre haya admitido a la culpa, junto al dolo, como clase de culpabilidad, revela que de hecho no ha podido mantenerse nunca un concepto exclusivamente psicológico de la culpabilidad, pues la culpa es inevitablemente normativa. A mi juicio, esto viene a abonar la contradicción de la concepción psicológica de la culpabilidad con la admisión de la culpa: la *formalización* teórica de la culpabilidad no se correspondía bien con el *contenido* atribuido a esa categoría.

coincidente en un punto: el retorno a la filosofía. Se acusa de estrechez y cortedad de miras al planteamiento positivista. "La misma palabra *positivismo* –escribe FASSO–, que había sido la orgullosa bandera de una sociedad pagada de las grandes conquistas de su ciencia, pasó a significar esta limitación visual y cae en descrédito, hasta ser utilizada, aun sin razón, para liquidar doctrinas molestas: exactamente como los positivistas habían hecho con la palabra *metafísica* (o incluso con filosofía)"[148].

Dos direcciones podrían mencionarse como origen del abandono del positivismo en el método jurídico-penal. Por una parte, el historicismo de DILTHEY, por otra parte, el neokantismo. Ambas corrientes coincidían en perseguir un giro en el concepto de "ciencia" que permitiese calificar de "científicas" las disciplinas relativas a la conducta humana, sin necesidad de requerir para ellas las notas propias de las ciencias en sentido positivista (aparte de la lógica y de las matemáticas, las ciencias experimentales). En otras palabras, querían ampliar el estrecho concepto positivista de ciencia, de modo que cupiesen en él no sólo los hechos perceptibles por los sentidos y su observación, sino también los fenómenos espirituales y la comprensión de su esencia específica. Pero tal objetivo común era abordado por las dos corrientes referidas desde distintos puntos de vista. El historicismo de DILTHEY buscó distinguir las dos clases de ciencias por razón de su diverso *objeto*, mientras que el neokantismo subrayó la necesidad de diferenciarlas a través de su *método*.

DILTHEY trata de fundamentar el conocimiento científico de la historia y de la sociedad. Siguiendo el camino trazado por WUNDT, acude para ello al concepto de "ciencias del espíritu" (su obra capital se tituló: *Einleitung in die Geisteswissenschaften* [1883]). El objeto de las mismas lo constituyen las "vivencias" (*Erlebnisse*) humanas histórico-sociales, cuyo análisis ha de permitir a "comprensión" de la historia. Dentro de las ciencias del espíritu distingue dos clases: Las "ciencias de los sistemas de cultura" y las "ciencias de la organización externa de la sociedad". Las primeras contemplan las manifestaciones sociales producto de la libre determinación del individuo: el arte, la religión, la filosofía, la ciencia. Las segundas se refieren a instituciones objetivas que agrupan a individuos incluso con independencia de su voluntad: la familia, el Estado y la Iglesia. Al derecho asigna DILTHEY una posición intermedia, como

[148] Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970, p. 262.

vínculo de unión de la organización social con el sistema de cultura: constituye la expresión objetiva, institucionalizada, un hecho de la conciencia[149].

El neokantismo recorrió un camino distinto para fundamentar el concepto de ciencias del espíritu con independencia respecto del concepto positivista de ciencia. No se fijó en la diferencia de objeto, sino de *método*. La ciencia del derecho, como las demás ciencias del espíritu y como las ciencias positivas, debe su carácter científico a la utilización de un determinado método que reúne ciertos requisitos. Por encima de esta coincidencia genérica, el método propio de las ciencias del espíritu no puede coincidir con el empleado por las ciencias positivas. Este planteamiento general fue desarrollado por vías muy distintas en las dos direcciones que siguió el neokantismo alemán: la escuela de Marburgo y la escuela sudoccidental alemana[150]. La primera, representada a nivel filosófico general por COHEN y NOTARP, se reflejó en la metodología jurídica gracias a la importante obra de STAMMLER, que suele considerarse el inicio de la actitud metódica contemporánea en la ciencia jurídica alemana[151]. Su influencia en la metodología jurídico-penal fue, sin embargo, escasa. En cambio, la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana, iniciada por WINDELBAND y propulsada por RICKERT como fundamento de las ciencias del espíritu

[149] Así lo interpreta G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., ps. 264 y siguiente.

[150] La teoría pura del derecho de KELSEN también tiene orígenes kantianos, en cuanto parte del radical dualismo de "ser" y "deber ser" (así: Arthur KAUFMANN-W. HASSEMER, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1971, p. 46). Pero no se incluye en el neokantismo ortodoxo porque su distinción de "ser" y "deber ser" no equivale a la de "materia" (realidad empírica) y "forma" (*a priori*) de que parte toda metodología neokantiana. En efecto, para KELSEN el "deber ser" no es el ámbito de lo *a priori* del conocimiento (jurídico), sino la esfera que suministra la específica "materia" del derecho: las *normas* jurídicas (frente a la realidad no normativa, que es en KELSEN el "ser"). El planteamiento de KELSEN no es más que una modalidad del positivismo normativista, que parte del concepto positivista de ciencia. Es por esto que su objetivo es la contemplación de las normas (del "deber ser") como datos empíricos tan "naturalísticos" como la realidad objeto de las ciencias naturales, y ello con arreglo a la metodología excluyente de toda valoración característica de las ciencias positivas. No es, por ello, exacto que la teoría pura del derecho coincidiese con el neokantismo de la escuela de Marburgo en *combatir al positivismo*, como, sin embargo, afirma J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción*, cit., p. 67.

[151] Así, W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1940, reimpresión fotomecánica Scientia Verlag, Aalen, 1970, p. 596.

en general, y llevada a la metodología jurídica por LASK, RADBRUCH y SAUER, tuvo tan amplia repercusión en nuestra parcela[152], que permitió una reestructuración general de la teoría del delito.

Ambas direcciones, la de Marburgo y la sudoccidental alemana, coinciden en su punto de partida epistemológico. Como neokantianas, arrancan del dualismo gnoseológico de nóumeno y fenómeno, de forma y materia. La "cosa en sí" (nóumeno) no es susceptible de aprehensión por el conocimiento humano, sino sólo en su manifestación espacio-temporal, como "fenómeno" aprehensible por los sentidos. Y el fenómeno ofrece solamente la "materia" del conocimiento, que precisa la adición de las "formas *a priori*" constituidas por las categorías del entendimiento. De la aplicación a la "materia" –dato empírico espacio-temporal– de las categorías del entendimiento –formas *a priori*– surge el conocimiento de la realidad empírica. Los neokantianos coinciden con KANT en reputar este proceso necesario y suficiente para las ciencias "positivas": la lógica y las matemáticas fundan su validez en la naturaleza apriorística de espacio y tiempo; las ciencias experimentales son válidas en cuanto suponen la aplicación de las categorías *a priori* del entendimiento a la materia fenoménica suministrada por el mundo empírico. Pero, mientras para KANT fuera de estas dos posibilidades no hay lugar para el conocimiento científico, sino sólo para la metafísica –he ahí el sentido de la crítica de la razón pura: trazar las fronteras de ciencia y filosofía–, los juristas neokantianos intentaron llevar el conocimiento científico más allá, para dar cabida a las ciencias del espíritu.

Simplificando, podría resumirse el planteamiento neokantiano en los términos siguientes: si las ciencias experimentales suponen la aplicación a la materia empírica de las categorías del entendimiento, las ciencias del espíritu requieren la subsunción de aquella materia empírica bajo *otro tipo de categorías a priori*, específicas de esta clase de ciencias. Las ciencias naturales y las espirituales no se distinguen, pues, por su *objeto* –en ambos casos la *misma* materia fenoménica–, sino por las categorías *a priori* mediante las cuales el hombre puede tomar conocimiento de él. En este sentido se ha dicho más arriba que para los neokantianos las dos clases

[152] Desde la metodología jurídico-penal se produjo una importante bibliografía, entre la que destaca: E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930; E. WOLFF, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926.

de ciencias no se diferencian por razón de su objeto, sino por su *método*. En el mismo sentido se afirma que en esta concepción el método determina el objeto[153].

*a) La filosofía jurídica de* STAMMLER.

STAMMLER partió de este planteamiento en su intento de "explicar la dogmática jurídica como ciencia e impedir que se le reproche que científicamente carece de valor". Las específicas formas *a priori* del conocimiento propio de la ciencia del derecho son las "formas puras" del pensamiento jurídico, que posibilitan la aprehensión, en su específico sentido jurídico, de la "materia" representada por el contenido de las normas del derecho positivo. Si estas formas jurídicas puras condicionan todo conocimiento jurídico particular, encuentran, a su vez, su "unidad condicionante" en el *a priori* jurídico fundamental: el concepto de derecho, "del que depende toda posibilidad de definir como jurídico un problema especial". Si la validez de las ciencias naturales se basa en el carácter *a priori* de las categorías del entendimiento, la presencia de las formas jurídicas puras *a priori* garantiza el carácter científico de la dogmática jurídica. Estas formas jurídicas, tanto como las categorías del entendimiento, permiten lo único esencial al concepto de ciencia: "el ordenar fundamentalmente unitario de nuestro mundo de las ideas". Pues ambas clases de formas *a priori* sirven a la función de *unificar* contenidos particulares de conciencia procedentes de la experiencia (*a posteriori*)[154].

La diferencia que para STAMMLER separa las ciencias naturales de la ciencia del derecho reside, pues, en el modo de conocimiento. Ello es una constante característica del neokantismo. Pero la necesidad de diferenciación de métodos nace de la diversidad de los objetos a analizar o, por lo menos, de los aspectos que de ellos se contemplan. Todos los contenidos de la experiencia tienen de común el constituir "materia" que requiere la aplicación de formas *a priori* que completan la síntesis en que el conocimiento consiste. Éste es el sentido en que antes dije que los objetos de las ciencias de la naturaleza y las del espíritu coinciden para los neokan-

[153] Así, R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, cit., p. 21.

[154] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., ps. 99 y ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., III, ps. 269 y ss.; R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, cit., ps. 20 y siguientes.

tianos. Pero esta identidad de naturaleza en el objeto no puede, obviamente, excluir que ambas clases de ciencias se ocupen de objetos distintos o de diferentes aspectos de los mismos. Así, la ciencia del derecho se ocupa de una determinada manifestación del espíritu humano y no de hechos de la naturaleza. Esto lleva a STAMMLER a distinguir entre dos modos diversos del conocer científico: el "percibir" y el "querer". El primero basta a las ciencias de la naturaleza, porque se ocupan sólo de esclarecer relaciones *causales* (causa-efecto). En cambio, la ciencia del derecho requiere el otro modo de conocer, el "querer", puesto que intenta aprehender conexiones *de medio a fin*. La ciencia del derecho es, pues, una "ciencia final", frente a las ciencias naturales, de naturaleza causal[155]. Ahora bien, importa evitar una importante confusión: para STAMMLER, como neokantiano, la "finalidad" y la "causalidad" no son características propias de la "materia" correspondiente a los dos tipos de conocimiento científico, sino que son aportadas *a priori* por la mente humana. Lo contrario confundiría el planteamiento neokantiano con el fenomenológico o, en general, ontologicista, que había de aparecer más tarde como intento de superación del subjetivismo kantiano.

La construcción de STAMMLER va mucho más allá de las premisas metodológicas referidas. Su importancia en la filosofía del derecho no se corresponde, sin embargo, con la que posee –mucho menor– para la dogmática del derecho penal, por lo que no es preciso aquí entrar a considerarla con mayor detalle. Si se ha hecho alusión a las bases de la metodología de STAMMLER es porque puede tomarse como punto de partida de la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana. Con ésta coincide en los dos puntos básicos examinados: 1º) La concepción del conocimiento como síntesis de "materia" y "forma"; 2º) la distinción de las ciencias del espíritu –y dentro de ellas la ciencia del derecho– respecto de las ciencias naturales en base a la diversa naturaleza de las *"formas a priori"* que condicionan sus respectivos modos de conocimiento[155 bis].

[155] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., ps. 100 y siguientes.

[155 bis] La principal diferencia entre el neokantismo de STAMMLER y el de la escuela sudoccidental alemana es que aquél se propuso exponer la estructura *formal* del conocimiento científico-jurídico, mientras que ésta llenó de *contenido* "valorativo" las estructuras formales de ese modo de conocimiento. RADBRUCH lo expresa con gran claridad, al escribir que la teoría del derecho justo de STAMMLER

*b) La escuela sudoccidental alemana.*

La escuela sudoccidental alemana partió de la filosofía de WINDELDAND y alcanzó su máximo representante en RICKERT[156]. Su objetivo central fue la fundamentación de un método específico para las ciencias del espíritu, entre las que se incluyó a la ciencia del derecho. En el planteamiento de RICKERT las ciencias "histórico-culturales" se diferencian de las naturales en dos puntos: lógicamente, en la formación del concepto, y materialmente, en la relación en que sus objetos se encuentran respecto de los valores.

Al primer criterio diferenciador dedicó RICKERT su obra *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1926). Su tesis más importante es que la formación del concepto propia de las ciencias naturales es *generalizadora*, por lo que no sirve a los fines de *individualización* que persiguen las ciencias históricas. Las ciencias naturales operan la *simplificación* de la realidad, en busca de las "características que cada objeto concreto tiene de *común* con otros". No se busca lo individual y repetible, sino lo que de generalizable hay en cada objeto. Éste es el camino para la obtención de leyes *generales*, que valgan para el mayor número posible de objetos particulares. Pero con ello se escapa a la ciencia una parte de la realidad, puesto que no alcanza a *toda* la realidad, sino sólo a "la realidad con respecto a lo general". Se produce, de este modo, la "supresión del carácter individual de la realidad dada". Para aprehender el aspecto de individualidad propio de cada objeto de experiencia debe acudirse a la formación conceptual característica de las ciencias históricas. Éstas no buscan lo generalizable de cada

---

"es sólo un método que no desarrolla ningún sistema de filosofía del derecho" (. . .). "Adquiere la validez general de sus conceptos a costa de su carácter puramente formal. Así, es menos una filosofía jurídica, que una lógica de la filosofía del derecho; una teoría del conocimiento de la consideración valorativa del derecho; una crítica de la razón jurídica; unos cimientos de utilidad poco común para toda filosofía del derecho posible, pero todavía no el edificio mismo. Aquí –en la obra de RADBRUCH– se insertan los esfuerzos de aquellos que . . . quisieran arrancar a la filosofía del derecho del círculo de las investigaciones incesantes sobre su propio método, para constituirla a un sistema pleno de decididos juicios de valor": cfr. G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., trad. esp., Madrid, 1959, p. 37.

[156] Ver Arthur KAUFMANN-W. HASSEMER, *Grundprobleme*, cit., ps. 58 y ss.; K. LARENZ, *Metodología*, cit., ps. 107 y ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., III, ps. 266 y ss.; R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, cit., ps. 21 y siguiente.

objeto, sino lo que tiene de individual. El hecho histórico interesa a la ciencia en cuanto hecho "único". Ello no significa que todos los caracteres individuales del objeto tengan relevancia para la historia: la ciencia debe *seleccionar* sólo las características "fundamentales". Pero el criterio de selección es opuesto al manejado por las ciencias naturales, puesto que no importan a la historia las características comunes a muchos hechos, sino las que hacen "relevante" a un objeto en su uniquicidad (*Einmaligkeit*).

Para dar respuesta a las preguntas que inmediatamente se suscitan: ¿Cuándo es relevante un hecho para la historia? ¿Qué aspectos de su individualidad son interesantes para el historiador? RICKERT ha de introducir el concepto de *valor*. La relevancia o interés histórico de un hecho depende de los valores que se sustenten. Pero ello no supone que el historiador deba *valorar*: a la ciencia, aunque sea histórica, no le es lícito emitir juicios de valor *subjetivos*. El historiador debe limitarse a "referir a valores" los hechos que estudia. Significa que ha de seleccionar aquellos hechos y aspectos que merecen atención desde determinadas perspectivas valorativas. RICKERT remite, con ello, a los valores dotados de "validez fáctica" en la *comunidad cultural* a que pertenece el historiador, frente al cual aparecen como datos de la experiencia empírica. En cualquier caso, la "referencia a valores" es para RICKERT –sobre todo en las ediciones posteriores de su obra *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*– el elemento material que distingue a las ciencias culturales de las naturales[157].

Este aspecto material, más tal vez que el formal de la distinta formación –generalizadora o individualizante– del concepto, había de influir especialmente en la ciencia jurídico-penal. Pues, mientras que –como reconoce el propio RICKERT– la dogmática jurídica ha de servirse a veces de la formación generalizadora del concepto, versa siempre sobre hechos referidos a valor: las normas jurídicas. Por su importancia para nuestra metodología importa subrayar el significado atribuido por RICKERT, como los demás neokantianos de la escuela sudoccidental alemana, a la naturaleza valorativa de las ciencias culturales. No se crea que con ello se abandona la premisa neokantiana según la cual las ciencias no se distinguen por su objeto, sino por su método específico. RICKERT no entiende que el objetivo de las ciencias culturales *encierre* valo-

[157] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., ps. 108 y siguientes.

res, sino sólo que se halla constituido por hechos "referidos a valor". Esto es: el conocimiento de los hechos culturales es el producto de una síntesis categorial de, por una parte, la "materia" suministrada por la experiencia, en la cual no se incluye el valor, y la "forma" *a priori*, que es la que aporta a la síntesis del conocimiento el significado valorativo de la materia empírica. El sujeto no *descubre* el valor en la experiencia, sino que lo *aporta* a ella.

Conocimiento individualizado y de hechos referidos a valor fueron las dos características del método aplicado al derecho penal durante la época que JESCHECK llama "neoclásica"[158]. El puente que facilitó la irrupción de las ideas de RICKERT a la dogmática jurídico-penal fue iniciado por LASK, al aplicar al derecho el punto de vista de la escuela sudoccidental alemana, y, sobre todo, por RADBRUCH, quien reunía la cualidad de penalista junto a la de filósofo del derecho.

LASK incluyó a la ciencia del derecho entre las ciencias culturales. Su originalidad consistió, en este punto, en distinguir dos aspectos bien diferenciados en el seno de la ciencia del derecho. Según tomase al derecho como "factor cultural real" o como "complejo de significaciones", aparece como "teoría social del derecho" o como "ciencia dogmática del derecho". Ambas son culturales, pero sólo la segunda aprehende el derecho positivo en su especificidad normativa[159]. El mérito de LASK es haber iniciado las bases del *específico* método cultural que corresponde a la dogmática jurídica. Si RICKERT había señalado que el objeto de toda ciencia cultural se refiere a valores, LASK descubre el carácter *teleológico* de los valores a que se refiere el derecho, cuando afirma que la formación jurídica del concepto se halla siempre "teñida teleológicamente"[160]. Sobre esta base construiría SCHWINGE un planteamiento metódico "teleológico", en torno a una concepción finalista del bien jurídico como eje de la interpretación jurídico-penal[161].

Pero LASK se ocupó solamente de señalar la referencia a valores y fines inherente a los jurídico, sin desentrañar el contenido de los mismos. Tal labor sería acometida por RADBRUCH, que, junto a M. E. MAYER y SAUER, tanto influyó en el método jurídico-penal. Mas su planteamiento neokantiano le impidió superar el relativismo

[158] Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 156 y siguientes.
[159] Ver G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., III, p. 267.
[160] Cfr. K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 112.
[161] Ver J. Mª. STAMPA BRAUN, *Introducción*, cit., ps. 91 y siguientes.

valorativo, que expresamente erigió en bandera de una filosofía jurídica liberal[162]. Por ello, se contenta con señalar tres tipos fundamentales de concepciones valorativas sobre el derecho *–individualista, supraindividualista* y *transpersonal–*, sin que la ciencia pueda *decidir* sus preferencias por ninguna de ellas[163]. Se sigue así el planteamiento neokantiano de RICKERT: las ciencias culturales no son "valorativas", sino "referidas a valores"[164]. La conclusión que quería extraer aquí es que, al desarrollar una axiología material, RADBRUCH no llega a dar el paso que más adelante, en otra metodología, reclamaría WELZEL: abandonar el positivismo jurídico. RADBRUCH, como el neokantismo jurídico-penal, sigue anclado en una actitud metódica positivista. No lo contradice el hecho de que este autor apelase ya a la *Natur der Sache* (naturaleza de las cosas) como criterio orientador de la interpretación. Como señalan KAUFMANN y HASSEMER, para RADBRUCH la naturaleza de la cosa sólo cumple una función de relleno de las lagunas legales y depende de la ley decidir cuándo tal función es lícita. La superación del positivismo hubiese exigido algo más: que la entrada en función de la naturaleza de la cosa no se hubiese supeditado a la voluntad de la ley, sino que, al contrario, ésta se hubiese condicionado a la *Natur der Sache*[165].

Ello ha permitido a WELZEL afirmar que la filosofía del derecho neokantiano fue una "teoría *complementaria* del positivismo jurídico"[166]. El concepto de "realidad" aprehensible por la ciencia del derecho era para los neokantianos idéntico al positivista. La diferencia se hallaba en la cabeza del sujeto, encargado según el neokantismo, de aportar al proceso de conocimiento jurídico su significado de valor. Los neokantianos "complementaron", pues el positivismo jurídico no modificando lo objetivo, sino añadiéndole lo subjetivo. Tal coincidencia de partida con el positivismo no era casual. De la misma forma que KANT había querido construir una teoría del conocimiento científico admisible para el empirismo, el

[162] Así, el propio RADBRUCH en el Prólogo de la cuarta edición de su *Filosofía del derecho*, cit., ps. 4 y s. Ver, en el mismo sentido, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, 2ª ed. de la trad. esp. de F. GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, 1971, p. 196. Otra interpretación mantiene, en cambio, K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 113.

[163] Ver G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, cit., ps. 38, 70 y siguientes.

[164] Ibídem, ps. 7 y siguientes.

[165] Arthur KAUFMANN-W. HASSEMER, *Grundprobleme*, cit., p. 64.

[166] Cfr. H. WELZEL, *Introducción*, cit., ps. 198 y siguiente.

neokantismo buscó una fundamentación epistemológica de las ciencias del espíritu –y del derecho– que satisficiese al positivismo. Pretendió "superarlo" sin contradecirlo, para lo cual se limitó a "completarlo" subjetivamente, en el sentido indicado.

El resultado fue una solución de compromiso aprisionada en un inevitable *dualismo* de "ser" y "debe ser", de realidad empírica libre de valor y significado valorativo de la realidad, o, en terminología de RADBRUCH, de *Stoff* y *Idee*[167]. Este dualismo irreconciliable se manifestó a lo largo de toda la teoría del delito "neoclásica"[168], producto de la metodología neokantiana. Así, mientras que la acción se siguió concibiendo en sentido *causal*, como en el esquema naturalista, se dio entrada a los elementos subjetivos del tipo, siquiera con carácter excepcional[168 bis]. En tanto se consideraba la resolución de delinquir en la tentativa uno de tales elementos subjetivos y se incluía en el tipo de injusto, caso de llegarse a la consumación el dolo "pasaba" a la culpabilidad, lo que constituyó una de las más famosas bases de la crítica de WELZEL: "¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad?"[169]. Al mismo tiempo que se empezaba por afirmar el carácter *valorativo* de la antijuridicidad, se consideraba antijurídico el caso fortuito, que únicamente excluía la culpabilidad[170]. Por último, aunque se pretendía haber superado la teoría psicológica de la culpabilidad definiendo esta categoría dogmática en función de su sentido *normativo*, se seguía incluyendo en ella el dolo y la culpa, como "componentes psicológicas" de la culpabilidad[171].

[167] Aunque RADBRUCH va más allá de las premisas gnoseológicas del neokantismo al admitir que no sólo la *"Idee"* influye en el *"Stoff"*, sino también lo contrario. *"Idee"* y *"Stoff"* se encuentran en una relación dialéctica. Ver C. ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, en *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 260; Arthur KAUFMANN-W. HASSEMER, *Grundprobleme*, cit., p. 61.

[168] Así la llama H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 22 y siguientes.

[168 bis] Gracias a HEGLER, primero, y a M. E. MAYER y MEZGER, después: cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, cit., p. 273.

[169] Ver H. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. esp. y notas de J. CEREZO MIR, Barcelona, 1964, ps. 62 y siguientes.

[170] Defendiendo todavía la posición neoclásica, ver G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, cit., I, ps. 309 y siguientes.

[171] Señala la contradicción J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., p. 31.

Estas contradicciones obedecen al carácter meramente "complementario", en el sentido más arriba indicado, con que el neokantismo se presenta frente al positivismo. En la dogmática penal ello significó que no se quiso derrumbar el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de VON LISZT y BELING, sino sólo introducir *correcciones* en el mismo. Es por ello que el concepto neoclásico de delito aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores.

El concepto causal de acción, la separación de antijuridicidad y culpabilidad como las *partes* objetiva y subjetiva del hecho, respectivamente, la permanencia del dolo, de la culpa y del caso fortuito en la culpabilidad, son continuación del planteamiento naturalista, que ve en la causalidad el factor esencial de la acción porque ese es el punto de vista de la observación empírica, y divide el hecho en parte objetiva y parte subjetiva porque ésta es la división que a primera vista aparece ante la percepción sensorial.

Fruto de la introducción de la metodología referida a valores fueron, en cambio: La concepción de la *acción* como referida a valor –como "comportamiento humano"–, a través de la cual se quiso aprehender el sentido de la omisión y de acciones como la de injuriar, en las que lo esencial no es la causalidad sino factores normativos (la omisión no se explicaba, como pretendió BELING, naturalísticamente, como "contención de los nervios motores": faltaba la referencia a la "acción esperada"; y la injuria no consistía en las manifestaciones sensitivas o visuales, sino en su significado valorativo de ofensa)[172]; el paso de una concepción del *tipo* como neutro al valor (BELING) a un tipo entendido como vehículo formal de expresión del juicio de desvalor propio de la antijuridicidad, esto es, como "tipo de injusto", o como "antijuridicidad tipificada"[173]; la comprensión de *antijuridicidad* y *culpabilidad* como los dos juicios de valor esenciales en la teoría del delito, como dañosidad social y como reprochabilidad por la motivación contraria a la norma, respectivamente[174]; el descubrimiento de la existencia de *elementos*

[172] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 157; E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, ps. 188 y ss. No puede, por ello, compartirse la apreciación de WELZEL, seguida por CÓRDOBA, de que el neokantismo siguió manejando un concepto de acción *idéntico* al naturalista de VON LISZT y BELING: ver J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., ps. 20 y 23.

[173] Ver E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, ps. 362 y siguientes.

[174] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 158 y siguiente.

*subjetivos en el injusto*, consecuencia de la esencia valorativa de la antijuridicidad –el juicio de desvalor no puede formularse a veces si no concurren elementos subjetivos como el ánimo de lucro en el hurto o la intención lasciva en los abusos deshonestos[175].

El giro de un método naturalístico a un método valorativo había roto, en el fondo, la coherencia de la concepción de VON LISZT y BELING, cuyas bases se querían, no obstante, mantener en pie. Como señala ROXIN, la sistemática naturalista obedecía a un criterio de clasificación basado, en terminología de RADBRUCH, no en la *Idee*, sino en el *Stoff*[176], esto es, no en el valor, sino en el ser naturalístico. Al introducir en un tal esquema la referencia al valor –a la *Idee*–, se vinieron a forzar sus posibilidades originarias y a contradecir sus postulados. ¿Cómo podía seguirse manteniendo un concepto causal de acción cuando a la luz de su contemplación valorativa se reconocía que su esencia era la finalidad?[177]. Y sobre todo, ¿no era contradictorio seguir manteniendo la división del delito en *partes naturalísticas*, objetiva y subjetiva, una vez que se afirmaba que la diferencia material entre antijuridicidad y culpabilidad no era naturalística, sino valorativa, y se encontraba en ser, respectivamente, juicios de desvalor sobre el *hecho* (¡todo el hecho!) y sobre la *formación de la voluntad*?

La superación de estas contradicciones hubiese sido, probablemente –contra lo que opina WELZEL–, posible incluso a partir de las ropias premisas metodológicas del neokantismo. En el fondo, responden a una insuficiente revisión de las bases tradicionales a la luz de la idea de valor. No se consiguió llevar hasta el final la comprensión y ordenación de las categorías del delito con arreglo a una coherente simbiosis de valor y realidad, en que las categorías valorativas, siquiera concebidas subjetivamente, "informasen" totalmente, presidiéndola, la realidad naturalística. Lo impidió la subsistencia de la visión científico-natural propia del positivismo junto a la nueva perspectiva de las ciencias culturales. Así, por ejemplo, el concepto causal de acción no era una imposición de la realidad

[175] Escribe E. MEZGER: "Aunque en principio el injusto representa una lesión de intereses objetiva, ello no significa que esta lesión pueda determinarse siempre con independencia de la dirección 'subjetiva' de la voluntad" (*Die subjektiven Unrechtselemente*, en "Gerichtssaal", t. 89, p. 259). Ver J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., ps. 22 y siguientes.

[176] Ver C. ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., p. 261.

[177] Así, sin embargo, E. MEZGER, *Tratado*, cit., I, p. 191. Nota.

naturalística en sí misma, pues para los neokantianos la realidad carece de toda forma, por lo que la "causalidad" no se encuentra en la acción, sino que ya es una categoría del entendimiento humano. Lo que ocurre es que tal categoría caracteriza al conocimiento científico-natural de la acción. Al seguir anclado en un concepto causal de acción, el neokantismo venía a vulnerar su propio punto de partida metódico: la independencia de las categorías de las ciencias naturales y las espirituales.

Para superar estas contradicciones metodológicas no le era, a mi juicio, necesario al neokantismo abandonar sus bases epistemológicas subjetivistas.

Con esto me separo de la crítica de WELZEL al neokantismo[178], que consideraba las contradicciones del concepto neoclásico de delito consecuencia de su metodología subjetivista, a superar, según él, por un giro hacia una concepción ontologicista y material de los valores. Más abajo habrá ocasión de examinar esta concepción metodológica propugnada por WELZEL. Ahora baste añadir a lo dicho que el subjetivismo neokantiano pudo influir en el mantenimiento de las contradicciones neoclásicas *solamente* en forma indirecta: a saber, por la actitud relativista que iba unida al neokantismo. Tal relativismo no justificaba abandonar el postulado neokantiano de separación de ciencias del espíritu y ciencias de la naturaleza –como ya se ha visto que se hizo–, pero indirectamente posibilitaba una actitud general de tolerancia frente al señalado dualismo de metodología naturalista y valorativa. Una vez admitido el dualismo de realidad amorfa y significado de valor, no repelía el dualismo de naturalismo y valoración, que no era difícil confundir –como WELZEL– con el primero.

Pero la crítica de WELZEL acierta en su punto de partida: el concepto de realidad neokantiano coincide con el positivista. Por lo menos, es seguro que ello es exacto, si se toma como ejemplo positivista a VON LISZT. Como se vio más arriba, este autor defiende el positivismo en base a la crítica de la razón pura de KANT[179]. La diferencia estriba en las distintas categorías *a priori* (valorativas) que el neokantismo atribuye a las ciencias del espíritu. Pero la coincidencia en cuanto al concepto de realidad hace que el neokantismo limite, como el positivismo, el objeto de la ciencia del derecho pe-

[178] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., ps. 20, 34 y siguiente.

[179] Cfr., por ejemplo, F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methoden*, cit., p. 297.

nal al *derecho positivo*[180]. Sólo él constituye un dato de la experiencia empírica, único modo *científico* –he aquí la común herencia de KANT– de acceder a la realidad. Los neokantianos suscribirían aquí el planteamiento de VON LISZT: más allá de la realidad empírica y, por tanto, más allá del derecho positivo, cabe sólo la "creencia", ámbito de la filosofía, pero no de la ciencia[181].

4. *El método del finalismo.*

Aunque la plenitud de las consecuencias del finalismo para la teoría del delito no tuvo lugar hasta 1939, en el artículo de WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*[182], y hasta después de la Segunda Guerra Mundial no pasa al primer plano de la atención de la ciencia jurídico-penal, las bases metodológicas de este movimiento las fijó WELZEL ya en 1930, en su artículo *Kausalität und Handlung*[183] y las precisó y desarrolló en 1932, en *Über Wertungen im Strafrecht*[184], y en 1935, en su famosa monografía *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*[185]. Aparece, en lo metódico, como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo. Por ello, estimo preferible estudiar el finalismo a continuación de esa otra dirección metodológica, antes de hacer referencia al movimiento ideológico que acompañó los tiempos del nacional-socialismo, reflejado en lo penal en la llamada escuela de Kiel. Abona esta decisión sistemática otra razón, no de menor importancia: mientras que la escuela de Kiel corrió la misma suerte del régimen político a que respondía, desapareciendo con él sin continuidad alguna, el finalismo representa el enlace de la metodología neokantiana con nuestros días. Hoy la escuela de kiel se halla totalmente abandonada y carece por completo de interés, salvo como admonición de lo que debe evitar nuestra ciencia. En cambio,

[180] Así, H. WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 197.

[181] Cfr. F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methoden*, cit., p. 297.

[182] H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1939, t. 58, ps. 491 y siguientes.

[183] H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1930, t. 51, ps. 703 y siguientes.

[184] H. WELZEL, *Über Wertungen im Strafrecht*, en "Gerichtssaal", t. 103, ps. 340 y siguientes.

[185] H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim, Berlín, Leipzig, 1935.

el finalismo ha planteado una polémica de tal alcance, que su eco resuena todavía en el centro de la actual dogmática jurídico-penal. Nada se echa a faltar en las líneas generales de la evolución que conduce al actual estado de la teoría del delito si se suprime mentalmente el vergonzoso paréntesis irracionalista del nacionalsocialismo. Por el contrario, del mismo modo que no cabría comprender la problemática que en nuestros días tiene planteada la teoría del delito si se ocultase su origen naturalístico en VON LISZT y BELING o su desarrollo neokantiano, igualmente resultarían inexplicables la inmensa mayoría de los manuales alemanes más recientes[186] y buena parte de la bibliografía que hasta ahora ha venido provocando la discusión sistemática, si no se tuviese en cuenta el finalismo.

El finalismo de WELZEL aparece por primera vez (en 1930) cuando el neokantismo domina la metodología jurídico-penal. Recuérdese que una de las obras básicas de esta dirección es la de SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung in Strafrecht*, que data precisamente de 1930[187]. Sin embargo, el finalismo representa un movimiento posterior tanto en la historia general de las ideas como en la evolución de nuestra ciencia. Surge como respuesta al neokantismo y sus resultados en las dogmáticas jurídico-penal se extraen –como se ha visto– más adelante, a partir de 1939. Importa

[186] Aparte del tratado de WELZEL, 11ª ed., 1969, y el de STRATENWERTH, 1971, acogen esencialmente su sistemática el tratado de JESCHECK (2ª ed., 1972), el manual de WESSELS (5ª ed., 1975), el de OTTO (1976), el de BOCKELMANN (2ª ed., 1975) e incluso el *Studienbuch*, de MEZGER-BLEI, en su última edición a cargo de BLEI (16ª ed., 1975). El tratado de SCHMIDHÄUSER, 2ª ed., 1975, sigue una sistematización original que pretende una síntesis de causalismo y finalismo. Sólo el tratado de BAUMANN (7ª ed., 1975) sigue fiel a la dogmática causalista.

[187] Pero la obra de SCHWINGE no *inicia* la introducción del neokantismo en el derecho penal. Aparte de la obra de GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, de 1926, lo prueba que las ideas de RADBRUCH, SAUER y M. E. MAYER sean muy anteriores y que en la teoría del delito se reflejase la metodología valorativa también con anterioridad: piénsese en la concepción normativa de la culpabilidad, iniciada ya en 1907 por FRANK y desarrollada por BELING en 1910 y, sobre todo, por GOLDSCHMIDT en 1913 y FREUDENTHAL en 1922. Más bien cabe pensar, pues, que la monografía de SCHWINGE viene a culminar en forma sistemática el proceso de influencia del neokantismo, hasta entonces a menudo fragmentaria. La exposición explícita y acabada de la metodología neokantiana en la obra de SCHWINGE propició la revisión radical de sus bases. En efecto, en el artículo de WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, 1930, ya citado, parece que la reciente aparición del libro de SCHWINGE constituye uno de los motivos que justifican la *ocasión* de la respuesta de WELZEL: ver p. 27.

ahora explicar en qué sentido el finalismo se presenta como superación del neokantismo.

La metodología neokantiana era *subjetivista*, en el sentido de que partía de la premisa de que el conocimiento científico, ya sea propio de las ciencias de la naturaleza, ya de las ciencias del espíritu, se halla condicionado por categorías *a priori* de la mente del sujeto. Más arriba he insistido en este punto fundamental: para el neokantismo el conocimiento científico es una síntesis de "materia", suministrada por la experiencia, y "forma", aportada por las categorías mentales. La realidad fenoménica desordenada y amorfa constituye la "materia" de todo conocimiento científico, tanto para las ciencias naturales como para las culturales. La diferencia entre ambas clases de ciencias radica, pues, no en su *objeto*, sino en las distintas categorías subjetivas *a priori* que se aplican a un mismo objeto. En este sentido se dice que, según esta concepción, no es el objeto, sino el método, lo que diferencia las diversas clases de conocimiento científico. La consecuencia es que los *valores* no residen en el objeto mismo (libre al valor por amorfo), sino que constituyen el resultado de la aplicación a él de las categorías *a priori* del sujeto: los valores no provienen del objeto, sino del método, y, lo que es más importante, no son objetivos, sino subjetivos. Por esta vía, el subjetivismo epistemológico neokantiano llevó al *relativismo* (gnoseológico) *valorativo*, tan fervientemente defendido antes de la Segunda Guerra Mundial por RADBRUCH.

El subjetivismo metodológico y el relativismo valorativo constituyeron los dos puntos que centraron la crítica de WELZEL al neokantismo. Aunque ambos aspectos, por ser uno consecuencia del otro, se hallan íntimamente vinculados en el pensamiento de ese autor, podrían, acaso, reputarse las bases sobre cuya crítica se levantan, respectivamente, su dogmática jurídico-penal y su filosofía del derecho. El paso del subjetivismo al objetivismo constituye el fundamento metódico de la teoría del delito desarrollada por el finalismo. La sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de "verdades eternas" y de "estructuras lógico-objetivas" es la clave de bóveda de la filosofía jurídica de WELZEL. Pero el abandono del subjetivismo gnoseológico neokantiano es, al mismo tiempo, el primer presupuesto de la filosofía antologista de ese autor, por lo que tal giro metodológico es, como suele suceder, un factor previo que condiciona su total construcción.

La importancia de la metodología en la dogmática jurídico-penal fue destacada ya en 1930 por WELZEL en un trabajo que de-

dicó a la trascendencia de la filosofía para el derecho penal. En él empieza por afirmar que el análisis del objeto del derecho penal viene presidido por exigencias metodológicas, y no viceversa[188]. Significa, más en concreto, que el análisis welzeliano de la acción –como objeto del derecho penal– fue consecuencia del punto de partida metódico. La acción final no es, pues, contra lo que pudiera pensarse, la base última de la doctrina de WELZEL: no es más que *una* de las *consecuencias* de su metodología ontologista en la dogmática jurídico-penal. El mismo planteamiento metodológico se refleja, como se ha visto, en una determinada concepción iusfilosófica que pretende superar el positivismo jurídico.

Pero es más: la doctrina final de la acción no es la única manifestación de la metodología finalista. Es éste un aspecto poco estudiado en que es preciso insistir. Junto a la finalidad de la acción, la concepción de la esencia de la culpabilidad como reprochabilidad por haber podido el autor del injusto actuar de otro modo (la célebre fórmula del *Anders-Handeln-Können*) constituye el segundo pilar de la teoría del delito de WELZEL[189]. Pues bien: el "poder actuar de otra forma" constituye para ese autor una "estructura lógico-objetiva" anclada en la esencia del hombre, como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido[190]. En otras palabras, se trata, tanto como en la acción final, de una consecuencia de la metodología ontologista de WELZEL de importancia capital para la teoría del delito. Tanto las "leyes de la estructura de la acción" como los "principios de la culpabilidad" "son independientes de las cambiantes modalidades de acción y constituyen las componentes permanentes (*die bleibenden Bestandteile*) del derecho penal" (...). "Con ello nos hallamos en el auténtico núcleo de la teoería de la acción final ..."[191].

El *finalismo* no es, pues, solamente una doctrina de la acción, ni tampoco de la sistemática de los caracteres del delito. El finalismo es algo más: un reflejo en la dogmática jurídico-penal de una actitud epistemológica. Esto explica que no sea lícito afirmar,

[188] Ver H. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, publicado originariamente en "Kölner Universitäts-Zeitung", 12º año, 1930, nº 9, ps. 5 y ss., y más adelante como anexo al trabajo del mismo autor *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, ps. 17 y siguiente.

[189] Ver H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 1969, ps. 142 y siguientes.

[190] Ver H. WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., ps. 33, 253 y 257. Del mismo autor, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, cit., ps. 20 y siguiente.

[191] Cfr. H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, cit., p. 21.

como a veces se ha hecho, que todo aquel que incluye el dolo en el tipo es, por esto solo, "finalista", de la misma forma que, como es evidente, no basta reconocer el carácter "final" de la acción para poder recibir aquél calificativo.

Esto último puede servir de ayuda para penetrar en la concepción metódica del finalismo, distinguiéndola de posiciones distintas.

Uno de los representantes máximos del causalismo es, sin duda, MEZGER, quien ha levantado sobre esta base uno de los sistemas más acabados. Pese a ello, en su *Grundriss* se mostró decididamente favorable al concepto final de acción: "También el origen de la acción yace en este mundo de los valores y de las consideraciones finalistas; y dicho origen crea así un *concepto final de la acción*. No el suceder externo, no el hacer y el dejar hacer exteriores fundamentan la esencia propia del concepto de acción. Dicha esencia consiste más bien en el hecho de que aquel hacer y dejar hacer son uno y otro conductas enderezadas a una meta, a un fin, y como tales "animadas, impulsadas por la voluntad"[192]. Es evidente que MEZGER viene a coincidir con el concepto de acción del finalismo y, sin embargo, no cabe ninguna duda de que no es "finalista". ¿Qué es lo que diferencia a MEZGER del finalismo? No la concepción final de la acción, sino las premisas metodológicas. MEZGER es neokantiano, lo que supone que parte del dualismo gnoseológico de "materia" desordenada y "forma" suministrada por el sujeto. Ello hace –creo que infundadamente, como expliqué más arriba– que considere al legislador *desvinculado* del concepto final ontológico: la finalidad no es para MEZGER una cualidad radicada *en el ser* –amorfo–, sino atribuida por las categorías mentales del hombre, por lo cual no cree poder vincular al legislador a la esencia ("naturaleza de la cosa") de la acción. Es el mismo planteamiento metódico que sirve a MEZGER de base para negar que el hecho de que en la tentativa la resolución de consumar el delito pertenezca al injusto obligue a deducir que también en el delito consumado el dolo pertenece al tipo: el legislador es libre de resolver en sentido distinto el contenido del injusto de ambos supuestos, porque no se halla vinculado por la naturaleza (ontológica y prejurídica) de las cosas[193].

[192] Cfr. E. MEZGER, *Tratado*, cit., p. 191, nota.

[193] Sobre el argumento de la tentativa y del significado metodológico de la posición de MEZGER frente a él, ver H. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., ps. 65 y s., en especial la nota 15 de J. CEREZO MIR, ps. 64 y siguiente.

Las premisas metodológicas del finalismo son distintas. Si los neokantianos elevaron a máxima fundamental el principio según el cual el método, y no el objeto, determina el conocimiento, WELZEL invierte el planteamiento: el objeto determina el método. La tesis contraria de los neokantianos es, para WELZEL, inexacta incluso desde una correcta interpretación de la epistemología kantiana. Según entiende WELZEL, los neokantianos creen que las cosas son como aparecen frente a cada uno de *nosotros*, verdaderos creadores de la forma en que se nos presentan los objetos que conocemos. Con ello tergiversan el pensamiento de KANT. Cuando éste dice que el *entendimiento* prescribe a las cosas sus leyes, no se refiere, según WELZEL, a nuestro entendimiento *humano*, sino al entendimiento *puro*. Las categorías no son formas de "nuestro" conocer, "puntos de vista", *Denk-Brillen*, sino condiciones *a priori*, esto es, puramente *lógicas*, de la posibilidad de los objetos de la experiencia: "no dicen nada sobre la índole (*Art*) de nuestra contemplación, sino sobre la naturaleza (*Artung*) objetiva (legalidad) de los objetos"[194]. Para decirlo en una frase: WELZEL entiende que las categorías *a priori* no son *subjetivas*, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino *objetivas* para toda mente inteligente.

Esta interpretación no podía ofrecer problemas cuando el esquema categorial de KANT se aplicaba sólo –como en la crítica kantiana– al conocimiento de las ciencias de la naturaleza. Las categorías del entendimiento no podían concebirse más que en el sentido "objetivo" indicado, puesto que los conceptos formales de "causa", "sustancia", "realidad", existencia, etc., han de coincidir necesariamente en toda inteligencia humana, hasta el punto de que en tal hipótesis se basa todo el edificio kantiano: sólo gracias a ella puede afirmarse el carácter *científico* del conocimiento resultante de la aplicación de tales categorías a la experiencia sensible, pues la primera condición de la validez científica –en el sentido de las ciencias naturales– de un conocimiento es que no pueda depender del punto de vista particular de cada hombre[195]. Pero cuando, con el neokantismo, se aplica el método de KANT a las ciencias del espíri-

[194] Ver H. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, cit., p. 28.

[195] Sobre el indicado carácter "objetivo", en el sentido de válido para todo hombre, del conocimiento categorial de la crítica de la razón pura, ver J. VÉLEZ CORREA, *Filosofía moderna y contemporánea*, Madrid, 1965, ps. 84 a 86. Para KANT, escribe en la página 84, "la conciencia no es un 'yo' que se percibe a sí misma en la experiencia, como sustancia real pensante, a la manera del 'pienso' cartesiano, sino que es *condición noética* . . ., o sea, un nexo de validez lógica . . .".

tu[196], las categorías del tipo de conocimiento de esta otra clase de ciencias no podían ser tan "objetivas" como las que regían el conocimiento científico natural. El concepto de derecho de STAMMLER –"voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable"–[196 bis], pongo por caso, no era ni mucho menos indiscutible. Los valores más concretos que los neokantianos deducen de la observación del derecho a la luz de lo que consideran conceptos jurídicos *a priori* son todavía mucho más "subjetivos". No en vano la crítica kantiana dejó a salvo sólo el carácter "científico" –"objetivo"– del conocimiento científico-natural. La aplicación de sus principios más allá de esta esfera traiciona su pretensión de validez "objetiva". Se pasa del conocimiento de la razón "pura" al de la concreta razón empírica de cada hombre.

WELZEL repudia el giro subjetivista operado por el neokantismo aplicado a la ciencia del derecho. Pero lo dicho muestra que tal oposición no ha de entenderse dirigida a KANT sino sólo a su interpretación subjetivista. Me atrevo a pensar que ello puede contribuir a explicar que WELZEL se esfuerce en rechazar la interpretación de su giro objetivista como una consecuencia de la ontología de HARTMANN: Podría verse en el interés de WELZEL en negar su adscripción a HARTMANN –con mayor fuerza aun a "la ontología de la antigua *metafísica* (precrítica)"– cierta aceptación de las premisas del criticismo kantiano. Así parece confirmarlo el que insista en que HARTMANN era considerado en 1920 un neokantiano, lo mismo que HÖNIGSWALD –de quien dice haber tomado las ideas originarias, como se verá más adelante–. Más aun, el que para "defenderse" de la acusación de ontologismo acrítico traiga a colación "el principio supremo de todos los juicios sintéticos" de KANT, de que "las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia" (parágrafo 24 de la *Crítica de la razón pura*), para afirmar a conti-

[196] Ello sin contar con que incluso las propias premisas del neokantismo logicista de un COHEN o de un NOTARP (escuela de Marburgo), que no se refieren a las ciencias del espíritu, suponen ya una interpretación subjetivista de KANT, al identificar "el conocimiento con su objeto, la conciencia con el noúmeno", y al concebir el pensamiento como "producción": ver J. VÉLEZ CORREA, *Filosofía*, cit., ps. 217 y ss. La diferencia entre el neokantismo logicista y el valorativo de la escuela sudoccidental alemana es que al no acudir a ideas de valor, inevitablemente discutibles desde distintos puntos de vista axiológicos, el subjetivismo (logicista) del primero no restaba "validez objetiva" al conocimiento.

[196 bis] Cfr. R. STAMMLER, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. esp. de W. ROCES, México, 1974, p. 117.

nuación: "*De él se deduce* que las categorías del *conocimiento* son también categorías del *ser*, es decir ... *ontológicas*"[196 ter]. Por último, a un ascendiente kantiano podría obedecer la denominación de "estructuras *lógico*-objetivas", con que designa las estructuras del ser. De otro modo, le hubiese bastado llamarlas "estructuras objetivas".

Ya se ha anticipado varias veces que frente al subjetivismo metodológico de los juristas neokantianos WELZEL opone la necesidad de volver a una epistemología objetivista. El conocimiento no puede entenderse como configuración de un objeto por el modo en que lo contemplamos. Tal conocimiento dejaría de ser tal, para convertirse en una "transformación" (*Umänderung*) y, por tanto, en una "falsificación" de lo objetivamente dado. Conocer sólo puede ser comprensión del objeto *tal como es*. Ello tiene como consecuencia que el objeto del conocimiento propio de cada ciencia es siempre el mismo y no varía según la clase de "formalización" operada por el método respectivo. Lo que ocurre es que cada ciencia considera *aspectos* particulares de un mismo objeto. Las diversas ciencias no "informan" de distinto modo una "materia" sino que, por el contrario, cada una abstrae aspectos específicos del objeto definitivamente "formado". Ésta es la razón por la que los resultados de una ciencia no pueden contradecir los obtenidos en otra: "sólo hay una verdad, y lo que es cierto en una ciencia ha de encontrar también en las otras su lugar"[197].

WELZEL resume lo anterior con estas palabras: "Con ello se viene a rechazar la tesis de la 'función del método de configuración de la materia'. *No ha de determinarse el objeto según el método, sino el método según el objeto*. Ciertamente, hay distintos métodos, pero no 'configuran' un mismo 'material' amorfo, sino que se refieren a distintos 'aspectos' del objeto. En ningún caso nos es dado algo 'amorfo' que requiera ser configurado ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto lo que primero es 'amorfo' y paulatinamente se 'configura' "[198].

La autonomía de las ciencias del espíritu respecto de las naturales no se basa, pues, para WELZEL, en un distinto método, sino en su objeto o en distintos aspectos de un objeto común. Tal premisa le sirve de base para afirmar que, mientras las ciencias naturales contemplan la realidad en su aspecto *causal*, la ciencia del

[196 ter] Ver H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 13.
[197] Cfr. H. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, cit., ps. 28 y siguiente.
[198] Ibídem, p. 29.

derecho, como la moderna psicología, se refiere a acciones humanas, en cuanto caracterizadas no por la causalidad sino por la "intencionalidad" o, como diría más adelante, la "finalidad". Con ello viene a postular la ciencia del derecho penal la necesidad de distinguir dos órdenes de lo real (no de la mente humana): el "orden del suceder" (*Ordnung des Geschehens*) y el "orden del pensar" (*Ordnung des Meinens*). La distinción procede del filósofo Richard HÖNIGSWALD (*Grundlagen der Denkpsychologie*) y vino a recoger el nuevo planteamiento que de la psicología se hizo en la década de los años veinte, que determinó la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones, y el descubrimiento de la conexión no mecánica, sino ajustada a sentido, de los procesos anímicos[199].

La más importante conclusión que WELZEL deduce de la asignación del derecho penal del "orden del pensar" es el *carácter final de la acción*. La dogmática jurídico-penal se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, pero se interesa por un aspecto distinto de ella: mientras que a las ciencias naturales importa la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales (como hecho "natural"), la ciencia jurídico-penal aborda la acción en su especificidad espiritual, esto es, como definida por la idea de finalidad conforme a sentido, por la "conciencia de sentido" (*Sinnbewusstheit*)[200]. El concepto naturalístico de acción, como proceso causal, no sirve, pues, a la dogmática jurídico-penal, que ha de partir de un concepto *distinto* de acción. Pero tal dualidad de conceptos no proviene de un distinto *método* de ambas ciencias, sino de diversos *aspectos ubicados en el ser de la acción*. La acción *es* causal y *es* final *siempre*. Lo que ocurre es que las ciencias naturales la contemplan en el primer aspecto y la dogmática jurídico-penal –como la psicología– en el segundo. Esto es lo que permite a WELZEL afirmar que la acción final es un concepto *prejurídico*[201], una "estructura lógico-objetiva"[202].

[199] Así lo ha destacado en 1960 el propio WELZEL en el Prólogo a la cuarta edición de *Das neue Bild des Strafrechtssystems*: ver la trad. esp. de CEREZO, cit., p. 12.

[200] Ver H. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, cit., p. 30; *Das deutsche Strafrecht*, cit., ps. 30 y ss.; *El nuevo sistema*, cit., ps. 25 y ss. Sobre la finalidad como anticipación mental de *sentido*, respondiendo a la crítica de ROXIN, ver H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, cit., p. 7.

[201] Ya en H. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, cit., p. 30.

[202] Ver H. WELZEL, *Introducción*, cit., p. 257; *El nuevo sistema*, cit., p. 14. Sobre las "estructuras lógico-objetivas", ver J. CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su*

La segunda consecuencia del enfoque metódico de WELZEL está íntimamente relacionada con la anterior, hasta el punto de apoyarse sobre la base de la "finalidad con arreglo a sentido" como característica de los fenómenos anímicos. Se trata de la *autodeterminación conforme a sentido*, único presupuesto del sentido ético de la culpabilidad. El hecho de que las acciones no sean un producto causal-mecánico, sino que respondan a la comprensión por el sujeto del *significado* de las posibles metas, constituye, como la acción final en que se basa, un concepto *prejurídico*, una estructura lógico-objetiva que condiciona la posibilidad de la culpabilidad[203]. Adviértase que esta conclusión proviene del mismo presupuesto de la acción final: la consideración de la acción humana no como integrante del "orden del suceder" naturalístico-causal, sino del "orden del pensar" regido por la comprensión del sentido. De ahí extrae WELZEL los dos pilares –finalidad y autodeterminación según el sentido– de su teoría del delito.

No es aquí el lugar oportuno para entrar a analizar los conceptos de acción final y de culpabilidad en la construcción de WELZEL, pues nuestro objeto se agota en la contemplación de sus bases *metodológicas*. Con mucha mayor razón escapará a estas líneas el examen, siquiera somero, de la teoría del delito del finalismo[204]. Aquí importa, en cambio, esclarecer la trascendencia metodológica de las "estructuras lógico-objetivas". WELZEL no se limita a afirmar contra el subjetivismo neokantiano que tales estructuras residen *en las cosas*, y no en nuestra mente. Su significado va más allá: vinculan al legislador y, por supuesto, a la dogmática[205].

He aquí el postulado finalista de mayor trascendencia metodológica: la dogmática jurídico-penal deberá contar siempre con

---

*relevancia jurídica*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1961, p. 86.

[203] Ver ya H. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, cit., ps. 30 y s.; *Introducción*, cit., p. 257; *Das deutsche Strafrecht*, cit., ps. 142 y ss.; *el nuevo sistema*, cit., ps. 86 y ss.; *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, cit., ps. 14 y ss.; J. CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas*, cit., p. 87.

[204] Sobre estos aspectos, ver J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, en "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXVII, Curso 1953-54, ps. 31 y ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., ps. 47 y siguientes.

[205] El mismo WELZEL reconoce "que la afirmación de la existencia de estructuras permanentes a las que el legislador está vinculado y que no puede modificar, es una de las tesis fundamentales de la teoría final de la acción": cfr. H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, cit., p. 6.

una *limitación* que trasciende al derecho positivo, para hallarse radicado en la "naturaleza de las cosas". Deberá respetar en la interpretación y en la construcción del sistema las exigencias impuestas por las estructuras lógico-objetivas. El planteamiento es, dentro de la evolución del dilema positivismo-iusnaturalismo, sin duda original. No se quiere abandonar el terreno del derecho positivo, pero se remite a exigencias anteriores a él. Se consigue vinculando al legislador a los mismos postulados que a la dogmática: las estructuras lógico-objetivas vinculan a ambos. De este modo la dogmática no podrá, por el hecho de respetar estas estructuras, contradecir el derecho positivo, pues ha de partirse de la hipótesis de que también éste las respeta.

Pero ¿en qué sentido y hasta qué punto vinculan al legislador las estructuras lógico-objetivas de la finalidad y la autodeterminación conforme a sentido? En 1932, en su trabajo *Über Wertungen im Strafrecht*[206] escribía WELZEL: "El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar vinculándoles consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden sólo "reflejar" este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los "reflejos" lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce, para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo . . . pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones"[207].

Lo anterior puede resumirse en una frase: el legislador es libre en la elección de las acciones punibles, pero no en cuanto a la estructura final de la acción ni sobre la autodeterminación del hombre conforme a sentido[208]. El legislador puede decidir con libertad

[206] H. WELZEL, *Über Wertungen im Strafrecht*, en "Gerichtssaal", 1932, t. 103, ps. 340 y siguientes.

[207] Cfr. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., ps. 13 y siguiente.

[208] No obstante, respecto a lo segundo WELZEL se muestra mucho mas prudente: ver H. WELZEL, *Vom Bleibenden*, cit., ps. 8 y 16.

la incriminación del aborto, pero no ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y a los seis meses den a luz niños viables[209]. Del mismo modo, tampoco puede ordenar ni prohibir meros procesos causales no conducidos finalmente. "De este hecho –a mi juicio– difícilmente discutible, se deriva todo lo demás por sí mismo"[210]: la necesidad de colocación sistemática del dolo en el tipo se deriva de la estructura lógico-objetiva de la finalidad del actuar humano. Si la acción es final y el legislador sólo puede prohibir –u ordenar– acciones finales, la finalidad deberá formar parte del objeto de la prohibición o mandato jurídico-penal, esto es, del tipo de injusto. En palabras de WELZEL: "El substrato de la regulación del derecho es desconocido completamente, si se considera 'primero' a la acción como un proceso causal ciego y se añade sólo *después* (en la culpabilidad) la *voluntad*, donde ésta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un 'reflejo', pero no puede ser ya un factor configurante de la acción"[211].

## 5. *El irracionalismo de la escuela de Kiel.*

Al finalismo no debe asociarse en absoluto la llamada escuela de Kiel, defensora de lo que se conoce con el nombre de *Willensstrafrecht* (derecho penal de la voluntad). De común tienen la introducción del dolo en el tipo de injusto, pero tal conclusión deriva de presupuestos metodológicos bien distintos en las dos direcciones. Ya he señalado más arriba que el finalismo es más que una teoría del delito. Por lo demás, aquí importan los contenidos metodológicos y no las posiciones dogmáticas particulares. Desde este punto de vista, el finalismo y la escuela de Kiel constituyen tendencias metodológicas claramente diferenciadas.

Antes de precisar en qué consisten tales diferencias debe adelantarse que las mismas no son *ideológicamente* fortuitas, sino que reflejan concepciones políticas diversas. Si la escuela de Kiel representó el intento de teorización de un derecho penal nacional-socialista, el finalismo nada tiene que ver, ni en sus orígenes ni en su desarrollo ulterior, con esa ideología totalitaria. Al contrario, la apelación a las "estructuras lógico-objetivas", como a otros crite-

[209] H. WELZEL, *Introducción*, cit., p. 257.
[210] Cfr. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 14.
[211] Cfr. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 15.

rios *prejurídicos*, ha pretendido principalmente, en el pensamiento de WELZEL, servir de *límite al legislador* que evitase el abuso que del derecho hizo el régimen nazi. El finalismo se presenta como superación del positivismo jurídico que –según la célebre frase de RADBRUCH que, después de vivir los acontecimientos políticos de la Alemania de Hitler, sin duda hubiese preferido no haber escrito–, está dispuesto a "entregar la dirección del Estado a *toda* concepción política capaz de alcanzar la mayoría"[212].

La escuela de Kiel, en cambio, vino a elevar a pretensiones científicas los principios del derecho *positivo* nacional-socialista. El *Willensstrafrecht* fue una dirección íntimamente unida a esa ideología política: nació con ella y desapareció con su derrota. No pretendió nunca, por su propia naturaleza, sujetar al legislador a principios materiales anteriores a él. Fue una tendencia limitada al derecho positivo. Lo reconoce expresamente DAHM –junto con SCHAFFSTEIN máximo representante de la escuela– al rechazar la interpretación de SCHWINGE y ZIMMERL, que en su trabajo crítico *Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken in Strafrecht*, dirigido a combatir la dirección de Kiel, considera a ésta una consecuencia de la fenomenología de HUSSERL. Para demostrar que eso es equivocado, DAHM destaca, entre otras razones, que su escuela se ocupa del derecho positivo a diferencia de la fenomenología jurídica de un REINACH, que desvincula los conceptos jurídicos de su vigencia empírica efectiva[213].

El rechazo de la influencia de la fenomenología por parte de DAHM confirma, en otro aspecto, las diferencias que separan los métodos respectivos del finalismo y de la dirección de Kiel. Es sabido, en efecto, que suele considerarse a WELZEL seguidor del método fenomenológico, sobre todo en la versión ontologista de HARTMANN[214]. Aunque en 1960 el propio WELZEL negó una vinculación literal con la ontología de ese autor, no dejó de reconocer la influencia de su *Ethik* en el concepto de acción final, hasta el punto de admitir que la sustitución que en 1935 –en *Naturalismus und*

[212] Ver H. WELZEL, *Introducción*, cit., ps. 248 y ss., en especial p. 265. La frase de RADBRUCH pertenece al Prólogo de la edición de 1932 de su *Filosofía del derecho*, citada.

[213] Ver G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en G. DAHM y F. SCHAFFSTEIN, *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlín, 1937, p. 65.

[214] En este sentido, ver, por ejemplo, J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., ps. 39 y siguientes.

*Werthphilosophie im Strafrecht*– operó del término "intencionalidad" por el de "finalidad", obedeció a la obra de Hartmann[215]. Por otra parte, en el mismo lugar se reconoce la influencia originaria de algún fenomenólogo[216].

Y las discrepancias que WELZEL alega respecto de la ontología fenomenológica de HARTMANN separan todavía más su metodología de la defendida por la dirección de Kiel. La acusación formulada por SCHWINGE y ZIMMERL, origen fenomenológico de esta segunda tendencia, se basaba en el sentido *irracionalista* de ambas corrientes –la filosófica y la jurídico-penal–. Se veía en la "intuición" fenomenológica, en la *Wesenschau* de base irracional[217], el origen de la metodología irracionalista del *Willensstrafrecht*[218]. Pues bien: si el finalismo se aparta de la fenomenología es precisamente en este punto de importancia radical. Ya expresé más arriba mi opinión de que, pese al ataque de WELZEL al neokantismo, este autor apoyó ya desde un principio, en 1930, y lo resalta en 1960 de nuevo, su concepción objetivista del conocimiento en la crítica de la razón pura de KANT. En 1960 resulta extremadamente significativo que, para demostrar que sus premisas gnoseológicas no provienen de HARTMANN, las fundamente en el pensamiento de KANT[219]. Por lo menos revela lo que aquí importa destacar: cuando WELZEL rechaza la fenomenología es para acudir a una apoyatura esencialmente *racionalista*, como es, por antonomasia, la filosofía kantiana.

En cambio, la escuela de Kiel, como la propia ideología nacional-socialista que representó, hundió sus raíces en el irracionalismo. En opinión de OLGIATI, ello se manifiesta en los aspectos siguientes: *a*) negación de la racionalidad del derecho y, en consecuencia, la necesidad de prescindir en la investigación jurídica del método conceptual; *b*) la aspiración hacia sistemas jurídicos de

[215] Ver H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., ps. 12 y siguientes.

[216] Ibídem, p. 12.

[217] Ver J. VÉLEZ, *Filosofía*, cit., ps. 318 y ss. y 439.

[218] Ver G. DAHM, *Der Methodenstreit*, cit., p. 61.

[219] Ver H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 13. Llama también la atención, tal vez como muestra de hasta qué punto tiene influjo en WELZEL la filosofía kantiana, que a la hora de tomar posición en cuanto al concepto fundamental de su filosofía del derecho, el concepto de derecho, acude a una fórmula coincidente en lo esencial con la idea de derecho de STAMMLER, el primero y más importante de los iusfilósofos de inspiración neokantiana: Si para STAMMLER es derecho el intento de realizar la justicia, para WELZEL "un orden social es sólo derecho . . ., si en él se contiene el intento de hacer realidad lo justo . . .". Cfr. H. WELZEL, *Introducción*, cit., p. 266.

fondo *emotivo*, constituidos sobre la base del sentimiento, de una visión *instintiva* e *intuitiva* y de una íntima propensión hacia el objeto, en una especie de simpatía intelectual; *c*) la búsqueda de una consideración unitaria, totalitaria, completa y concreta, del dato jurídico. En resumen, rechazo de la lógica y giro hacia la interioridad esencial de la vida. Al derecho-cadáver se opuso el derecho-vida, a la "pobreza" del concepto abstracto la densidad vital del dato concreto, irrepetible[220]. El programa era ambicioso, pero en realidad ocultaba una única finalidad: dotar de rango científico a las deleznables ideas penales del Estado de Hitler. Así –por citar ejemplos especialmente escandalosos–, la nueva metodología irracionalista sirvió para justificar la derogación del principio de legalidad operada por la admisión de la analogía *contra reo* y del "sano sentimiento popular" por el derecho penal nacional-socialista, y para sustituir el derecho penal de acto –es decir, el principio de culpabilidad por el hecho realizado– por un derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*) que vino a reclamar el castigo del *modo de ser* del sujeto[221]. Si a esto se añade la expresión solicitud de sustitución del derecho penal "liberal" por un derecho penal "autoritario", como una de las primeras banderas de la escuela de Kiel[222], se comprenderá el verdadero "significado" de su programa irracionalista.

No pretendo afirmar con esto que todo el *Willensstrafrecht* fuera rechazable. Al margen de su concreto sentido político, compartió con el ambiente de la época la atención por lo real-concreto más que por lo abstracto. Esta tendencia no fue, desde luego, iniciada ni potenciada por la dirección de Kiel, sino que, ya es sabido, constituye tal vez el signo más característico de la filosofía y del pensamiento de nuestro siglo. La filosofía moderna, desde el *cogito* de DESCARTES, había contemplado el hombre abstracto, en un proceso que culminó en KANT, donde llegó a evaporarse en forma de razón pura. En lo político y en lo jurídico el siglo XIX recogió esa herencia y se ocupó del ciudadano ideal, bajo el lema de la igualdad ante la ley y el indeterminismo. Pero esa misma centuria preparó el abandono de tal planteamiento al descubrir, por la aparición de una nueva clase –el proletariado industrial–, la realidad del

[220] Ver F. OLGIATI, *Il concetto de giuridicità nella scienza moderna del diritto*, 2ª ed., Milano, 1950, p. 449.

[221] Ver G. DAHM, *Der Methodenstreit*, cit., ps. 28 y siguientes.

[222] Ver DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933.

hombre desigual a sus semejantes y determinado por toda clase de causas. El marxismo y el positivismo naturalístico contribuyeron, sin duda, a esta nueva perspectiva. Pero la filosofía del hombre absolutamente real, esto es, como ser individual irrepetible, es propia del siglo XX. La fenomenología suministró el método, de captación de la esencia de lo concreto, y el existencialismo llevó al extremo la consideración del hombre existente, hasta preferir a su *ser* hombre –irremediablemente abstracto– su particularísimo *existir* en el tiempo.

La dirección de Kiel puso algo de la nueva forma –concreta– de ver el mundo al servicio de un ideario político la enormidad de cuyas consecuencias escapa no sólo a *toda* justificación, lo que me parece obvio, sino incluso a una mínima comprensión. Pero ello no invalida la tendencia de nuestro tiempo a lo concreto histórico. El derecho penal que tiene que ver con el hombre de carne y hueso en su concretísima situación, no puede seguir anclado en la imagen del hombre ideal del liberalismo clásico. Y, sin embargo, el derecho positivo –así, el nuestro– responde todavía a esa concepción. He aquí un camino que ha de andar la metodología jurídico-penal.

## IV. EL MÉTODO EN LA CIENCIA PENAL ESPAÑOLA

Si se ha empezado, en los apartados anteriores, por exponer la evolución metodológica de nuestra ciencia en Italia y Alemania, ha sido porque en esos países se ejemplifican, y a menudo surgen, las líneas centrales de la historia moderna del método penal. Italia ofrece la más clara expresión de los distintos *objetos* posibles de la ciencia del derecho penal: derecho natural, realidad empírica, derecho positivo. Alemania ha conocido la más acabada evolución del estudio de uno de esos objetos: la dogmática jurídico-penal, como elaboración del derecho positivo. Condicionada por factores sociales y culturales parecidos, la moderna historia de la metodología penal española muestra, en diversa medida, ambos rasgos evolutivos[223]. Como en Italia se ha discutido su objeto mismo, y

[223] Escribe J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, cit., p. 111: "En España, la ciencia del derecho penal sigue una trayectoria paralela, aunque con cierto retraso, a la que acabamos de exponer para el resto de Europa".

de Alemania han llegado en nuestro siglo las más importantes tendencias de la dogmática. Ello permite simplificar la exposición de la evolución del método penal en España, pues no hay necesidad de repetir los caracteres propios de las direcciones ya examinadas en relación a Italia o Alemania. Cuando tal coincidencia se de, ha de bastar mencionar las diferencias específicas. Pero por supuesto que habrá que considerar también corrientes caracerísticas de nuestra ciencia penal, que deberán merecer, lógicamente, detenimiento especial.

## 1. *El clasicismo en España.*

Si en Italia inicia BECCARIA la ciencia penal moderna y FEUERBACH da comienzo a la alemana, en España corresponde a LARDIZÁBAL tal función, con su *Discurso sobre las penas* en el año 1782[223 bis]. Con él tienen entrada en nuestro país las ideas reformistas de la Ilustración, y se abre una etapa que llevará hasta el Código de 1822, inspirado en gran parte en la versión utilitarista de las concepciones ilustradas propia de BENTHAM, traducido al español y comentado por Ramón SALAS. Sin duda que esta etapa se distingue de la que abre Pacheco[224], en base a las doctrinas de ROSSI, en la que se ha visto por algún autor la propia expresión del clasicismo[225]. Pero desde el punto de vista *metodológico* hay –salvo lo que ha de decirse después– una amplia unidad en ambas fases, que permite que sean incluidos bajo el denominador común del método clásico[226].

En efecto, las dos notas que caracterizaron al método propio del clasicismo en Italia y, en menor medida, en Alemania, aparecen también en aquellas dos primeras fases de la actual ciencia penal española. En cuanto a su *objeto*, no es el derecho positivo, sino el derecho dictado por la razón, entendida ésta en los térmi-

[223 bis] Ver otros antecedentes en J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, ps. 77 y siguiente.

[224] Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., ps. 33 y ss., y más claramente en *La generación española de la política criminal*, en el libro homenaje a L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1970, p. 337.

[225] Así, J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal*, cit., ps. 133 y siguientes.

[226] Extiende también a los orígenes ilustrados la calificación de clasicismo: A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, p. 75.

nos de la Ilustración y del liberalismo. En cuanto al modo de estudiar tal objeto, se parte de un método abstracto racionalista. Tal planteamiento metodológico no discrepa en lo esencial del propio de la escuela clásica italiana o de los inicios de la ciencia penal alemana. Pero tal vez pueda señalarse una diferencia de matiz no despreciable: los autores españoles tienen más en cuenta la realidad del derecho positivo.

Aunque su enfoque es puramente reformista y no de estudio del derecho vigente, ya se aprecia en la obra de LARDIZÁBAL esa mayor contemplación del derecho positivo. El objetivo de su *Discurso* era proponer la concreta reforma del derecho vigente en su época y se había basado en la observación del lamentable estado de éste. Le había procurado la ocasión para ello la misión, que le encargó el Consejo de su Majestad, de formar extractos de las leyes criminales vigentes. Ello hace a la obra de LARDIZÁBAL más "realista" que a la obra de BECCARIA, en la que ampliamente se inspiró[227]. Escribe, en este sentido, ANTÓN ONECA: "Pero profundizando la comparación se advierten diferencias impuestas por las de oficio, temperamento y país en que vivieron uno y otro autor. BECCARIA fue un pequeño filósofo de la época de las luces, sin conocimiento directo de la justicia criminal práctica, determinado a escribir por incitaciones de un cenáculo de intelectuales de Milán, y con su tono exaltado y elocuente triunfa en los salones parisienses, saturados de la filantropía del siglo. LARDIZÁBAL, historiador y magistrado, redacta su 'Discurso' después de extractar las leyes criminales vigentes a consecuencia de una misión oficial, y con una base histórica y práctica ausente de aquél"[228]. No es aquí lugar oportuno para referir el contenido del pensamiento penal de LARDIZÁBAL. Importaba solamente el método que le sirvió de base: coincide en lo esencial con el planteamiento apriorístico y dirigido a un derecho racional ideal propio del originario clasicismo italiano, pero se distingue por una mayor atención hacia el derecho positivo.

[227] Sobre la influencia de BECCARIA en LARDIZÁBAL, véase, en especial, Q. SALDAÑA, en Notas al *Tratado de derecho penal* de F. VON LISZT, cit., I, ps. 399 y s., donde establece un cuadro comparativo de la distribución sistemática de ambas obras.

[228] Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 34. A las diferencias *políticas* que separaban a LARDIZÁBAL –un "cristiano ilustrado" más conservador– de BECCARIA, se refiere J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 79.

Este rasgo diferencial se acentúa de modo esencial en momentos posteriores del clasicismo español. Los máximos representantes de las dos direcciones en que, según SÁINZ CANTERO[229], bifurca el pensamiento reformista, José MARCOS GUTIÉRREZ y PACHECO, aúnan la elucubración teórica iusnaturalista al estudio pormenorizado del derecho positivo. Son famosas, en efecto, las obras *Práctica criminal de España* (1804-1806), de MARCOS GUTIÉRREZ, y *El Código Penal, concordado y comentado* (1848-1849), de PACHECO, el más importante comentario al Código Penal de 1848. Ambas se ocupan muy en primer término de la exposición del derecho positivo.

La *Práctica criminal* de MARCOS GUTIÉRREZ, publicada como complemento del *Febrero reformado*, persigue recoger en forma ordenada la legislación vigente en materia criminal, como auxilio de quienes intervenían en la administración de justicia[230]. El *Discurso sobre los delitos y las penas*, incluido en el tercer tomo de la obra del mismo autor, se aparta, ciertamente de este objetivo, para situarse en el terreno idealista característico del reformismo ilustrado, inspirado expresamente como estaba en la obra de LARDIZÁBAL. Aunque haya podido decirse que el *Discurso* con que MARCOS GUTIÉRREZ cierra su *Práctica criminal* es "lo que en verdad hay de valioso en ella"[231], lo cierto es que no es el método apriorístico propio del mismo el único que inspira la total obra de este autor. Si se ha prestado más atención al método reformista del (*breve*) *Discurso* que al "positivista" que subyace a todo el resto de la *Práctica criminal* es, posiblemente, porque la recolección de leyes que ésta esencialmente constituía, no pasa de ordenación instrumental dirigida a la práctica, difícilmente encuadrable en la evolución metodológica de la "ciencia" del derecho penal.

Más importante poseen, en este sentido, los Comentarios de PACHECO. Aunque ANTÓN ONECA y CANDIL JIMÉNEZ han demostrado últimamente que era infundada la opinión según la cual a este autor se debió la elaboración del Código de 1848[232], de hecho se ha venido considerando durante un siglo a su obra como un

[229] Ver J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal*, cit., p. 120.

[230] Ibídem, p. 121.

[231] Así, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, p. 75.

[232] Ver J. ANTÓN ONECA, *El Código Penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1965, ps. 473 y ss.; F. CANDIL JIMÉNEZ, *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848*, en "Anuario de Derecho Penal", 1975, ps. 433 y ss., y 440 y siguiente.

comentario prácticamente auténtico. Metodológicamente la significación de los Comentarios de PACHECO se justifica en base a razones más profundas. Aparte de que no se trata ya de mera recopilación de leyes vigentes –lo que tras la codificación carecería de utilidad–, sino de propia interpretación, su carácter responde de algún modo a la dirección metódica dominante en la Francia liberal del siglo XIX: la *escuela de la exégesis*[233]. Una vez que las ideas penales liberales se habían, por fin, convertido en derecho vigente, el jurista no podía seguir limitado a la elaboración de un derecho racional ideal, por la razón de que tal derecho se creía ya realizado en el Código. El jurista debía efectuar un giro metodológico: debía interpretar el nuevo derecho positivo. Y, puesto que éste expresaba el ideal jurídico querido por el pueblo democráticamente –se decía–, la interpretación había de ajustarse al máximo a la voluntad de la ley. La escuela de la exégesis entendió esto último en una forma extremadamente literal y creyó necesario reducir el ámbito de la interpretación a la mera exégesis, precepto por precepto, párrafo a párrafo, de los códigos. El tipo de obra ideal era, según esto, el Comentario al Código. Los Comentarios de PACHECO, como los demás del siglo pasado, responden, sin duda, a este punto de partida metodológico.

Si me refiero especialmente a los Comentarios de PACHECO es por destacar lo que anuncié al principio: junto a una producción anclada en el método lógico-abtrascto referido a un derecho racional ideal, más allá del derecho positivo, en PACHECO concurre una obra dedicada al Código Penal vigente. El primer aspecto es a menudo el único en que se fija la doctrina, que tiende a incluir a este autor únicamente en el clasicismo ecléctico de ROSSI[234], y, sin embargo, es indudable que la importancia de la obra de PACHECO reside en sus Comentarios. La metodología legalista que subyace a éstos es reflejo de la influencia exegética francesa, que aparece así con más fuerza en España que en Italia o Alemania.

Confirma lo anterior que siguiera la misma línea metódica una de las más importantes direcciones jurídico-penales del siglo XIX: los Comentarios al Código Penal, de GARCÍA GOYENA, VIZMANOS,

[233] Sobre ella ver A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., I, ps. 78 y siguientes.

[234] Así, por ejemplo, J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal*, cit., p. 137; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., I, ps. 35 y s.; mismo autor, *La generación española de la política criminal*, cit., p. 337.

CASTRO OROZCO, ORTIZ DE ZÚÑIGA y, sobre todo, GROIZARD. Todos estos autores han sido incluidos, como PACHECO, entre los representantes del clasicismo español[235], pero se apartan en sus Comentarios de la más inequívoca característica del clasicismo: el método iusnaturalista.

Hay que esperar a nuestro siglo para encontrar un representante puro de la metodología clásica: Jerónimo MONTES. En su libro, *Derecho penal español*, elabora un derecho penal ideal, al estilo iusnaturalista propio del verdadero clasicismo, sobre las bases del libre albedrío y la concepción retributiva de la pena[236]. No obstante, incluso este autor acaba por afiliarse a la dogmática, al revisar bajo este punto de vista la segunda edición (de 1929) de su tratado.

El examen del clasicismo español lleva a la siguiente conclusión: es característica que lo distingue del de otros países –sobre todo Italia– el hecho de que va unido, en un curioso dualismo metodológico, a la consideración, generalmente de estricto legalismo, del derecho positivo.

## 2. *El método del correccionalismo.*

Constituye una escuela penal típicamente española[237], por mucho que proviniese de los alemanes KRAUSE, AHRENS y ROEDER[238]. Profundamente opuesta a la dirección clásica en cuanto al contenido de sus doctrinas, tiene de común con ella el método de que parte. Como el clasicismo, el correccionalismo se mueve en el terreno de lo apriorístico y persigue la elaboración de un derecho penal natural, siquiera de signo contrario al patrocinado por los clásicos.

Ya lo revela inequívocamente el título mismo de las obras que dan inicio al correccionalismo español: los *Principios de derecho natural* de F. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN y el *Resumen de filosofía*

[235] Así, J. A. SÁINZ CANTERO, ob. cit., p. 138.

[236] J. MONTES, *Derecho penal español*, 1ª ed., Madrid, 1917.

[237] Llega a escribir L. JIMÉNEZ DE ASÚA: "Creemos que la escuela penal española surge con el *correcionalismo*...": *Tratado*, cit., II, p. 135. También ps. 137 y s. Por su parte, afirmó Q. SALDAÑA que "en Europa... no hay correcionalistas, ni hubo escuela correccional; en España todos son correccionalistas": *Adiciones* al tratado de VON LISZT, cit., I, p. 448.

[238] Ibídem.

*del derecho* de los mismos autores[239]. El mismo carácter metodológico reconoce expresamente ANTÓN ONECA al primer tomo de la obra de Silvela, de moderado correccionalismo[240], al calificarlo de "tratado de derecho natural penal"[241].

Ahora bien, el específico *contenido* de la doctrina correccionalista supuso un primer paso hacia el giro metodológico del positivismo naturalista. Si bien el correccionalismo parte de un método apriorístico, como el clasicismo, al perseguir la enmienda de la voluntad –enferma– del delincuente como forma de eliminar la *causa* última del delito[242], abre el camino a la perspectiva metódica causalista, de observación de los factores reales del delito, característica del positivismo criminológico. Expresivo de la proximidad de ambos planteamientos es el siguiente pasaje de Concepción ARENAL, la más popular de los correccionalistas y, tal vez, de toda la doctrina penal española[243]: "*Estúdiense bien los antecedentes de los criminales* y se verá cómo gradualmente se van dejando vencer por las malas tentaciones, cómo se debilita la voluntad, se adormece la conciencia, y son débiles *porque* han ido cediendo y son criminales *porque* han sido débiles"[244]. Sorprende la alusión a la necesidad de observar la realidad de los delincuentes y la concepción del delito como producto de su debilidad de voluntad.

La diferencia entre el "causalismo" correccionalista y el positivista radica, sin embargo, precisamente en el distinto método empleado por ambas direcciones. A diferencia del positivismo criminológico, basado en la observación empírica, el correccionalismo llega a su planteamiento causal desde una contemplación apriorística, mucho más "filosófica" que "científico-positiva" –para hablar en términos positivistas–. Lo que en el positivismo quiere ser resultado de la aplicación a la realidad del método inductivo, en el correccionalismo es fruto de una deducción filosófica. Esto explica una de las más importantes discrepancias existentes entre los

[239] F. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN, *Principios de derecho natural*, 1873, en *Obras completas de D. F. Giner de los Ríos*, I, Madrid, 1916, y *Resumen de filosofía del derecho*, en *Obras completas*, cit., XIII y XIV.

[240] L. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, I, Madrid, 1874.

[241] Cfr. J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 37.

[242] Ver L. SILVELA, *El derecho penal*, cit., I, ps. 263 y siguientes.

[243] Esto último sostiene J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 36.

[244] C. ARENAL, *Estudios penitenciarios*, en *Obras completas*, V, Madrid, 1895, p. 145 (los destacados son míos).

contenidos de doctrina propios del correccionalismo y el positivismo: aquél no rechaza necesariamente, como éste, el libre albedrío.

3. *Correccionalismo positivista y positivismo criminológico.*

A) Pero la señalada proximidad de los postulados correccionalistas y positivistas había de permitir su unión, si se llegaba a superar su distinto arranque metodológico. Tal hizo DORADO MONTERO. Es sabido que en él confluyen las dos tendencias: El correccionalismo, aprendido en sus años de estudiante de Mariano ARÉS, profesor de metafísica en Salamanca seguidor de KRAUSE –"el último krausista", como se le ha llamado[245]– y, sobre todo, más adelante, de GINER DE LOS RÍOS[246]; y el positivismo, que descubrió en su estancia en Bolonia tras acabar su carrera[247]. Aquí importa solamente destacar que la combinación de ambas direcciones tuvo lugar en DORADO precisamente sobre la base del *método* positivista, que le llevó a esenciales posiciones del correccionalismo (salvo el libero-arbitrismo, que tenía que empezar por negar, si partía del método naturalista). Lo confirma el propio DORADO MONTERO, cuando en el porvenir ve un sistema penal basado en "la unión de la escuela correccionalista y de la positiva, la infusión del espíritu de la primera en el cúmulo no muy ordenado de datos de la segunda, el *encuadramiento del molde metafísico* y cerrado de aquélla con la sangre joven y viva, *procedente de la observación experimental* que trae ésta; o lo que es lo mismo, la síntesis experimentalista, la *conversión de lo que sólo eran, por así decirlo, intiuiciones generales de los grandes poetas de la especulación filosófica, abstracta, en construcción firmemente realista, científica, filosófico-experimental*, fundada en la

245 Ver M. BARBERO SANTOS, *Remembranza del profesor salmantino Pedro García-Dorado Montero en el 50 aniversario de la muerte*, en el libro homenaje a L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1970, p. 353; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal*, cit., p. 150; J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 88.

246 Ver M. BARBERO SANTOS, *Remembranza*, cit., ps. 355 y s. J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 88.

247 La doble influencia es reconocida inequívocamente por el propio DORADO en un valioso documento, que aporta BARBERO SANTOS: una carta de DORADO MONTERO a Federico URALES, con motivo de la serie de artículos que este escritor publicó en "La Revista Blanca" acerca de *La evolución de la filosofía en España*: ver M. BARBERO SANTOS, *Remembranza*, cit., ps. 363 y siguiente.

certeza que da la observación de los hechos, su comparación y las inducciones que de aquí se sacan"[248]. En suma: DORADO quiere traspasar el contenido de la doctrina correccionalista desde el nivel metafísico al terreno experimental. Pretende, por así decirlo, un correccionalismo basado en el método positivo.

B) Mientras que DORADO MONTERO aplica el método propio de la escuela positiva a planteamientos correccionalista que se apartan de las enseñanzas de esa escuela, otros autores españoles siguen con mayor fidelidad el credo positivista. Algunas como Mariano CUBÍ (1801-1875) y Felipe MONLAU (1808-1871), son incluso anteriores a la aparición de la *scuola positiva* italiana. Destaca, en especial, el primero, que adelantó desde la frenología al concepto de "criminal nato" que popularizaría más tarde LOMBROSO[249]. Aquí importa en cuanto expresión del método experimental único que, desde el punto de vista médico, empleó Mariano CUBÍ, en el mismo sentido en que lo haría después LOMBROSO.

Como manifestación, en cambio, y no como precedente, de la escuela positiva italiana, considera SÁINZ CANTERO a SALILLAS y BERNALDO DE QUIRÓS[250]. No obstante, a este último se le tiene por discípulo de DORADO[251] y también se ha señalado en el primero el influjo del correccionalismo al lado de la inspiración positivista[252]. En cualquier caso, el matiz no afecta al método de estos autores, inequívocamente positivista, sino sólo al contenido de sus opiniones. Y, puesto que interesa solamente en estas páginas el punto de vista metodológico y éste coincide en todos estos autores con el propio del positivismo criminológico italiano, he de remitirme al análisis que de él hice en su momento.

### 4. *El método pragmático y la política criminal.*

A) Como el correccionalismo, el pragmatismo penal se inspira en fuentes extranjeras pero se desarrolla sólo en España, aun-

[248] Cfr. P. DORADO MONTERO, *Problemas de derecho penal*, I, Madrid, 1895, ps. XIV y s. (El destacado es mío.)

[249] Ver J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal*, cit., ps. 155 y siguiente.

[250] Ver J. A. SÁINZ CANTERO, ob. cit., ps. 156 y siguientes.

[251] Así, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, ps. 138 y s.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 38.

[252] Ver J. ANTÓN ONECA, ob. cit., p. 38.

que, a diferencia de aquella otra dirección, no encontró más seguidores que su autor, QUINTILIANO SALDAÑA, su discípulo MASAVEU y, en menor medida, LANGLE y CASTEJÓN[253]. En verdad, la oscuridad que envuelve la tan ambiciosa como confusa formulación de SALDAÑA[254] justifica su escasa trascendencia. Por su reducida importancia para nuestra ciencia penal[254 bis], su método será aquí únicamente objeto de somera consideración.

Enmarcado en el movimiento de política criminal iniciado por VON LISZT en Alemania[255], el pragmatismo penal viene a ser un intento de aplicación al derecho penal del pragmatismo filosófico, defendido por JAMES en Norteamérica, por SCHILLER en Inglaterra y SIMMEL en Alemania[256]. De la misma forma que esa filosofía pretende superar tanto al empirismo como al racionalismo, el pragmatismo penal se presenta como superación de la escuela clásica y de la positiva a la vez.

Según la filosofía pragmática la verdad no es, como quiere el empirismo, lo adecuado a la experiencia, ni lo coherente con ciertas premisas, como mantiene el racionalismo. Algo es verdadero o falso según las consecuencias prácticas a que lleva. La verdad no es un concepto teorético, sino pragmático[257]. El propio JAMES ofrece la aplicación de este punto de partida metódico al derecho: "Lo justo es lo ventajoso para nuestra conducta inmediata o mediatamente"[258].

A partir de estas ideas, el pragmatismo penal se opone tanto al clasicismo como al positivismo. Al clasicismo porque éste defiende un derecho natural *a priori*[259], al positivismo porque se queda en la observación sin fijarse en las consecuencias futu-

[253] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, cit., p. 108. Ver J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia*, cit., p. 159. Para J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 95, MASAVEU fue el único discípulo de SALDAÑA.

[254] Ver Q. SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España (Teoría pragmática del derecho penal)*, 2ª ed., Madrid, 1923.

[254 bis] J. CEREZO MIR llega a afirmar que "esta concepción no ha hallado eco en la moderna ciencia del derecho penal", *Curso*, cit., P. G., I, ps. 94 y siguiente.

[255] Así, J. ANTÓN ONECA, *La generación española de la política criminal*, cit., ps. 339 y siguientes.

[256] Ver J. MASAVEU, *Nueva dirección española en filosofía del derecho penal*, Madrid, s.f., ps. 14 y siguiente.

[257] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, p. 107; J. MASAVEU, *Nueva dirección*, cit., p. 31.

[258] Ver J. MASAVEU, *Nueva dirección*, cit., p. 25.

[259] Ver J. MASAVEU, *Nueva dirección*, cit., ps. 18, 39 y siguientes.

ras[260]. El camino a seguir es, según el método pragmático, "apartar la vista del pasado metafísico –del mundo y del hombre– para proyectarla sobre el porvenir físico"[261]. Se trata de poner por delante siempre la valoración de las *consecuencias* del derecho: "El derecho justo empírico, el 'derecho eficaz', induce a inquirir *a posteriori* la naturaleza y proporciones de su lograda eficacia, a saber, cuál fue su 'resultado'... El *pragmatismo* determina que la verdad de una afirmación se verifica por sus resultados o consecuencias prácticas conexos con ella. El *pragmatismo jurídico* condiciona esta *ley de verificación*, añadiendo: si aquella afirmación es coherente con la realidad práctica social y legal de un hombre en un lugar y en un momento histórico, los de su país y época"[262].

El pragmatismo penal encierra un núcleo de verdad –que deben tenerse en cuenta los resultados de una normativa a la hora de reconsiderarla–, pero que no es en absoluto producto original de esta teoría. Por el contrario, el concepto de política criminal de VON LISZT se basa en la misma idea: observación *científica* de la realidad como base de la reforma de las leyes penales[263]. La influencia del autor alemán en SALDAÑA, anotador de su *Lehrbuch*, es muy probable[264]. Pero, si el postulado central del pragmatismo no es ni mucho menos original, su inserción en el contexto de la filosofía pragmática lo convierte en unilateral y peligroso. Al no precisar ningún punto de referencia seguro como base de la valoración de los resultados más que el de su *eficacia*, y remitir sólo a las conveniencias de cada momento, renuncia de hecho a todo límite del poder punitivo del Estado. Por este camino, como previene ANTÓN, "hay el peligro de derivar hacia un utilitarismo exacerbado, ya que los mayores desafueros han sido justificados siempre por la eficacia"[265].

[260] Afirmaba SALDAÑA de su concepción que "es un modelo de positivismo ético-jurídico, más el cálculo de rendimiento": cfr. J. MASAVEU, ob. cit., p. 34; también ps. 30 y siguiente.

[261] Ver J. MASAVEU, ob. cit., p. 19.

[262] Ver J. MASAVEU, ob. cit., p. 45.

[263] Ver F. VON LISZT, *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, p. 24; mismo autor, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, en el mismo libro, II, p. 79; mismo autor, *Kriminalpolitische Aufgaben*, en el mismo libro, I, ps. 291 y siguiente.

[264] Discípulo de VON LISZT y representante de la dirección político-criminal considera a SALDAÑA, J. ANTÓN ONECA, *La generación española de la política criminal*, cit., ps. 339 y siguiente.

[265] Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 39; mismo autor, *La generación* ..., cit., p. 340.

B) Importa subrayar que el método del pragmatismo penal no busca el conocimiento del derecho positivo, sino que se sitúa más allá de él, con pretensión *de lege ferenda*. Participa, en este sentido, del planteamiento común a escuela clásica y escuela positiva: su alejamiento del derecho positivo. No es un método dogmático, sino una manifestación del pensamiento político-criminal que extendió VON LISZT por Europa.

Esto enlaza con un fenómeno más amplio que el pragmatismo penal: la recepción en España de la política criminal lisztiana. Como señala QUINTANO RIPOLLÉS, una característica de la ciencia penal española del presente siglo es haber acudido a las enseñanzas procuradas en Alemania, antes que a los modelos italianos y franceses, a diferencia de lo que se había hecho en el siglo pasado[266]. Los primeros contactos se obtuvieron a través de la Universidad de Berlín, en la que enseñaba VON LISZT. Allí estudiaron SALDAÑA, CUELLO CALÓN y JIMÉNEZ DE ASÚA. Ellos introdujeron las ideas político-criminales en nuestro país: SALDAÑA, llegando a la versión del pragmatismo, y CUELLO y JIMÉNEZ DE ASÚA aunando a la política criminal el trabajo dogmático[267], aunque –sobre todo JIMÉNEZ DE ASÚA– ya abren las puertas a una fase posterior, que llega hasta nuestros días: la dogmática jurídico-penal. Las instituciones que en los Códigos de 1928 y 1932 se introdujeron bajo el signo de la dirección moderna y del movimiento internacional de reforma político-criminal, se deben probablemente a CUELLO CALÓN y JIMÉNEZ DE ASÚA, respectivamente. A éste y a RUIZ FUNES correspondió además la elaboración –aunque no la iniciativa– de la Ley de Vagos y Maleantes[268].

## 5. *La fase dogmática.*

Se dijo al examinar el clasicismo español que fue característica suya ir acompañado del estudio del derecho positivo, en especial a través de los grandes Comentarios al Código Penal del siglo pasado. También el correccionalismo se acompañó de la contem-

[266] Ver A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso . . .*, cit., I, p. 80. Ello no significa, sin embargo, que falten influencias italianas sobre todo de la *terza scuola*, como destaca J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 93.

[267] Ver J. ANTÓN ONECA, *La generación . . .*, cit., ps. 339 y siguientes.

[268] Ibídem, ps. 343, 345 y siguientes.

plación del derecho vigente. Junto al apriorismo metódico del correccionalismo caracerístico del primer tomo de la obra capital de SILVELA, aparece en su segundo tomo lo que constituye, probablemente, el primer tratado de dogmática jurídico-penal española[269]. Pese a la más modesta concepción de este segundo tomo, no cabe duda de que ha tenido mucha mayor trascendencia para la ciencia penal de nuestro país que el primero. Aunque ANTÓN coincide en incluir a SILVELA entre los correccionalistas, así lo reconoce cuando escribe: "Mas el mérito principal de don Luis SILVELA está en la segunda parte, dedicada a exponer el libro primero del Código de 1870, donde da criterios de interpretación que todavía prevalecen"[270]. Pese a representar, por una parte, el método correccionalista, SILVELA maneja ya, pues, el método dogmático.

Menos importante este aspecto de su investigación, DORADO MONTERO también cuenta con trabajos dedicados al derecho positivo que muestran profundo conocimiento de nuestras leyes. Pero en este autor prevalece, incluso en esta parte de su obra, el espíritu de quien se sitúa más allá de la ley y por encima de ella, planteamiento nada acorde con las premisas del método dogmático. Así se deduce de las propias palabras de DORADO: "Con el Código y mediante el Código, es necesario ir más allá del Código . . . el que así lo haga será un dominador de las leyes, cuyo articulado manejará como piezas de ajedrez, en lugar de ser un esclavo ciego de ellas"[271].

Los autores más importantes de nuestra ciencia penal han estudiado siempre, pues, el derecho positivo. Pero hasta la irrupción en España del positivismo jurídico, procedente de Alemania e Italia, no se reputa esta labor situada en un primer plano de la tarea científica. José MARCOS GUTIÉRREZ y PACHECO, SILVELA y DORADO, se ocupan del derecho positivo como objeto de menor rango científico, poniendo por delante, en este sentido, los principios absolutos prepositivos o la realidad empírica. La fase dogmática que se inicia en nuestro siglo invierte el planteamiento, erigiendo la elaboración de la ley vigente en única tarea específica de la verdadera

[269] De "primera (obra) española compuesta con rigor dogmático" califica QUINTANO al segundo tomo de *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, de L. SILVELA, Madrid, 1879.

[270] Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 37.

[271] Ver P. DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, 2ª ed., Madrid, 1910, ps. 7 y siguientes.

ciencia *jurídico*-penal. Si se siguen cultivando aspectos metajurídicos, como la política criminal, es a conciencia de que entonces se desbordan los límites de la ciencia jurídica, según el enfoque dualista –dogmática y política criminal son campos separados– de VON LISZT.

Aunque ya en 1913 Faustino BALLBÉ había introducido en España la dogmática del delito de BELING[272] y en 1914-1917 SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA tradujeron el tratado de VON LISZT, base de la moderna teoría del delito, hasta los años treinta no se opera una verdadera recepción de la dogmática[273]. Suele mencionarse como hito decisivo el *discurso inaugural* del curso académico 1931-1932, que en la Universidad de Madrid pronunción JIMÉNEZ DE ASÚA bajo el título *La teoría jurídica del delito*. Parte de un análisis de las causas del atraso de la ciencia jurídico-penal, en comparación con otras disciplinas jurídicas, paralelo al que efectuara ROCCO en su discurso sassariano: la polémica entre las escuelas dejó sin elaborar el derecho positivo. Para recuperar el tiempo perdido aconseja aprovechar el nivel alcanzado en Alemania, donde la lucha de escuelas no abandonó nunca del todo el terreno del derecho vigente. Él mismo da ejemplo exponiendo la teoría de la tipicidad de BELING[274].

Desde entonces, la dogmática penetró en España a partir del modelo alemán. Escribe JIMÉNEZ DE ASÚA: "Pero esta tendencia difundida por nosotros en España en las lecciones de cátedra, en los informes forenses y en artículos y libros, se entronca con la dogmática alemana, que busca sus bases en la filosofía, y no con el tecnicismo jurista de los modernos italianos, desdeñosos de la investigación filosófica"[275]. La referencia geográfica es correcta, pero no es tan exacto que la orientación inicial que de Alemania se tomó partiese de la filosofía. Al contrario: tanto la obra de VON LISZT –maestro de JIMÉNEZ DE ASÚA– como la de BELING –la expuesta en el discurso inaugural de 1931–, encarnan el *positivismo jurídico* alemán, caracterizado por la exclusión de consideraciones filosóficas

[272] Ver F. BALLBÉ, *La teoría del delito según Beling*, en los "Anales" de la "Junta para Ampliación de Estudios e Investigación Científicos", ps. 147 y siguientes.

[273] No obstante, considera esta traducción como inicio de la fase dogmática J. DEL ROSAL, *Überblick des Strafrechtswissenschaft in Spanien während der letzten fünfzing Jahre*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1955, p. 156.

[274] Ver L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, ps. 26 y siguientes.

[275] Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., II, p. 139.

ubicadas más allá de los límites que asignó KANT al conocimiento científico[276].

La recepción en España de la siguiente fase de la dogmática alemana, el *neokantismo valorativo*, había de tener lugar por medio de la traducción del tratado de MEZGER por RODRÍGUEZ MUÑOZ. Apareció, en su primera edición, sólo tres años después del discurso inaugural de JIMÉNEZ DE ASÚA, pero representaba ya el inicio de una nueva etapa y el abandono del positivismo riguroso característico tanto del tratado de VON LISZT como del programa dogmático que en 1931 introdujo en España su discípulo JIMÉNEZ DE ASÚA. A éste no cabe negarle, sin embargo, haber sido el maestro de una generación de penalistas que con él tuvieron de común el giro al método dogmático[277].

El *finalismo* de WELZEL ha tenido repercusión en nuestro país después de la guerra. Pese a que en 1953 se ocupó de él en sentido crítico RODRÍGUEZ MUÑOZ[278], tuvo acogida más adelante por CEREZO MIR[279] y, con alguna reserva, por CÓRDOBA RODA[280] especialmente, aparte de que motivó trabajos de CONDE-PUMPIDO[281], SUÁREZ MONTES[282] y YÁÑEZ ROMÁN[283] y sirvió de base sistemática a algunas

[276] Ver F. VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methoden*, cit., p. 297.

[277] Como escribe SÁINZ CANTERO: "Los que vivieron aquel ambiente, colaboraron con JIMÉNEZ DE ASÚA, o se formaron a su cuidado, han transmitido con éxito el mensaje dogmático del ilustre penalista": *La ciencia del derecho penal*, cit., p. 167.

[278] Ver J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista. Lección inaugural del Curso 1953-54*, en "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXVII, cuaderno I, Valencia, 1953.

[279] Ver J. CEREZO MIR, *El concepto de acción finalista, como fundamento del sistema de derecho penal*, en "Anuario de Derecho Penal", 1959, ps. 561 y ss.; mismo autor, *Lo injusto en los delitos dolosos en el derecho penal español*, en "Anuario de Derecho Penal", 1967, ps. 55 y ss.; mismo autor, traducción y notas a H. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964.

[280] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, cit., 1963, donde cree necesario completar el método fenomenológico con el *neopositivismo lingüístico*: ps. 60 y ss. La traducción, con notas, del *Tratado* de MAURACH, cit., ha contribuido de forma decisiva a la propagación del finalismo en España, de forma parecida a como la traducción del VON LISZT y del MEZGER iniciaron la difusión del positivismo y del neokantismo, respectivamente.

[281] Ver C. CONDE-PUMPIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, en "Anuario de Derecho Penal", 1962, ps. 265 y siguientes.

[282] Ver R. F. SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Pamplona, 1963.

[283] Ver P. L. YÁÑEZ ROMÁN, *La teoría final de la acción*, en "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", vol. XII, nº 33, 1968.

monografías de Parte Especial[284]. La situación de la polémica en España en torno al finalismo se describe por CEREZO MIR en un trabajo dedicado al tema[285].

Con el finalismo llegamos al presente. Pero acaso más importante que la concreta filiación dogmática sea el hecho de que hacia los años sesenta culmina una nutrida generación de penalistas que coinciden en una orientación metódica básica: profundizar en una elaboración dogmática moderna de nuestro derecho. La que bien pudiera llamarse "generación de los años sesenta" ha llegado, por este camino, a dialogar –discrepando a veces y no sólo "importando"– con la ciencia alemana y, desde luego, con la italiana. Estos penalistas han llevado nuestra dogmática a un primer nivel mundial, como lo viene a reconocer la primacía que se concede a la literatura española en las referencias iuscomparatistas del más exhaustivo tratado actual alemán –la obra de JESCHECK–.

[284] Por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1970; G. QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973. Aunque por razones distintas, también S. MIR PUIG, *Matrimonios ilegales en el Código Penal*, en "Anuario de Derecho Penal", 1974, ps. 433 y ss. Este camino había sido ya preparado por los introductores del finalismo: R. F. Suárez Montes, *El cheque en descubierto*, Barcelona, 1965, y *El delito de allanamiento de morada*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1968, ps. 862 y ss.; J. CEREZO MIR, *Los delitos de atentado propio, desobediencia y resistencia*, en "Revista Estudios Penitenciarios", 1966, nº 173.

[285] Ver J. CEREZO MIR, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia penal española*, en "Nuevo Pensamiento Penal", I, nº 2, 1972, ps. 217 y ss.; más recientemente: R. F. SUÁREZ MONTES, *Weiterentwicklung der Finale Handlungslehre?*, en Festschrift für H. WELZEL, Berlín, 1974, ps. 379 y siguientes.

CAPÍTULO 4

# EL MÉTODO JURÍDICO-PENAL EN LA ACTUALIDAD

En el capítulo anterior se ha expuesto la evolución histórica de la metodología propia de la moderna ciencia del derecho penal. Ha llegado el momento de abordar el estado actual de esta materia y de explicitar cuál sea el planteamiento metódico que, en ese contexto, se suscribe. A estos dos objetivos se destinan las dos partes que componen este capítulo.

Por mi particular orientación, pongo la vista en la actual ciencia alemana a la hora de resumir el estado presente de la metodología jurídico-penal. Creo que sigue siendo el mejor reflejo de las actuales preocupaciones en torno al método dogmático.

## I. ESTADO ACTUAL DEL MÉTODO JURÍDICO-PENAL EN ALEMANIA

El finalismo, que apareció antes que la dirección de Kiel, representa el puente que une el neokantismo con el presente. En realidad, a la actualidad pertenece todavía la problemática planteada, a nivel metodológico y de teoría del delito, por la obra de WELZEL. Sin embargo, ya se dibujan ciertas tendencias que tientan a aventurar la evolución que define a la metodología de nuestros días. La falta de una suficiente *perspectiva* histórica imposibilita la formulación de juicios firmes. Es la pura "impresión" subjetiva, derivada de la directa observación personal del momento cultural que atraviesa la dogmática penal alemana, lo único en que puedo basar las afirmaciones que siguen.

1. *La continuación del pensamiento sistemático como conexión con el pasado.*

Puesto que ninguna fase histórica rompe del todo con la anterior, es lógico que las corrientes del pasado más reciente sigan manifestándose en la metodología alemana actual. Una continuación del pensamiento *sistemático* ha sido facilitada por la lucha de causalistas y finalistas, la cual constituye la nota más llamativa de la última postguerra. Como resultado de la polémica puede considerarse la aparición de buen número de manuales y tratados a partir de los últimos años sesenta. Su mayor parte suponen un *compromiso*, con distintos acentos, entre el causalismo y el finalismo. Desde la obra de STRATENWERTH[286], prácticamente finalista, hasta el original tratado de SCHMIDHÄUSER, más causalista que finalista pese a su intento de servir de punto de encuentro de ambas direcciones[287], pasando por las obras que acogen la *sistemática* finalista, sin ser "finalistas", sea por partir de un concepto social de acción –como el modélico tratado de JESCHECK[288] y el manual de WESSELS[289]–, sea por rechazar la posibilidad de un concepto unitario de acción –como, últimamente, BOCKELMANN y OTTO[290]–, aparte del "heterodoxo" sistema *dialéctico* de Helmuth MAYER, de inspiración metodológica hegeliana, que representa también una vía media entre finalismo y causalismo[291]. Entre los tratados actuales sólo el de BAUMANN sigue anclado en el clásico concepto causal de de-

[286] Ver G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Köln-Berlín, 1970, ps. 58 y ss., y 86.

[287] Ver E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, cit., 1ª ed., 1970, 2ª ed., 1975, ps. 11 y s. Aunque define el injusto como "comportamiento voluntario" (*Willensverhalten*), frente a "causación de resultado", no identifica esa voluntariedad con el dolo, que reduce al "conocimiento" bajo la denominación de "*Vorsätzlichkeit*" e incluye en la culpabilidad. Al no admitir la división de delitos dolosos y culposos hasta la culpabilidad –y no ya en el injusto–, defiende en realidad un esquema esencialmente causalista. Ver ps. 113 y ss., 146 y s., 168 y 302 y ss. Un juicio coincidente emite C. ROXIN, *Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems*, en "Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 83, 1971, ps. 379 y siguiente.

[288] Ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., ps. 168 y ss., 179 y s., 181 y siguiente.

[289] Ver WESSELS, *Strafrecht*, A. T., Karlsruhe, 5ª ed., 1975.

[290] Ver P. BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., ps. 42 y ss.; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín . . ., 1976, ps. 58 y siguientes.

[291] Ver Helmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967.

lito[292]. Erraría, pues, quien creyese que el finalismo ha perdido la batalla frente al causalismo. Cierto que las premisas metodológicas de WELZEL se rechazan por buena parte de las obras citadas. Pero el finalismo ha conseguido que su *consecuencia dogmática* más importante –la pertenencia del dolo al tipo de injusto y la consiguiente adición en éste del "desvalor de la acción" junto al "desvalor del resultado"– pueda considerarse dominante en los tratados y manuales alemanes más recientes[293].

2. *La aproximación a la realidad como tendencia actual.*

Lo anterior muestra que el pensamiento sistemático se halla todavía vigente en la metodología jurídico-penal alemana actual. Pero ello constituye más la continuación de planteamiento históricamente anteriores que nota característica del presente. Por el contrario, lo diferencial en éste es una *aproximación a la realidad*. El *Durchbruch zur Wirklichkeit* postulado por WÜRTENBERGER en 1957[293 bis] es hoy intento común a la mejor doctrina penal alemana. Manifestaciones de esta tendencia general son el giro al *problema* concreto, con el consiguiente alejamiento de la preocupación por el sistema y el paso de la "aplicación" a la "concreción" de la ley a la realidad. Expresión, más directa incluso, de la aproximación a la realidad es, también, la intensificación del estudio de los aspectos *empíricos* de lo penal: se presta especial atención a la política criminal y en la elaboración dogmática se recurre a las enseñanzas de ciencias metajurídicas, como la psicología y, en especial, la sociología; más allá de la dogmática, se aviva el interés por la criminología. Desarrollaré muy brevemente estas corrientes.

[292] Ver J. BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Bielefeld, 1975, ps. 213 y ss. La primera edición es de 1960, por lo que es, en realidad, en su origen anterior a los demás tratados y manuales citados. La gran mayoría de *Comentarios* al StGB se inclinan hoy también por la sistemática de base finalista. Así, los de Schönke/Schröder/Lenckner (18ª ed., 1976), Lackner (10ª ed., 1976), Dreher (35ª ed., 1975), Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber (1975) y Preisendanz (29ª ed., 1975).

[293] Al dar respuesta a la pregunta "¿qué caminos va a recorrer la teoría general del delito en el futuro?", JESCHECK afirma: "Ha de contarse con que las ideas que sirven de base al sistema propio del concepto de delito del finalismo se impondrán progresivamente, porque son convincentes aun con independencia de la teoría final de la acción": cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 163.

[293 bis] Ver Th. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957, p. 31.

A) *Del sistema al problema.*

La tendencia a preferir el pensamiento-problema al pensamiento-sistema fue favorecida en Alemania por el contacto de la ciencia y de la práctica alemana con el "derecho del caso", característico del planteamiento anglosajón, favorecido por la época de ocupación por los aliados en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial[294]. Filosóficamente la preferencia del problema al sistema había sido afirmada ya de modo explícito por HARTMANN, que contrapuso el pensamiento *aporético* al pensamiento *sistemático* y asignó a la filosofía el primer modo de pensar[295]. Era una consecuencia lógica del signo central de la filosofía de nuestro siglo: el paso de lo abstracto a lo concreto. A nivel de teoría general del derecho, la formulación más importante en favor del giro al problema es, sin duda, la conocida obra de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, aparecida en 1953[296].

En la dogmática jurídico-penal el pensamiento problemático no ha logrado tan explícitos apoyos, pero sin duda influye en el actual enfoque de la ciencia penal alemana. Lo revela ya el hecho de que, a la hora de hacer balance del presente y del futuro de la dogmática penal alemana, JESCHECK insista en la necesidad de cubrir la laguna que representa la falta de *concreción* por la doctrina de cláusulas generales como el concepto de peligro concreto, las fórmulas utilizadas para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, los criterios que deciden la evitabilidad del error de prohibición, los baremos empleados para la determinación de la infracción de la norma de cuidado, los principios elaborados en materia de posición de garante en los delitos de omisión impropia y en la delimitación de autoría y participación[297].

La preocupación por concretar cláusulas generales como éstas, por medio de la individualización de *grupos de casos*, muestra que, tanto como en la consecución de categorías sistemáticas generales, se fija la atención en los concretos problemas que su aplicación a

[294] Ver K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 137.

[295] Ver J. VÉLEZ CORREA, *Filosofía moderna y contemporánea*, cit., p. 324.

[296] Ver Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp. de L. DÍEZ-PICAZO, Madrid, 1964, ps. 22, 49 y ss., 117 y siguientes.

[297] Cfr. H. H. JESCHEK, *Lehrbuch*, cit., ps. 163 y siguiente.

la práctica pueda presentar[298]. Cada vez se acude más, en los últimos años, al examen de casos y ejemplos concretos. Algún autor gusta de partir en sus trabajos de casos prácticos[299]. La elaboración científica en base a la formación de "constelaciones de casos", cada vez más frecuente, como digo, es una constante, además de en la obra de autores como Roxin[300], en los tratados más recientes de SCHMIDHÄUSER y JESCHEK. En ambos, como en el tratado de BAUMANN, llama la atención la sistemática y abundante cita de ejemplos, a los que se destina un lugar propio, generalmente en párrafos independientes.

El examen de los temas que mayor atención suscitan en los últimos tiempos de la dogmática alemana, confirma la preferente preocupación por los problemas concretos. Sin necesidad de mencionar citas precisas, baste observar que entre los temas preferidos en la actualidad cuentan: los procesos causales hipotéticos y la causalidad en la imprudencia, la provocación y el exceso en la legítima defensa, el tratamiento del error de prohibición, el desistimiento en la tentativa, autoría y dominio del hecho, formas de imperfecta ejecución de la participación, la posición de garante en los delitos de omisión impropia. Interesan sobre todo los problemas que estos conceptos generales suscitan al ser llevados a la práctica, mucho más que su significado abstracto. Así, de la posición de garante importa antes que nada la *precisión* de sus límites,

[298] Ver K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968, ps. 147 y s., donde expone la evolución histórica, que arranca de BAUMGARTEN, de la doctrina favorable a la concreción de las fórmulas generales.

[299] En este sentido destacan, por su importancia, algunos trabajos de ROXIN. Ejemplos: C. ROXIN, *Pflichtwdrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., ps. 147 y ss.; C. ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, en *Strafrechtliche*, cit., ps. 209 y ss. También es norma constante el anteponer casos a cada capítulo en el *Lehrbuch* de BAUMANN, citado.

[300] Defiende explícitamente tal proceder metodológico en C. ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal*, cit., ps. 78 y s. Aquí subraya "la relativa autonomía de la dogmática de la omisión y de la imprudencia que empieza a iniciarse, con la tendencia a una sistemática de grupos de casos que amplían toda la materia jurídica . . ."; y se refiere a "las tendencias a la concretización o individualización del derecho penal que, gráficamente, se describen en las más recientes monografías sobre metodología". En la página 62 propugna el mismo método de "fenomenología de las constelaciones características de supuestos de hechos" para las causas de justificación.

en cuanto constituyen las fronteras de los tipos de omisión impropia. Ello se cree conseguir de la forma más perfecta a través de la formación de los grupos de casos en que se da la posición de garante. Lo mismo sucede, por ejemplo, en la autoría mediata, de la que se estudian especialmente los casos en que concurre (los "casos de la autoría mediata").

Para seguir con los ejemplos de la tendencia al problema, más que al sistema, mencionaré el enfoque actual del tema del error de prohibición, tan discutido en los últimos quince años. En 1972 ENGISCH acaba por concluir que el tratamiento del "error al revés" (*Umgekehrter Irrtum*) no puede decidirse por la pura aplicación de los principios sistemáticos, siendo preferible una consideración teleológica, por grupos de casos, a una perspectiva deductiva lógico-formal[301]. La misma actitud refleja el planteamiento de ROXIN: la problemática del error de prohibición ha de resolverse con arreglo a concretos puntos de vista político-criminales, y no por la teoría general de la acción, por la estructura del dolo, ni por cualquier otro tipo de deducciones lógico-conceptuales[302]. Aunque más ecléctica, la opinión de GÖSSEL coincide en reconocer la insuficiencia de una perspectiva sistemática en el tratamiento del error[303].

B) *De la aplicación a la concreción de la ley.*

Próxima a la tendencia acabada de señalar hacia el problema concreto se hallan las investigaciones de la moderna hermenéutica sobre el proceso de realización judicial de la ley. Pese a su importancia capital en el ámbito de la metodología jurídica general y en derecho privado, no ha encontrado todavía en la ciencia jurídico-penal toda la atención que merece. Aparte del importante libro de ENGISCH sobre la idea de la concreción, que más bien pertenece a la metodología jurídica general[304], ejemplo de obra que adopta esta orientación desde nuestro campo es el libro de HASSEMER, *Tatbestand*

[301] Ver K. ENGISCH, *Der "Umgekehrte Irrtum" und das "Umkehrprinzip"*, en el *Festchrift für Heinitz*, Berlín, 1972, ps. 204 y siguiente.

[302] Ver K. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., p. 69.

[303] Ver K. H. Gössel, *Über die Bedeutung des Irrtums in Strafrecht*, Berlín, 1974, ps. 1 y siguientes.

[304] Ver K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, cit., ps. 147 y siguientes.

*und Typus*[305]. Que responde a las más actuales aspiraciones lo prueba la considerable cabida que encuentra en la reciente monografía de BRINGEWAT sobre el pensamiento funcionalista en derecho penal[306]. Pero no puede decirse que en la ciencia penal exista todavía una amplia corriente en este sentido. Más que una tendencia asentada se trata de un camino a seguir. Personalmente creo que el futuro debería pasar por aquí, por lo que habré de desarrollar con detalle el contenido de esta posición al exponer el planteamiento metodológico que entiendo preferible. Por todo ello, dejaré para entonces la consideración de las aportaciones de la moderna hermenéutica a una contemplación realista de la realización de la ley. Baste aquí señalar el núcleo más esencial de tales aportaciones: de la tradicional concepción de la "aplicación" de la ley se pasa al concepto de proceso de "concreción" de la ley al caso concreto. El juez no se limita a "aplicar" un texto legal previa y definitivamente dado, sino que no puede por menos que "buscar" la norma aplicable (*Entscheidungsnorm*), que "nacerá" de la confrontación del tenor de la ley (*Norprogramm*) y las exigencias del sector de realidad a que alcanza (*Normbereich*). En este sentido se habla del proceso de "concreción" de la ley a la realidad"[307].

C) *Atención a la realidad metajurídica.*

La más clara expresión de la aproximación a lo real que se aprecia en la ciencia penal alemana es la acentuación de la atención por los datos metajurídicos que rodean al derecho penal. Dejo para el final lo que es más directo reflejo de esta corriente: la intensificación de los estudios criminológicos. Quiero dejar antes constancia de la influencia de esta perspectiva en el seno mismo de la dogmática *jurídico*-penal. Como he anunciado más arriba, cabe mencionar aquí la preocupación por la política criminal y la toma en consideración por la dogmática de las enseñanzas de ciencias no jurídicas como la psicología y la sociología.

[305] Ver W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln . . ., 1968.

[306] Ver P. BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, ps. 128 y siguientes.

[307] Ver, por todos, F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1971, ps. 106 y siguientes.

*a) La preocupación por la política criminal.*

*a')* Tras largo tiempo de casi exclusiva dedicación a la sistemática de la teoría del delito, la doctrina alemana ha vuelto la mirada a los problemas político-criminales[308]. Ha sido favorecido por el movimiento de reforma del StGB que motivó el Proyecto ministerial de 1962, primero, y la respuesta del Proyecto Alternativo, después. En torno a ambos se han polarizado amplios sectores de opinión sobre los fundamentos del derecho penal y sus exigencias y límites de política criminal. Temas como la función de la pena y de las medidas de seguridad, el bien jurídico como límite material del *ius puniendi*, el principio de culpabilidad y su contenido substancial, los principios de la medición de la pena y la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad, ocupan en los últimos tiempos parte importante de la bibliografía[309]. Ha pasado el momento en que temas como el libre albedrío, pongo por caso[310], parecían definitivamente agotados. Pero no se crea que la circunstancia de la reforma panel es lo único que explica la atención hacia tales problemas de signo político-criminal. La reforma ha sido la ocasión que ha facilitado el curso de la tendencia gene-

[308] Es expresivo, en este sentido, que en 1971 se reinstaure en la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" una sección especialmente dedicada a la recensión de obras de política criminal (a cargo de E. HEINITZ, ps. 729 y ss.). Obligado el recensionista –según afirma (p. 730) a reducir su estudio a las obras más recientes, se limita a examinar libros aparecidos en 1970. De ese solo año considera a libros como Th. WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, 1970; G. STRATENWERTH, *Leitprinzipien der Strafrechtsreform*, y H. SCHULTZ, *Kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform*, en el libro publicado por L. BRANDT, Köln, 1970; G. NASS, *Des Staat und seine Verbrecher. Eine gesamtkonzeption der Kriminalpolitik*, Wiesbaden, 1968; M. MELZER, *Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*, Tübingen, 1970; C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970.

[309] No es posible ni necesaria aquí una referencia mínimamente completa. Baste remitir a la bibliografía recogida por H. ZIPZ, *Kriminalpolitik*, Karlsruhe, 1973, ps. XI y ss. La reciente aparición de esta obra, destinada con carácter de manual introductorio a la política criminal, es por sí sola muy expresiva de la tendencia a la política criminal que señalo en el texto.

[310] Es sintomático que la importante obra de K. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlín, 1963, alcanzase en 1965 una segunda edición y que el libro de M. DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, aparecido en 1967, se reeditase en segunda edición en 1969 y en tercera edición en 1974.

ral de aproximación a la realidad, en forma de revisión de nuestra disciplina a la luz de los cometidos que está llamada a cumplir en la vida social.

*b'*) Una primera consecuencia de la nueva perspectiva crítica había de ser la *recepción* de direcciones reformistas nacidas fuera de Alemania y que hasta hace poco no habían encontrado atención en ese país, dedicado casi por completo, como estaba, a la dogmática del delito. Así, sólo en época muy reciente se ha logrado introducir en Alemania el movimiento de la "nueva defensa social". Tal vez contribuyera al retraso el hecho de que en un principio sólo se tomó conocimiento de la radical versión de GRAMATICA, que pareció inaceptable. Pero lo que decidió la apertura a la nueva defensa social fue el ambiente general de reforma que ha presidido la ciencia penal alemana de los últimos quince años[311]. Resultado de la recepción de la nueva defensa social son las traducciones al alemán de las obras fundamentales de la dirección[312] y la puesta en relación, por algún autor, del *Alternative-Entwurf* y la nueva defensa social[313].

En realidad, el Proyecto Alternativo constituye también una manifestación, posiblemente la más importante, de la recepción en la Alemania actual del movimiento reformista internacional[314] –del que, por supuesto, la nueva defensa social es sólo una corriente–. En cuanto persigue adecuar la regulación jurídico-penal a las necesidades político-criminales mostradas por la ciencia, más que a prejuicios metafísicos, puede inscribirse en la tendencia de aproximación a la realidad. Pero no se aparta de los conceptos centrales del derecho penal, la pena y la culpabilidad, aunque los conciba en sentido reformista. En esto se diferencia de una dirección actual

[311] Ver A. JORGE BARREIRO, *Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana*, en el libro *Ensayos penales*, Santiago de Compostela, 1974, ps. 213 y siguiente.

[312] Así, ver F. GRAMATICA, *Grundlagen der Défense Sociale (Gesellschaftsschutz)*, trad. de MERGEN, en *Kriminologische Schriftenreihe*, t. 18/19, Hamburg, 1965; M. ANCEL, *Die Neue Sozialverteidigung*, traducido por M. MELZER, Stuttgart, 1970.

[313] En especial, ver M. MELZER, *Le project alternative de Code Pénal allemand et la défense sociale nouvelle*, en "Rev. Sciences Crimminelles", 1970, ps. 708 y ss.; mismo autor, *Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*, Tübingen, 1970.

[314] Así, H. H. JESCHECK, *Die kriminalpolitische Konzeption des alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (All. Teil)*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 80, 1968, p. 54.

que pide la supresión del concepto de culpabilidad y la sustitución de la pena por la medida de seguridad, en nombre también del giro a un derecho "científicamente" –y no "metafísicamente"– fundado[315]. El planteamiento fue formulado hace ya un siglo en Italia por la *scuola positiva*, pero en Alemania, tan dada al aislamiento en su producción bibliográfica nacional, se presenta hoy como novedad.

*c'*) Más importante que esta corriente extremista es la vía media propuesta por ROXIN. Este autor, uno de los inspiradores del Proyecto Alternativo y, lógicamente, en su misma línea, ha formulado su programa de forma esperanzadora en su conferencia, ya citada, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Parte de la observación siguiente: en Alemania dogmática y política criminal constituyen dominios separados, faltos de la necesaria comunicación. Tal estado de la metodología es achacable al bipolar planteamiento propuesto por VON LISZT. Ya se dijo al examinar el pensamiento de este autor, que consideró la "pureza" analítica de la dogmática necesario límite de una política criminal basada en el estudio empírico del delito y de la pena. Para ROXIN, ello ha impedido el enriquecimiento del método dogmático por medio de la consideración de las necesidades político-criminales[316]. Su objetivo es superar el dualismo metódico de VON LISZT, introduciendo la política criminal en el seno mismo de la elaboración dogmática. Comparando la concepción de VON LISZT con la de ROXIN podría decirse que, mientras el primero considera a la política criminal límite *externo* de la dogmática, el segundo adelanta su función a límite *interno* de ésta. Sobre esta base, ROXIN confiere específico significado político-criminal a cada una de las categorías sistemáticas de la teoría del delito.

Pero con ello no sólo postula la contemplación de puntos de vista político-criminales en la aplicación de la ley, cosa que de he-

315 Piénsese, por ejemplo, en F. BAUER, *Das Verbrechen und die Gessellschaft*, München, 1957; mismo autor, *Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, edit. por L. REINISCH, München, 1967, ps. 11 y ss.; mismo autor, *Die Schuld im Strafrecht*, en *Vom Kommenden Strafrecht*, edit. por F. BAUER, Karlsruhe, 1969, ps. 43 y ss.; A. MERGEN, *Die Antwort der Gesellschaft auf das Verbrechen. Strafe oder Massnahme*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, cit., ps. 40 y ss.; M. DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 3ª ed., Hamburg, 1974; mismo autor, *Repressives Strafrecht oder präventives Massnahmenrecht?*, Hamburg, 1967; A. PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München, 1974.

316 Ver C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., ps. 15 y siguientes.

cho se ha venido haciendo desde siempre y ha sido defendida expresamente antes de la obra de ROXIN[317]. Este autor quiere llegar más lejos: combinar la necesaria consideración de la política criminal con la seguridad jurídica que proporciona la claridad del sistema. No basta, entiende, tomar en cuenta postulados político-criminales en la aplicación de la ley. Hay que evitar que ello impida el objetivo del pensamiento sistemático: acabar con la arbitrariedad. Si el peligro del pensamiento sistemático es el automatismo conceptual alejado de la realidad, la introducción del pensamiento político-criminal puede llevar a la restauración del acaso y la arbitrariedad. Ello ha sido una realidad en materia de participación, en la cual la delimitación entre autoría y participación se ha llevado a cabo por la jurisprudencia alemana sin una orientación en las categorías sistemáticas. "Las consecuencias de esta praxis son ya conocidas: las sentencias se contradicen groseramente y la vieja frase, pronunciada hace sesenta años, de que la teoría de la participación es 'el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del derecho penal' se ha convertido en una frase histórica"[318]. Éste es –añadimos– el peligro a que se halla expuesta una sustitución pura y simple del pensamiento sistemático por el pensamiento problemático. Por lo demás, tiene razón ROXIN al reputar insatisfactoria la otra consecuencia del enfoque político-criminal limitado a "corregir" en el caso concreto las conclusiones inaceptables del sistema: "que puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa"[319].

Se trata, pues, de conseguir acomodo en el sistema, sin caer en la arbitrariedad, a la política criminal: "... el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal provenientes de LISZT.

[317] El propio ROXIN (ob. cit., ps. 20 y 27) recoge la opinión en este sentido de autores como SCHAFFSTEIN, JESCHECK y WÜRTENBERGER. Especialmente inequívoco es, sobre todo, el planteamiento de JESCHECK, quien, tras prevenir del peligro de que el juez se abandone al "automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así el caso concreto", afirma: "Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano" (cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 150).

[318] Ver C. ROXIN, *Política criminal*, ps. 30 y siguientes.

[319] Ibídem.

La vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables: un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de derecho, como un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal"[320].

La "unidad sistemática de política criminal y derecho penal"[321] es perseguida por ROXIN confiriendo un específico significado político-criminal a cada una de las categorías dogmáticas de la teoría del delito: ". . . las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal"[322]. A la *tipicidad* corresponde la encarnación del principio *nullum crimen sine lege*. La *antijuridicidad* es el sector de las soluciones sociales a los conflictos entre individuos o entre éstos y la sociedad. La *culpabilidad* ha de concebirse desde la teoría de los fines de la pena[323].

La contemplación de los caracteres del delito bajo las mencionadas funciones político-criminales encierra, para ROXIN, importantes consecuencias. Si la *tipicidad* posee el significado político-criminal de expresión del *nullum crimen*, no será admisible la interpretación extensiva de los tipos dirigida a garantizar una protección sin lagunas de los bienes jurídicos: "Bajo el prisma del principio *nullum crimen* es precisamente lo contrario lo justo: es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de magna carta del derecho penal y su 'naturaleza fragmentaria'. . .". Como criterios auxiliares en esta tarea restrictiva, menciona el principio de *adecuación social* (ideado por WELZEL) y el principio de la *insignificancia*, debido al mismo ROXIN. Según el primero deben excluirse del tipo aquellas lesiones del bien jurídico adecuadas socialmente; el segundo lleva a dejar fuera de él los ataques insignificantes[324]. Otras consecuencias del significado político-criminal de la tipicidad son la inclusión en ella del dolo y de la esencia de la impruden-

[320] Ver C. ROXIN, *Política criminal*, cit., p. 33.
[321] Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 34.
[322] Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 40.
[323] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 40 y siguiente.
[324] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 32 y siguiente.

cia. Lo primero porque "únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitadores", y lo segundo porque la imprudencia encuentra su esencia en una de las dos formas de manifestación de la tipicidad: la infracción de un deber (de cuidado)[325]. Esto presupone que, para ROXIN, deben distinguirse dos clases de hechos típicos, según la técnica de tipificación: los "delitos de acción", en que se describe la acción de un sujeto, y los "delitos consistentes en la infracción de un deber" (*Pflichtdelikte*), en los cuales lo esencial es sólo esa infracción, cualquiera que sea la acción realizada[326]. Son dos modos distintos de realización del principio político-criminal de legalidad, cuya distinción entraña consecuencias en materia de delitos de comisión por omisión –lo decisivo es en ellos la infracción de un deber– y de participación –si en los delitos de acción es autor el que posee el dominio del hecho típico, en los delitos de infracción de un deber es decisivo, sólo y siempre, quién infringe el deber, con independencia de si domina el suceso externo–[327].

A diferencia de la tipicidad[328], las *causas de justificación* no sirven a la descripción de acciones o de lesiones de deberes, sino a *la solución social de conflictos concretos*. Dada la variedad posible de tales conflictos, no es posible su tipificación abstracta por la ley penal, que fracasaría ante la constante mutación de los intereses que intervienen en los concretos conflictos representados por las causas de justificación. Que éstas concurran depende a menudo de disposiciones jurídicas extrapenales que varían con el tiempo y de concepciones sociales todavía más expuestas al cambio[329]. De otra parte, las causas de justificación no podrían describir acciones, ni infracciones de deberes, porque suelen alcanzar a muchos

[325] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 50 y siguientes.

[326] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 43 y siguientes.

[327] Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 45 y siguientes.

[328] No deja de ser inconsecuente que aquí distinga ROXIN entre tipicidad y causas de justificación, cuando es sabido que en otros lugares (sobre todo en *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., inalterada, Berlín, 1970, ps. 42 y s., 132, 171 y 175) rechaza la distinción y defiende la teoría de los elementos negativos del tipo. En *Política criminal*, cit., p. 56, nota 56, aclara que esta teoría no impide reconocer el distinto significado de la parte positiva y la negativa del tipo. Ello es cierto, pero no llega, desde luego, hasta permitir a un defensor del tipo total de injusto reducir el concepto de tipicidad a la parte positiva, porque esto sería precisamente abandonar la teoría de los elementos negativos.

[329] Ver C. ROXIN, *Política criminal*, cit., ps. 55 y siguientes.

tipos y porque la clase de ataque que permiten depende de las particularidades de la concretísima situación en que se plantea el conflicto[330]. Por ello, la ley se limita en las causas de justificación a definir fórmulas generales, que requieren una especial concreción en cada caso particular. El legislador parte en cada causa de justificación de unos pocos principios materiales que, combinados de modos distintos, determinan el contenido de la causa de justificación de que se trate. El juego de tales principios en el caso concreto fija el juicio sobre la justificación o antijuridicidad de un hecho[331]. La función de la ciencia ha de ser, por una parte, descubrir y sistematizar esos principios, y, por otra, concretarlos. Para esto último, "hay que proyectar una fenomenología de las constelaciones características de supuestos de hecho", esto es, la formación de grupos de casos, resultantes de la aplicación de los principios rectores de cada causa de justificación a las distintas situaciones posibles[332].

La culpabilidad, por último, "viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena". En la culpabilidad se decide si el hecho antijurídico "merece" una pena, según los fines de la pena: prevención general y prevención especial[333]. Faltará la culpabilidad cuándo la pena no sea necesaria para ninguna de estas dos finalidades. Es por ello que no es culpable quien no "puede actuar de otro modo" –como el enajenado–: la imposición de una pena no podría motivarles. Pero también falta la culpabilidad en otros casos en que posiblemente concurre el poder de actuar de otro modo y, sin embargo, la pena no es exigida por razones de prevención general ni especial: así, en el estado de necesidad exculpante. El mismo fundamento político-criminal posee la ausencia de culpabilidad por error sobre los presupuestos de una causa de justificación y por desestimiento en la tentativa[334].

La puesta en relación de dogmática y política criminal constituye también objeto de la reciente obra de HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*[335]. Pero la finalidad central de este li-

330 Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 62.
331 Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 57.
332 Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 62 y siguiente.
333 Ver C. ROXIN, ob. cit., p. 67.
334 Ver C. ROXIN, ob. cit., ps. 68 y siguientes.
335 Ver W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck bei Hamburg, 1974.

bro es la distinción de los ámbitos propios de dogmática y política criminal, y sólo como consecuencia de esta distinción conceptual aborda el tema de las referencias político-criminales del trabajo dogmático. El planteamiento es, pues, en cierto modo, inverso al de ROXIN, pues éste presupone la distinción de los conceptos de dogmática y política criminal y empieza por ocuparse de su conexión.

Los resultados de la investigación de HASSEMER son los siguientes: la política criminal y la dogmática deben distinguirse por su objeto específico. El de la política criminal es el *comportamiento desviado y su definición social*[336]. Como parte integrante del sistema de derecho penal –que abarca a la política criminal y dogmática–, la dogmática ha de poseer el mismo objeto último, pero su objeto *inmediato*, que justifica su especialidad dentro del sistema, es distinto. En principio, tal objeto específico es la *ley penal*, en cuanto expresa una determinada estrategia frente al comportamiento desviado (objeto mediato). Pero la dogmática no puede reducir su atención a la ley penal y cerrar los ojos a las necesidades político-criminales. En la concreción de la ley a la realidad debe atender tanto a la ley como a las exigencias de la realidad objeto de su regulación. Necesariamente, pues, se añade a la ley penal como objeto específico de la dogmática la referencia directa a postulados de política criminal. A esto se suma que en ocasiones la ley obliga directamente a la búsqueda de finalidades político-criminales, como sucede en las fórmulas generales destinadas a guiar la determinación judicial de la pena ("gravedad del hecho", "personalidad del autor", etc.)[337].

Precisando más, en base a lo anterior, las funciones respectivas de política criminal y dogmática, HASSEMER deduce el planteamiento que a continuación resumo. La política criminal posee un doble cometido: fijar las *metas* que orientan la estrategia de la lucha contra el comportamiento desviado y plasmarlas en fórmulas legales. Por medio de éstas determina una primera y provisional delimitación de lo penalmente relevante. Aquí acaba su poder de definición. La política criminal corresponde, en este sentido, al legislador[338]. La dogmática jurídico-penal *parte* de las fórmulas legales producto de la política criminal. No puede rebasarlas por

[336] Ver W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, cit., ps. 68 y siguientes.

[337] Ver W. HASSEMER, ob. cit., ps. 146 y siguientes.

[338] Ver W. HASSEMER, ob. cit., p. 194.

imperativo de los principios constitucionales: la división de poderes y la prohibición de analogía contraria al reo. Su misión consiste en la *precisión* definitiva del alcance propio de las fórmulas legales[339]. Pero en esta labor no opera "ciegamente" respecto de las necesidades político-criminales, sino, como se ha visto más arriba, necesariamente orientada por las finalidades político-criminales, pues la aplicación de la ley impone desbordar su tenor y atender a las exigencias del caso, aparte de que en ocasiones la ley se limita a ofrecer cláusulas generales que renuncian a la labor de concreción de las metas político-criminales y obligan a la dogmática a su fijación originaria[340]. Así entendida, la dogmática es labor que desarrollan tanto la ciencia jurídico-penal como la jurisprudencia penal[341].

*b) Referencias a ciencias no jurídicas.*

La tendencia general de aproximación a lo real se expresa también en la especial toma en consideración por la actual dogmática penal alemana de las enseñanzas procedentes de ciencias no jurídicas, en especial de la psicología y la sociología. Dejo para el final la más importante de las ciencias no jurídicas a que hoy se dedica particular atención: la criminología. Antes quiero destacar la tendencia, que se manifiesta en publicaciones recientes, a tener en cuenta los conocimientos psicológicos y sociológicos como dato previo a la elaboración dogmática de conceptos jurídico-penales, o incluso para fundamentar los conceptos básicos del derecho penal.

*a'*) La referencia a la *psicología* en el esclarecimiento de conceptos jurídico-penales fue favorecida por el planteamiento metodológico del finalismo. Como en 1960 cuidaba de recalcar WELZEL, los inicios de la teoría final de la acción, como las bases de su concepto material de culpabilidad, más que en la ontología de HARTMANN se basaron en observaciones efectuadas por la psicología: concretamente, en su descubrimiento de las leyes del *sentido*, como características de la mente humana, frente al mecanicismo que rige el mundo naturalístico[342]. Era una consecuencia de la metodología de WELZEL buscar *antes* del derecho los conceptos *prejurídicos*

[339] Ver H. HASSEMER, ob. cit., ps. 168 y siguientes.
[340] Ver W. HASSEMER, ob. cit., ps. 155 y siguientes.
[341] Ver W. HASSEMER, ob. cit., ps. 146 y siguientes.
[342] Ver H. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., p. 12.

–como los de acción y culpabilidad–. Por desgracia, aunque esto hubiese podido llevar a una aproximación general de la dogmática finalista a la realidad concreta, no fue en el finalismo más allá de las "estructuras lógico-objetivas" representadas por la acción humana y la libertad de voluntad. Y en cambio, su método *deductivo-axiomático, a partir de datos ontológicos, ha acentuado la* importancia del pensamiento sistemático abstracto[343]. Es notoria la influencia que ha tenido en la revitalización del sistema la discusión, nacida del finalismo, en torno a la posición del dolo en la teoría del delito.

La atención que hoy dedica una parte de la bibliografía alemana a los conocimientos psicológicos pretende ir más allá de las abstractas estructuras lógico-objetivas. Quiere, precisamente, llenar de contenido concreto categorías dogmáticas abstractas. Para poner un ejemplo, mencionaré en este sentido los libros de SCHEWE, *Bewusstsein und Vorsatz* y *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*[344]. Si al finalismo había preocupado la colocación sistemática del dolo, SCHEWE intenta concretar su contenido psicológico, sin duda más importante. Más alcance posee todavía el intento de ciertos autores de buscar las relaciones entre *psicoanálisis* y fundamentos del derecho penal, relaciones que se enjuician de muy diversa forma[345]. Por lo demás, ámbito clásico de influencia en la ciencia penal de la psicología sigue siendo la culpabilidad y, en especial, la cuestión del libre albedrío. Negando su posibilidad desde el punto de vista psicológico, es significativo el libro de DANNER[346].

*b'*) Especial relieve merece la aproximación a la *sociología* por parte de un novísimo sector de la ciencia penal alemana. Ya ha habido ocasión de analizar los planteamientos de algunos de los auto-

[343] Así, C. ROXIN, *Política criminal*, cit., ps. 37 y ss. Recoge la expresiva opinión de SCHAFFSTEIN: "WELZEL ha proporcionado a la deducción lógico-dogmática una fuerza desconocida desde los tiempos de BINDING". La cita corresponde *Tatbestands- und Verbotsirtum*, en *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, 1961, p. 178.

[344] Ver G. SCHEWE, *Bewusstsein und Vorsatz*, Lübeck, 1967, y *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972.

[345] Ver A. PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München, 1974, p. 267; A. MITSCHERLICH (editor), *Psychoanalyse und Justiz*, ps. 197 y s.; T. MOSER, *Psychoanalyse und Justiz*, en ZRP, 1971, ps. 106 y ss. El escrito de habilitación de HAFKE, discípulo de ROXIN, ha versado sobre el tema *Generalprävention und Psychoanalyse*.

[346] Ver M. DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 3ª ed., 1974.

res característicos de esta dirección (HASSEMER, AMELUNG y CALLIESS). Se basan en el funcionalismo de la sociología de PARSONS, introducida en Alemania gracias, sobre todo, a la *Systemtheorie* de LUHMANN[347]. Una idea es común a estas posturas: el derecho no es más que forma y reflejo de una estructura social, por lo que la ciencia del derecho ha de ocuparse de esa estructura social. En otras palabras, la ciencia del derecho ha de ser una ciencia social. A la hora de responder a preguntas tan fundamentales para el derecho penal como: ¿Qué conductas merecen ser castigadas?[348] y ¿cuál es la función del derecho penal?[349], esta dirección cree necesario remitir al que consideran específico terreno del derecho: la sociedad, o mejor, los sistemas sociales. No el formal mundo de las normas, ni tampoco el ámbito espiritual-cultural de los valores –como pretendían, respectivamente, el formalismo positivista y la dogmática de las ciencias del espíritu–, sino sólo el funcionamiento de los sistemas sociales puede suministrar los criterios de respuesta a las cuestiones planteadas. Sólo la observación de las concretas necesidades de funcionamiento de los sistemas sociales permite decidir qué acciones han de ser sometidas al derecho penal[350]. Y únicamente una comprensión de las normas penales a partir de la estructura de las acciones comunicativas de varios sujetos y como momento que incide en ella, abre el camino a una correcta fundamentación del derecho penal y de sus dos componentes centrales, el delito y la pena, que ahora parecen poder entenderse, por fin, como fenómenos específicamente sociales, como quería VON LISZT[351].

La dirección sociológica es, a mi juicio, tal vez la que mayores posibilidades de futuro posee entre las corrientes del actual pensamiento jurídico-penal alemán. Personalmente suscribo muchos de sus puntos de vista y lo he manifestado al examinar la función del derecho penal y los límites del *ius puniendi* representados por el concepto del bien jurídico y el principio de resocialización. Precisamente por esto no es necesario exponer ahora con mayor detenimiento el contenido de esta posición metodológica. Baste en

[347] En directa referencia al derecho, ver N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972; mismo autor, *Rechtssystem und rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.

[348] A esta cuestión se dedica la obra de K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., Frankfurt, 1972.

[349] Sobre el tema, la importante monografía de R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, cit., Frankfurt, 1974.

[350] Ver K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., ps. 358 y siguientes.

[351] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 15 y siguientes.

este lugar exponer brevemente la razón por la que creo válido el planteamiento sociológico examinado. Al considerar la ciencia jurídico-penal como ciencia de los sistemas sociales, pude alcanzar la meta de ser verdadera ciencia social, pero sin que ello suponga abandonar el específico campo de lo normativo-jurídico. Pues no se trata de reducir la ciencia del derecho a descripción sociológica de los *hechos* jurídicos, en su efectiva producción, como pretendía el positivismo sociológico de principios de siglo. La nueva corriente propugna, precisamente, el estudio de lo *específico* del derecho, que reconoce, al modo del positivismo jurídico, en el *deber* ser de las normas. Si, pese a ello, afirma la naturaleza social de la ciencia del derecho, es a través del siguiente razonamiento: las normas jurídicas son expresión formal de comportamientos sociales, aunque no sea en el plano de ser, sino en el del deber ser; por tanto, analizar el contenido de la norma jurídica es hacerlo de las conductas sociales imaginadas por la misma. "El que matare a otro" es fórmula que expresa una relación comunicativa de tres sujetos: autor, víctima y Estado. Dicho de otro modo: estudiar el derecho, siquiera en su específica normatividad, es estudiar procesos sociales. Ésta es la única vía de superar la dicotomía en que, desde VON LISZT, han caído los planteamientos metodológicos que postulan una aproximación de dogmática y realidad social. Aparte de que los *datos* de la sociología han de servir de *base* a la dogmática, deben fundirse la sociología, como ciencia del ser, y la dogmática, como ciencia del deber ser, en una ciencia *social* del *derecho* que, sin abandonar el específico mundo de las normas, las conciba como formalización de procesos sociales.

Tal perspectiva no es incompatible con la unión sistemática de dogmática y política criminal propugnada por ROXIN. Al contrario, ambos puntos de vista pueden y, posiblemente, deben completarse mutuamente. Un modo de hacerlo podría ser éste: la formulación de ROXIN ofrece un importante aspecto del *contenido* que corresponde a una dogmática jurídico-penal concebida en el sentido más arriba indicado, como ciencia social del derecho.

*c'*) Para el final dejaba la aproximación de la dogmática jurídico-penal a la *criminología*. Se trata de una relación cuya necesidad se siente hace tiempo. Recuérdese el programa de VON LISZT: una política criminal sobre bases científicas, esto es, criminológicas[352].

[352] Ver F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, cit., en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, cit., II, ps. 78 y siguiente.

Pero en Alemania puede hablarse de un renacimiento de la conciencia de tal necesidad a partir de la llamada de atención que en 1957 supuso la obra de WÜRTENBERGER sobre "La situación espiritual de la ciencia del derecho penal alemana". Advertía este autor: "El dogmático del derecho penal dirigido a una interpretación del derecho vigente debe traspasar las fronteras de su estrecha especialidad y atreverse a una apertura a la realidad"[353]. Para ello –añade más adelante el autor– es esencial el conocimiento de la criminología, cuyas cuestiones se hallan a menudo en primer plano y deberían contribuir de forma esencial a la solución de los problemas dogmáticos: "Durante demasiado tiempo se ha detenido la ciencia del derecho penal alemana en problemas dogmáticos con frecuencia infructuosos e incluso en sutilezas, en lugar de dejarse guiar por las tendencias a la *política criminal* sobre la segura base de la investigación criminológica". En nota se refiere al "escaso interés de la ciencia del derecho penal por la criminología"[354].

Ya WÜRTENBERGER señalaba la necesidad de replantear el método de una criminología útil a la dogmática. Había que renunciar a considerarla una pura ciencia de la naturaleza, al estilo de la antropología de LOMBROSO o de la biología criminal en que solía anclarse la criminología alemana. Para aprehender en su totalidad el complejo hecho delictivo era preciso reconocer que a la criminología corresponde tanto una vertiente de ciencia natural como de ciencia del espíritu, puesto que el delito no es sólo un hecho naturalístico, sino que también, en cuanto hecho humano, posee significado *espiritual* y participa del mundo de la *cultura* y sus *valores*. Por ello, junto a la biología criminal debían darse cabida en la criminología a la sociología y la psicología social, entendidas como ciencias del espíritu[355].

En los últimos años se advierte en Alemania la efectiva realización del giro metodológico propuesto por WÜRTENBERGER para la criminología. En el "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" de Friburgo trabaja bajo la dirección de G. KAISER un importante grupo de investigación criminológica

[353] Cfr. Th. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 31.

[354] Ibídem, p. 37.

[355] Ibídem, ps. 40 y siguientes.

que sigue la orientación *sociológica* característica de la criminología norteamericana[356].

## II. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO QUE SE PROPONE

### 1. *Bases del sistema.*

A la vista de la evolución histórica y de las direcciones actuales de la metodología de nuestra ciencia, es hora de pronunciarse y explicitar el planteamiento que se suscribe. Conviene, para ello, partir de las enseñanzas a extraer de la historia y del presente, si es que se quiere obtener una construcción históricamente justificada, que se inserte en el proceso evolutivo de la ciencia penal moderna. Sólo aprovechando el pasado y, desde luego, el presente, puede intentarse tender un puente hacia el futuro.

#### A) *Premisas políticas y científicas de una metodología actual.*

*a*) La *historia* del método jurídico-penal responde a dos factores: la evolución de las ideas *políticas* y el proceso *filosófico-científico*. Puede verse un claro trasfondo político en la metodología clásica, en el positivismo jurídico y naturalista, en la escuela de Kiel, en el auge del finalismo. El progreso filosófico-científico influye también en el clasicismo, en el positivismo, en el neokantismo, en el finalismo y en la escuela de Kiel. Al exponer estos movimientos metodológicos hubo ocasión de mostrar ambos tipos de condicionamientos, pero conviene ahora resumirlos brevemente.

*a'*) El Estado *liberal* se hallaba tras el clasicismo y el positivismo jurídico. En tanto las ideas liberales no se tradujeron en derecho positivo, la ciencia penal clásica pasó por encima de éste y prefirió buscarlas elaborando un derecho natural racional. Cuando los códigos incorporaron los principios de ese derecho liberal, el jurista liberal se convirtió en positivista (jurídico).

[356] Sobre las bases de este grupo, ver G. KAISER, *Probleme, Aufgaben und Strategie kriminologischer Forschung heute*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 83, 1971, ps. 253 y siguientes.

El positivismo *naturalista* se apoyó en la filosofía política del Estado *social* intervencionista. Base del programa es la *scuola positiva*, como de la política criminal de VON LISZT, era la ampliación de las competencias del Estado: debía pasar a combatir activamente la delincuencia, interviniendo con ello en la vida social y abandonando el papel de árbitro que le asignaba el liberalismo.

No hace falta destacar que el irracionalismo de la escuela de Kiel estuvo al servicio del Estado *totalitario* nacional-socialista. La reacción contra éste había de ser, precisamente, el factor tal vez más importante del auge que tras la Segunda Guerra Mundial alcanzó la metodología ontologista del finalismo. En ella se vio una vía de superación del positivismo neutral y del relativismo valorativo, característico del neokantismo, a los que se acusó de haber impedido una toma de posición por los juristas frente al "derecho" nazi –pues seguía siendo "derecho" para el positivismo–.

*b'*) Desde la perspectiva del progreso filosófico-científico, cabe trazar el siguiente cuadro: el clasicismo iusnaturalista reflejaba todavía una fase "metafísica" o "precientífica" –según la terminología positivista–; el positivismo quiso asegurar el carácter "científico" de nuestra disciplina; el neokantismo amplió el estrecho concepto positivista de ciencia, acudiendo a la noción de "ciencias culturales" o del "espíritu"; la escuela Kiel pretendió superar el formalismo neokantiano, siguiendo, en parte, la tendencia de la filosofía de este siglo hacia lo concreto; el finalismo, por último, ha querido superar las limitaciones subjetivistas del neokantismo, mediante un giro a los objetos reales.

*b*) La observación del *actual estado* de la metodología en Alemania pone también de manifiesto la influencia de ambos tipos de factores, políticos y científicos. Por una parte, la tendencia a la *revisión político-criminal* de las decisiones básicas del derecho penal actual, puede ser exponente, en ciertos sectores, de la crisis que sufren las concepciones políticas clásicas. Por otra parte, la *aproximación a ciencias no jurídicas* como la psicología, la sociología y la criminología se debe, acaso, a que el antiguo propósito de superar el alejamiento de la realidad es hoy más fácil de realizar debido al progreso experimentado por esas ciencias. En especial es esto válido respecto de las ciencias sociales, que ahora cuentan con una avanzada metodología, capaz de reclamar la atención de la ciencia jurídica. Más evidente es, todavía, el influjo que el reciente desarrollo de los lenguajes formales –lógica formal, lingüística, cibernética–, y su introducción en la llamada *Rechtstheorie*, han teni-

do en los intentos de formalizar la elaboración de la dogmática jurídico-penal.

*c*) A la hora de tomar posiciones adecuadas al actual estado de la metodología jurídico-penal, conviene, pues, partir de consideraciones políticas y científicas ajustadas al momento presente. Intentaré anticipar de modo suscinto las que tomaré como base.

*a'*) Basar el método jurídico-penal en una concepción política determinada, esto es, proclamar una metodología políticamente "comprometida", constituye una exigencia del actual momento cultural. Ya dije que el finalismo se presentó como reacción contra la neutralidad valorativa del positivismo y del neokantismo. En Alemania se notó especialmente la necesidad de oponer una alternativa crítica al derecho positivo tras la experiencia nazi, que mostró hasta dónde podía llevar un positivismo dispuesto a aceptar cualquier contenido normativo procedente del poder político. En la actualidad se ha generalizado la tendencia a considerar necesaria en las ciencias sociales una clara perspectiva política. Que ello ha alcanzado ya a nuestra parcela lo prueba el hecho de que un reciente libro editado por TAYLOR, WALTON y YOUNG, bajo el expresivo título *Critical criminology*, empiece constatando "la politización de la filosofía social y de las ciencias humanas en general en la última década", para afirmar la especial necesidad de que ello se refleje también en la criminología[357]. La universidad española de los últimos años ha sido fiel testimonio de esta tendencia general a indagar el sentido político de los planteamientos culturales. Ello ha sido favorecido, evidentemente, de modo particular por las circunstancias políticas de nuestro país, que impiden una posición acrítica frente al derecho vigente. Partiendo de estas observaciones, explicitaré a continuación las *bases ideológicas* que presiden la concepción del método jurídico-penal que suscribo y luego desarrollaré.

Al trazar los límites del *ius puniendi* partí de una triple concepción del Estado: como Estado de Derecho –o liberal– por lo que se refiere al aspecto *formal* de vinculación a la ley, y como Estado social y Estado democrático por lo que afecta a su *contenido*. El Estado de Derecho y el Estado social son modelos políticos realizados en la mayor parte de países de nuestra área de cultura. Salvo en los regímenes totalitarios, no se excluyen, sino que se super-

[357] Ver *Critical criminology*, edit. por I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, London-Boston, 1975, p. 1.

ponen, de modo que el Estado social sigue siendo Estado de Derecho. El Estado *democrático*, en cambio, entendido como sistema político que, junto a la "libertad" formal del Estado liberal y la "fraternidad" del Estado social, procure la efectiva *–concreta–* "igualdad" de los ciudadanos, está todavía, en mayor o menor medida, lejos de haberse conseguido. Entiendo que la búsqueda de ese Estado democrático *–auténticamente* democrático– debe presidir hoy las bases de nuestra ciencia, si no se quiere que se estanque en modelos políticos ya insuficientes.

El planteamiento que sirve de base a esta concepción del Estado democrático se aviene con el signo que preside la evolución del pensamiento de nuestro siglo. Como ya dije más arriba, la filosofía contemporánea ha ido de lo abstracto a lo concreto[358]: del hombre ideal-racional de KANT al hombre *situado* del existencialismo, en el que falta incluso una "esencia" distinta a su "existir" temporal, pasando por el hombre condicionado socialmente que inauguró el materialismo dialéctico. En la filosofía política habrá, pues, que pasar, de forma paralela, de una democracia formal y abstracta, que el liberalismo imaginó para el ciudadano ideal, no determinado socialmente y, por tanto, teóricamente igual a todos sus semejantes, a una democracia que sirva al hombre real y concreto, inmerso en los condicionamientos particulares que le impone la vida social.

Pero la búsqueda de un tal Estado democrático no implica renunciar a las exigencias políticas del Estado de Derecho y del Estado social, a las que debe añadirse, y no sustituir, el Estado democrático. En especial, debe insistirse en la necesidad de mantener las garantías propias del Estado de Derecho, como ha comprendido el mundo tras la experiencia del fascismo y el nacionalsocialismo. Entre nosotros tiene especial sentido esta observación.

Las premisas explicitadas han de presidir, según entiendo, el contenido de la elaboración jurídico-penal. En cuanto parte de tal contenido, desbordan propiamente el tema del *método* de nuestra ciencia, pero no en la medida en que condicionan previamente el propio método que permite introducirlas en la labor científica del penalista. Por de pronto, para que pueda reflejarse en el contenido de la ciencia penal el planteamiento político esbozado, ha de admitirse una metodología jurídico-penal que dé cabida a la *valo-*

[358] Ver J. VÉLEZ CORREA, *Filosofía moderna y contemporánea*, cit., ps. 438 y siguiente.

*ración* ideológica. Si al jurista se le negase esta posibilidad, en nombre de la sujeción positivista al estudio del derecho constituido, sería inaceptable pretender que sus creencias políticas tuviesen reflejo en su investigación científica. Por otra parte, en un problema tan esencialmente perteneciente al método jurídico-penal como es el de los *límites de la interpretación* y la admisibilidad o no de la *analogía*, es importante la opinión que se tenga sobre el principio político de legalidad. Por último, no deja de afectar al método el partir de una imagen del hombre concreto al abordar los conceptos jurídico-penales, pues ello constituye un camino determinado que se traza a la investigación.

*b'*) El progreso científico de nuestra ciencia no se halla desvinculado de la evolución general de las ideas ni de las políticas en particular. La mencionada tendencia que lleva de lo abstracto a lo concreto, de la democracia formal a la real, se refleja con claridad en este segundo aspecto: de la actitud metafísica propia del clasicismo se pasa al planteamiento científico, positivista primero y específico de las ciencias del espíritu después; y del formalismo positivista se va a un mayor realismo antiformalista. El proceso culmina en las actuales corrientes, que permiten, según dije, destacar como rasgo central de la metodología alemana presente la *aproximación a la realidad*.

En realidad, tal aproximación constituyó ya el programa del positivismo naturalista, que lo opuso al abstracto método clásico. Pero no se consiguió entonces introducirlo en la ciencia del *derecho penal*, sea porque se creyó poder prescindir de lo jurídico –como la *scuola positiva*–, sea porque no se quiso llevar la consideración empírica del delito a la jurídica –como en el característico sistema dual de VON LISZT, en el que criminología y política criminal no encontraban reflejo en la dogmática–. El planteamiento actual no sólo no desprecia la elaboración jurídica, sino que intenta introducir en el seno mismo del método *jurídico*-penal consideraciones empíricas. Las observaciones de la hermenéutica en cuanto a los condicionamientos metajurídicos del proceso de aplicación de la ley a la realidad, la unión de política criminal y sistema de derecho penal en el planteamiento de ROXIN y la concepción de la ciencia del derecho penal como ciencia social, son expresión del deseo actual de una metodología jurídico-penal vinculada a la realidad.

Por la misma razón que suscribo una ciencia penal que sirva al hombre concreto, he de manifestarme abiertamente favorable a esa orientación realística de nuestro método. Dada la pluralidad

de direcciones actuales en este sentido, ello me obliga a tomar posición frente a las mismas. Entiendo que, como es frecuente, cada una de las corrientes acabadas de mencionar encierra sólo una parte de verdad y que es precisa, por consiguiente, su conciliación.

Por de pronto, la concepción del derecho penal como ciencia social es un planteamiento dotado de más amplio alcance teórico que los demás, pues afecta a sus mismos fundamentos, mientras que las observaciones realísticas de la hermenéutica se refieren solamente a uno de los aspectos de la ciencia penal, el proceso de aplicación de la ley, y la vinculación de la política criminal al sistema dogmático apunta a otro aspecto parcial de nuestra ciencia, la elaboración dogmática. Esta diversidad de niveles permite hacer compatibles los tres puntos de vista, según la siguiente fórmula:

*a*) La consideración de la ciencia del derecho penal como *ciencia social*, en cuanto afecta a la *naturaleza* (social) de los conceptos dogmáticos, ha de ofrecer la base de una *elaboración teórica* realista.

*b*) Al nivel de control de corrección de la *aplicación de la ley* –objetivo último del método jurídico-penal– pertenecen: las modernas aportaciones de la *hermenéutica* y el pensamiento *problema*, como punto de partida para la formulación de un *sistema "abierto"*.

*c*) La unión de *política criminal y dogmática* puede, por último, tener ahora el sentido de ofrecer la base científico-empírica a la contemplación de la realidad que postulan las anteriores perspectivas mencionadas.

Más adelante desarrollaré esta formulación.

B) *Superación de las críticas a la dogmática.*

Antes de extraer pormenorizadamente las consecuencias que para la concepción del método jurídico-penal se derivan de las premisas anunciadas, quisiera poner de relieve que, además de fundarse en las razones expresadas, pretenden ofrecer una respuesta a las críticas que en forma creciente suelen dirigirse a la dogmática jurídica.

Aunque a menudo tales críticas apuntan a todo método dogmático, sin distinguir –hasta el punto de que llegue a aparecer algún libro con el título: "¿Puede hoy el jurista seguir siendo un dogmático?"[359]– los argumentos que acostumbran a esgrimirse afec-

[359] U. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübingen, 1973.

tan solamente a una dogmática *estrechamente* positivista. Los más importantes podrían ser, probablemente, reunidos en torno a las dos ideas siguientes: *a*) la dogmática es políticamente reaccionaria, porque al someterse incondicionalmente al derecho positivo cierra las puertas a toda posibilidad de crítica del sistema jurídico y consagra todo poder político dotado de la fuerza suficiente para dictar normas jurídicas; *b*) la dogmática se halla alejada de la realidad, permaneciendo encerrada en el mundo formal de unas normas jurídicas que, tomadas aisladamente, dejan de concebirse como instrumento de configuración de la vida social. La doble perspectiva que sugiero –valoración política y realismo en la ciencia penal y en la dogmática misma– constituye un intento de superar esas importantes críticas que comprometen el futuro de nuestra ciencia. Si, manteniendo el derecho positivo como objeto de estudio, se da entrada en la dogmática a su valoración crítica y a su elaboración progresiva conforme a postulados ideológicos que se sustenten, dejará de poder acusarse a la dogmática de mero instrumento del poder constituido[360]. Y si se consiguiese derrumbar la valla que aísla a la dogmática de la realidad social, sin descuidar el específico sentido normativo de lo jurídico, sino, al contrario, considerando al derecho como forma de configuración de la vida social, esto es, como uno de los más importantes *sistemas sociales*, se demostraría que estudiar las normas jurídicas constituye uno de los modos de abordar la contemplación de la vida social: que la ciencia del derecho penal es una ciencia social.

Pero adviértase que la realización de este doble programa es difícil. Pues no admite la *sustitución* simplista del derecho positivo por la opinión ideológica, por una parte, ni de las normas jurídicas por la realidad sociológica, por otra, sino que pretende la *síntesis* de esas antinomias: derecho positivo y valoración, y norma jurídica y hecho social. La forma de arbitrar la síntesis de esos aspectos sin suprimir sus exigencias específicas podría ser:

1°) Empezar por distinguir en la ciencia penal dos grandes cometidos específicos, representados por la política criminal y la dogmática jurídico-penal. A la política criminal correspondería una doble función: *a*) fijar las premisas *axiológicas* del derecho penal, *b*) en base a la contemplación de las conclusiones obtenidas por

[360] En nuestro país escribe abiertamente RODRÍGUEZ DEVESA, que "no es posible desentenderse de si (una solución jurídica) es justa o injusta": Prólogo a C. MARTÍNEZ BURGOS, *Las drogas ante la ley*, Madrid, 1973.

la criminología acerca de la *realidad* del delito y de la pena. La dogmática serviría a la elaboración del derecho positivo con vistas a su aplicación a la vida real.

2°) Una vez distinguida política criminal y dogmática, debería buscarse su confluencia. El modo de conseguirlo sería introducir en el seno de la dogmática la perspectiva político-criminal previamente obtenida, en sus dos aspectos apuntados de *valoración* y conexión con la *realidad criminológica*.

El sistema esbozado permitiría a la vez distinguir y conciliar las funciones correspondientes a las distintas integrantes de lo que desde VON LISZT se llama "global ciencia del derecho penal" (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), lo que constituye una necesidad fuertemente sentida en nuestros días, tanto a nivel de fundamentos metódicos de nuestra ciencia[361], como para evitar las inadmisibles contradicciones que la disfuncional falta de coordinación sistemática de política criminal y dogmática en la práctica origina, pues es sabido que a menudo el juez se halla ante el dilema de elegir entre una solución político-criminalmente aconsejable, pero dogmáticamente infundada, y otra dogmáticamente coherente pero desacertada desde la perspectiva político-criminal (piénsese, por ejemplo, en la problemática que, en este sentido, plantea la llamada "antinomia de los fines de la pena")[362].

## 2. *La valoración en la ciencia penal.*

El primer aspecto del planteamiento anterior que desarrollaré, es la necesidad de una política criminal *reconocidamente valorativa* y esencialmente *crítica*. Le corresponde, según lo dicho, una doble función en el seno de la global ciencia del derecho penal: *a*) *de lege ferenda*: la fijación de los objetivos que debería seguir el derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad de crítica; *b*) *de lege lata*: orientar a la dogmática en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, posibilitando no sólo la superación de una dogmática "ciega", de espaldas a la función práctica del derecho penal, sino también la evitación de una dogmática acrítica y puramente tecnocrática.

[361] En este sentido ver, por ejemplo, R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., p. 12.

[362] Ver sobre este problema el planteamiento de W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburg, 1974, ps. 58 y siguientes.

A) *La valoración "de lege ferenda".*

La introducción de la idea de valor en la primera función de la política criminal *–de lege ferenda–* no puede ser discutida. No obstante, la concepción "moderna" de la política criminal, debida principalmente a VON LISZT, se ha demostrado reacia a admitir en su seno los juicios de valor. Precisamente en ello buscó una de las notas que la diferenciaban de la concepción "racionalista" de la política criminal, imperante en el siglo XIX con anterioridad al giro metodológico que propugnó el positivismo naturalista. Antes de VON LISZT era ya común la expresión "política criminal"[363], pero, coherentemente con la metodología apriorista-racionalista característica del clasicismo, se veía en ella el conjunto de postulados *valorativos*, dictados por la razón, que debían guiar a la legislación penal. La moderna dirección de la política criminal entendió a ésta de modo distinto: para pasar de mera "política" a "ciencia"[364], debía concebirse como conjunto de principios derivados de la observación científica (empírica) del delito y de la pena, llamados a orientar la estrategia de la lucha contra la delincuencia. En palabras de VON LISZT: la política criminal "es la síntesis ordenada de los principios según los cuales ha de guiarse la lucha del orden jurídico contra el delito. Se basa en la sociología criminal; pues no es posible combatir el delito sin haberlo concebido previamente como fenómeno sometido a determinadas leyes. Y en esta medida, pero también sólo en esta medida, esto es, en su fundamento sociológico, la política criminal es ciencia en el sentido estricto de la palabra"[365]. Ésta es la diferencia que el mismo VON LISZT reconoce entre el planteamiento "científico" y el que caracterizó al anterior reformismo de la Ilustración: "El siglo XVIII pretendía combatir el delito sin estudiarlo. El siglo XIX, en cambio, se basa en la estadística criminal y en la investigación científica del delito . . ."[366].

[363] Así, Q. SALDAÑA, en *Adiciones* al *Tratado* de VON LISZT, cit., I, p. 10. Ampliamente, también, E. LANGLE, *La teoría de la política criminal*, Madrid, 1927, ps. 27 y siguientes.

[364] Como subraya E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte*, cit., p. 364, VON LISZT no quiso llevar su programa por la vía política, sino por la científica.

[365] Cfr. F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, cit., en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, cit., ps. 78 y siguiente.

[366] F. VON LISZT, *Die Zukunft des Strafrechts*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, cit., p. 24.

Si el concepto positivista de ciencia, de que partía la moderna dirección de VON LISZT, no permitía la entrada a juicios de valor, mal podrían admitirse éstos para una política criminal concebida como ciencia *–angewandte Wissenschaft–*[367] en los términos positivistas. De ahí el intento de reducir el cometido de la política criminal a derivar *directamente* de la ciencia criminológica los postulados reformistas: una vez identificadas científicamente las causas del delito y el modo más eficaz de combatirlas (criminología), sólo quedaba extraer la consecuencia, que se creía también "científica", de postular la orientación del derecho positivo en aquel sentido (política criminal). No se veía la necesidad de que interfiriesen en esta relación de criminología y política criminal juicios de valor subjetivos no deducidos sin más de la observación científico-positivista. Parecía poder obviarse mediante la apelación, como único criterio valorativo, a la "*eficacia*" de la lucha contra el delito.

La criminología sí podía, ciertamente, mostrar "científicamente" –naturalísticamente– las soluciones más "eficaces", pues este concepto no desbordaba el planteamiento de causa-efecto característico de las ciencias empíricas. Pero tras la "eficacia" se daba por supuesta una escala de valores no demostrables en base a la observación, a saber, la que decidía el carácter delictivo de los hechos a combatir eficazmente y, también, los límites de esa lucha. Así, la observación empírica puede, tal vez, aconsejar la medida más eficaz para atacar ciertos delitos contra la propiedad, pero ello presupone que se admite que tales hechos deben constituir delito, lo cual podría ser negado a partir de premisas económico-sociales distintas a las del propio sistema de producción capitalista. La decisión político-criminal de ataque a los delitos contra la propiedad no es, pues, ajena a la valoración ideológica[368].

[367] Ver F. VON LISZT, *Über den Einfluss*, cit., p. 79. Subrayaba el carácter de ciencia E. LANGLE, *Teoría de la política criminal*, cit., p. 20.

[368] H. ZIPF propone otro ejemplo para mostrar la imposibilidad de derivar directamente de la observación criminológica, sin pasar por la valoración, las decisiones político-criminales: la llamada cifra oscura de la criminalidad es, ciertamente, un problema de pura constatación empírica, pero de su existencia en ciertos delitos no cabe deducir sin más el tipo de reacción político-criminal. Lo prueba, según él, el hecho de que el dato de una elevada cifra oscura se utiliza a la vez como argumento abolicionista en el aborto y como índice de la necesidad de más enérgica reacción frente al delito financiero: H. ZIPF, *Kriminalpolitik*, cit., 1973, p. 9.

El planteamiento "cientifista" que inspiró a la moderna concepción de la política criminal quedaba, por esta vía, sometida a un importante reparo político. Al renunciar a una contemplación valorativa de los valores acogidos o a acoger por la ley, no consiguió permanecer en una posición *neutral* respecto de los mismos. Por el contrario, con ello había de convertirse en instrumento, más o menos ciego, del *statu quo*. La política criminal pretendidamente "científica" y no valorativa estaba llamada a desempeñar un claro papel político de conservación de los valores imperantes. En la medida en que así cerraba las puertas a una reforma de los fundamentos ideológicos, no sólo estaba minimizando su proclamada vocación reformista, sino que podía hacerse acreedora de la acusación de poseer carácter *reaccionario*.

Si se quieren evitar estas consecuencias y superar la concepción de una política criminal tecnocrática al servicio de un conservadurismo incondicional y acrítico, no hay otro camino que el reconocimiento explícito de su naturaleza valorativa y de su legitimación para fijar las finalidades y los límites políticos del derecho penal[369]. La política criminal no ha de limitarse a servir eficazmente a unos valores dados, sino que debe comprometerse en la contemplación valorativa y, por tanto, crítica, de los mismos fundamentos axiológicos del ordenamiento positivo[370]. Para decirlo en una frase: Debe pasarse de una política criminal "tecnocrática" a una política criminal "política".

B) *La valoración "de lege lata".*

En el apartado anterior se ha defendido la oportunidad de la admisión explícita de juicios de valor críticos en el primero de los aspectos en que opera la política criminal: *de lege ferenda*. Aquí he

[369] No basta, según esto, designar como cometido valorativo de la política criminal la fijación de los *límites* del derecho penal, como parece insinuar JESCHECK, que le atribuye como finalidad la orientación del derecho penal en el sentido de la *eficacia* dentro de ciertos límites, como los principios de culpabilidad, de Estado de Derecho y de humanidad: *Lehrbuch*, cit., ps. 13 y siguiente.

[370] R. ZIPF, *Kriminalpolitik*, cit., 9, escribe: "En cuanto se trata de fijar y realizar metas político-criminales, es necesario adoptar decisiones valorativas. Estas decisiones valorativas no se derivan del resultado de un examen empírico (es decir, del ser), sino que han de obtenerse a partir de baremos normativos. Lo que debe ser no se deduce de lo que es, sino de la decisión en favor de una determinada posibilidad de configuración".

de referirme a la conveniencia de introducir la valoración político-criminal en el seno mismo de la dogmática, esto es: *de lege lata*. En este segundo cometido de la política criminal hay que incluir dos aspectos, según que las valoraciones político-criminales procedan directa e inequívocamente de la ley o sean fruto de la elaboración doctrinal.

*a) Valoraciones procedentes inequívocamente de la ley.*

Sólo el segundo tipo de valoración puede hoy suscitar dudas, pues el simple desvelar las valoraciones expresadas por la ley se reconoce generalmente como esencial a una ciencia normativa como la jurídica. Si ello se admite desde que se maneja el concepto de ciencias del espíritu[371], en la actualidad, cuando ni siquiera parece posible afirmar que las propias ciencias de la naturaleza se hallen libres de los juicios de valor[372], no puede ser puesto en duda[373].

En efecto, si las proposiciones jurídicas expresan imperativos de deber ser –esto es, valorativos–, descubrir su sentido ha de imponer la penetración en los juicios de valor sustentados por ellas. Puede decirse, en este sentido, que la misma interpretación de la ley en sentido estricto exige la consideración valorativa de los preceptos legales[374]. Es lógico que ENGISCH reconozca "gran significación" a las "valoraciones fundamentales de las proposiciones jurídicas" para la determinación de su contenido[375]. Aunque necesaria,

[371] Desde la perspectiva neokantiana, ya G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., Stuttgart, 1963, ps. 91 y ss., sobre todo p. 95, incluía la ciencia del derecho entre las ciencias referidas al valor (*wertbezieend*); y W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 23, decía: "Propiamente, el derecho mismo es un juicio de valor sobre hechos de la vida".

[372] En este sentido H. ALBERT y E. TOPITSCH, en la Introducción al libro dirigido por ellos *Werturteilstreit*, Darmstadt, 1971, p. IX.

[373] Así, H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho, fundamentos del derecho*, trad. esp. de E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1968, p. 425: "toda interpretación de la ley es, en buena parte, interpretación valorativa".

[374] En la actualidad H. HENKEL afirma que la norma jurídica es norma de valoración: *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., ps. 391 y 417. (Lo que no se niega por quienes, como nosotros, creemos *mas esencial* el carácter imperativo, pues con ello no se pretende que éste sea la *única* nota de la norma penal.) Ver también: R. ZIPPELIUS, *Einführung in die Rechtswissenschaft, Ein Studienbuch*, 2ª ed., München, 1970, p. 17.

[375] Ver K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 5ª ed., Stuttgart, 1971, p. 28.

es insuficiente en esta labor la utilización de la sola *lógica formal*. En la actualidad se entiende que las consideraciones *materiales* –o de lógica material– no sólo están llamadas a *completar* al derecho en caso de laguna legal, sino que integran el *centro* de la propia *interpretación* de la ley[376].

Entre los supuestos en que es preciso descubrir valoraciones inequívocamente sustentadas por la ley no cuentan solamente aquéllos en que ésta las formula expresamente. A menudo será preciso en la interpretación acudir a valoraciones no expresadas directamente por el derecho positivo, pero que sin duda serán lícitas por resultar *requeridas* o *presupuestas* por el derecho.

Un caso especialmente inequívoco de valoraciones situadas fuera de la ley pero *requeridas* por ella, lo ofrecen los elementos normativos referidos a valoraciones sociales (por ejemplo: "el pudor o las buenas costumbres" del art. 431 del Código Penal): no sólo permiten, sino que obligan a partir de valores vigentes en la sociedad. Pero hay que insistir en que ni siquiera en estos casos es admisible la introducción por el intérprete de juicios de valor exclusivamente personales, pues la ley no remite a éstos, sino a los que rigen *objetivamente* en la sociedad. Cabría el recurso de casación frente a una sentencia que tomase como base en estos casos la exclusiva opinión del juez. Ésta únicamente puede operar como un *dato* para el conocimiento de la requerida valoración social, como "material de conocimiento" (*Erkenntnismaterial*)[377].

No tan evidente, aunque igualmente necesaria, es la referencia a juicios valorativos no expresados ni requeridos por el derecho pero *presupuestos* por él. Aquí deben destacarse las valoraciones que se derivan de la idea del derecho *correcto*. Con esta expresión se alude a la hipótesis fundamental según la cual todo derecho constituye, como decía felizmente STAMMLER, un intento –satisfactorio o no– de llegar a un derecho *correcto*[378]. Con esto guarda cierta relación la difícil cuestión de los límites del positivismo jurídico: Desde el momento en que se proclama la hipótesis de la *corrección*

[376] Ver Arthur KAUFMANN y W. HASSEMER, *Grundprobleme*, cit., ps. 69 y ss.; H. RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie des Politischen*, Newied-Berlín, 1969, ps. 46 y s., señala la insuficiencia del puro análisis lógico-formal y el giro de la metodología jurídica hacia la valoración. En pro de la *lógica material* también H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 27.

[377] Así, K. ENGISCH, *Einführung*, cit., p. 126.

[378] Ver R. STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, 2ª ed., 1926, p. 31.

del derecho se está introduciendo un elemento valorativo que afecta a la esencia misma del derecho y pone en cuestión el postulado del positivismo estricto según el cual toda norma jurídico-positiva es derecho, con independencia de su contenido, correcto o incorrecto, e, incluso, de que intente o no alcanzar la corrección. Pero el problema planteado aquí posee límites mucho más modestos porque parte, precisamente, del supuesto de que la norma a interpretar no se halle en expresa contradicción con el postulado del derecho correcto. Nótese, en efecto, que ahora se examinan los casos en que cabe suponer, por no haber nada que lo contradiga, que el derecho persigue la idea de "corrección". Sólo así podían incluirse entre los supuestos de valoraciones inequívocas, aunque no expresamente, sustentadas por la ley. Está claro, entonces, que la difícil cuestión, de filosofía del derecho, de si *es derecho* una norma que ni siquiera pretende resultar "correcta", escapa obviamente a estos casos, pues se plantea cuando se hace evidente que es infundada la hipótesis de que la norma en cuestión constituye un intento de derecho correcto.

Mientras que la solución de las hipótesis de contradicción con la idea de derecho correcto cuenta entre las más difíciles que afectan al derecho –hasta el punto de que viene a resumir la problemática esencial de la filosofía jurídica–, creo que no ha de ser costoso admitir el papel que aquí atribuyo al postulado de "corrección" jurídica: Cuando nada en la norma a interpretar lo contradice, me parece forzoso mantener la *hipótesis* según la cual esa norma querrá ajustarse al derecho correcto. Lo problemático no me parece este planteamiento, sino el contenido de lo "correcto" en el caso particular.

Dos contenidos pueden atribuirse a la idea de "corrección": la coherencia *lógica* –formal y material– y la no contradicción con los *valores* a realizar por el derecho. En el primer sentido no plantea excesivas dificultades su concreción. En el segundo sentido, en cambio, se abandona claramente el ámbito, a que se ciñe este apartado, de las valoraciones *inequívocamente* sustentadas por la ley. Se abre entonces la problemática de las valoraciones producto de la elaboración doctrinal.

*b) Valoraciones producto de la elaboración científica.*

Desde que es dominante en la metodología jurídica la teoría de la interpretación *objetiva* –y teleológico-objetiva– de la ley, se

admite que más que la voluntad del legislador es la voluntad de la ley, en su sentido *actual*, vistas las necesidades del momento, el objeto de la interpretación. Éste es el presupuesto de una interpretación *progresiva*, ajustada a las necesidades históricas, que permita actualizar incesantemente textos legales que, de lo contrario, estarían llamados irremediablemente a quedar rezagados de la realidad. Las metas político-criminales que orientan la elaboración dogmática no han de identificarse tampoco con las finalidades fijadas por el legislador: la evolución doctrinal puede poner de manifiesto la necesidad de modificar e incluso sustituir tales finalidades originarias. Ahora bien, ello puede ocurrir tanto porque las circunstancias históricas evolucionen, como porque el examen doctrinal muestre la conveniencia de abordar de otro modo una misma realidad. Y puesto que este examen depende, según reconoce explícitamente mi planteamiento, de puntos de vista ideológicos, se deduce que la modificación del sentido político-criminal atribuido a la ley se halla condicionada por la perspectiva valorativa –en último término, política– que el intérpete crea necesario defender.

Ésa es una consecuencia central de la afirmación de una política criminal valorativa. Pero nótese que, no por ocultarlo tras la fachada de una política criminal pretendidamente neutral, podría llegar otra concepción a descartar la interferencia de juicios personales de valor, pues no es imaginable una política criminal que prescinda de decisiones valorativas básicas, y éstas, aunque hayan de ser objetivamente fundadas, son inevitablemente subjetivas. El reconocimiento explícito de este hecho ofrece, en cambio, la ventaja de evitar que el ocultamiento ideológico opere –como a menudo sucede con la neutralidad política– en un sentido de mantenimiento *acrítico* de los valores de hecho dominantes. Una política criminal valorativa ha de abrir las puertas a la discusión crítica de las bases ideológicas de cada una de las instituciones penales. Sólo así será posible, no sólo oponer alternativas políticamente fundadas al legislador en la necesaria reforma penal (primera función de la política criminal: *de lege ferenda*), sino también revisar críticamente el sentido ideológico que corresponde a la ley penal a aplicar (*de lege lata*: segundo cometido de la política criminal).

Este planteamiento no ha de interpretarse, sin embargo, en el sentido de que postule la sustitución de la voluntad de la ley por la opinión, tal vez contraria, del intérprete. El ámbito en que *de lege lata* es lícita la introducción de los puntos de vista valorativos propios del intérpete ha de reducirse a aquel en que la voluntad de la

ley no se halle *inequívocamente* expresada –sea expresa, sea tácitamente, directa o indirectamente, que de todas estas formas puede revelarse de modo *inequívoco* la voluntad de la ley–. En esa esfera resulta, según lo dicho, ineludible la introducción de los juicios de valor del intérprete. Cuando es, en cambio, inequívoca la voluntad de la ley –y no sólo del legislador, que puede superarse por la interpretación progresiva–, no cabe contradecirla por discrepancia subjetiva. Se trata entonces, por el contrario, de poner al descubierto, con objetividad, las posiciones valorativas del ordenamiento jurídico vigente, desde las premisas axiológicas que el mismo suministra o, por lo menos, presupone (lo que remite el planteamiento efectuado en el apartado anterior). Pues primer canon de toda interpretación –no sólo de la jurídica– es la objetividad o *autonomía* de la obra a interpretar. Como escribe COING: "No existe comprensión de un texto sin la voluntad por parte del intérprete de enfrentarse a él objetivamente y sin prejuicios"[379]. Ha de quedar claro, por consiguiente, que las valoraciones personales sólo caben en cuanto no contradigan este elemental principio de *autonomía* de la interpretación: esto es, cuando deje de ser inequívoca la voluntad de la ley, único supuesto en que la opinión subjetiva no supondrá sustituir la obra a interpretar.

Debe destacarse, además, que el mismo principio de *autonomía* impone todavía un límite en los casos en que es lícita la utilización de valoraciones subjetivas. Que éstas sean válidas no significa que no deban respetar una restricción: no pueden ir más allá del ámbito de equivocidad de la ley. La equivocidad de la ley no suele significar más que falta de *decisión* inequívoca *entre varias opciones posibles* cuya existencia, sin embargo, sí es posible identificar objetivamente. La valoración personal podrá, entonces, *decidir* la elección entre tales opciones, pero no elegir otra incompatible con ellas.

### C) *Exigencias metodológicas del Estado social y democrático de Derecho.*

#### *a) Planteamiento general.*

Las páginas que anteceden se han ocupado de la *necesidad* de una política criminal valorativa, que opere tanto *de lege ferenda* co-

[379] Ver H. COING, *Juristische Methodenlehre*, Berlín-New York, 1972, p. 25.

mo *de lege lata*, insertándose en el seno de la dogmática jurídico-penal. Ahora intentaré formular las exigencias de la particular perspectiva axiológica que sustento. Como empecé por explicitar más arriba, creo en la conveniencia de postular un derecho penal ajustado a la trilogía representada por la expresión Estado *social y democrático de Derecho*. En la primera parte de esta monografía, dedicada al concepto del derecho penal, ya partí, coherentemente, de este enfoque metódico al abordar el tema capital del fundamento y límites del *ius puniendi*. Pero se trataba de una consecuencia de naturaleza material, y no metodológica. En este lugar importa deducir conclusiones de este otro carácter.

La idea de Estado de *Derecho*, garantía de límites liberales, postula la primera consecuencia: *prohibición de la analogía* en la aplicación de la ley. Pero las exigencias del Estado *social y democrático* aconsejan límites a dicha prohibición. La exclusión de la analogía y sus límites constituye la primera consecuencia del particular punto de vista valorativo propuesto. Deberá ser objeto de desarrollo en este apartado.

El Estado *social* impone concebir el derecho penal como instrumento activo de lucha *eficaz* contra el delito. La interpretación de la ley penal con arreglo a este principio axiológico es la segunda consecuencia de nuestro planteamiento. Pero ello remite a la problemática que suscita la necesidad de la aproximación de nuestra ciencia a la realidad criminológica, pues la eficacia en la lucha contra la delincuencia depende de las enseñanzas de la criminología. Por esta razón, este principio no será desarrollado aquí, sino que basta la remisión al apartado posterior que se dedicará a la conexión de ciencia penal y realidad.

Por último, el Estado *democrático*, como Estado al servicio del hombre concreto, socialmente situado y condicionado, lleva a erigir como principio metodológico central la imagen de ese hombre concreto. Las consecuencias que tal punto de partida puede implicar en la dogmática jurídico-penal no pueden enumerarse *a priori*, ya que deben resultar de la contemplación de las distintas instituciones. Baste, pues, aquí consignar como ejemplo el sentido que por esta vía pudo atribuirse al principio de culpabilidad, cuando se contempló como límite del *ius puniendi*: la realidad del hombre concretamente condicionado por sus circunstancias económico-sociales y la concepción del derecho penal al servicio de este hombre, condujeron a afirmar que la concreta culpabilidad depende

también de estas circunstancias sociales, que pueden llegar a excluirla y a menudo la han de modificar.

*b) La prohibición de la analogía y sus límites.*

De acuerdo con el planteamiento propuesto, el tratamiento de la analogía debe ser abordado en un doble momento: *de lege ferenda* y *de lege lata*. En el primer sentido se trata de averiguar qué tratamiento aparece como óptimo desde una política criminal basada en la idea del Estado social y democrático de Derecho. En el segundo momento ha de examinarse hasta qué punto dicho tratamiento político-criminalmente aconsejable puede hacerse dogmáticamente compatible con el derecho positivo.

*a'*) El sentido *político-criminal* de la prohibición de analogía aparece vinculado al significado político *liberal* del principio de legalidad. El análisis que de este límite del *ius puniendi* se hizo más arriba, al tratar este tema, me exime aquí de una contemplación detallada. Es suficiente destacar ahora que el aspecto relevante de ese principio a los efectos de la prohibición de analogía es la garantía que ofrece al ciudadano la precisa determinación de los delitos y de las penas. Tal garantía se disiparía de admitirse la analogía, pues con ello se abandonaría la precisión, más o menos inequívoca, que proporciona la *letra* de la ley. Ésta es la razón por la que desde el liberalismo constituye un principio del Estado de Derecho la prohibición de analogía.

Pero, si esta prohibición se basa en una función de garantía *para el ciudadano*, de que no se le podrá condenar por delito no previsto expresamente en la ley, ni con penas igualmente no expresadas legalmente, deja de tener sentido cuando la analogía beneficia al reo. Ello explica que en países como Alemania se admita generalmente la analogía *in bonam partem*, al tiempo que se defiende la prohibición de la analogía en perjuicio del reo –esto es: en la fundamentación y agravación de la pena–[380]. La misma opinión sostiene un importante sector de la ciencia penal española[381].

La opinión contraria, favorable a la prohibición de *toda* analogía, con independencia de su carácter beneficioso o perjudicial para el reo, podría, acaso, fundarse en la conveniencia de que opere *siempre* la clara seguridad jurídica que proporciona la letra de la ley.

[380] Por todos ver H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 107.
[381] Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 102.

Ello defendería de posibles casos de injusto privilegio por razón de la persona del delincuente. Tal actitud descansaría, sin embargo, en una inexacta comprensión del concepto de analogía: parte de que la analogía *in bonam partem* consentiría privilegios injustos. Pero la analogía no supone desvinculación del juez respecto de la ley, sino precisamente un modo de aplicar la ley. La analogía procede en casos de *laguna legal*, esto es, cuando se da un caso no alcanzado por la *letra* de la ley, pero que, por su analogía respecto de otros casos sí regulados, ésta *hubiese querido* alcanzar y por olvido no lo ha hecho. Acudir a la analogía supone, pues, aplicar el *espíritu* de la ley, objeto último de toda aplicación de la ley: con ella se extienden a un caso no abarcado expresamente por la letra de la ley los principios que inspiran a ésta[382], por el argumento lógico-jurídico de que no hay razón para tratar distintamente casos que encierran la misma gravedad por ser de *análoga significación*. Lejos de permitir la desigualdad de tratamiento, la analogía persigue, pues, la realización de la igualdad cuando la letra de la ley lo imposibilitaría.

En favor, en cambio, de la permisión de analogía *in bonam partem* concurren las exigencias del Estado democrático y social. Si la analogía es la única vía de llegar a la igualdad de trato penal en el caso concreto, cuando por beneficiar al reo no se oponga al Estado de Derecho habrá de considerarse adecuada al Estado democrático, que persigue la concreta igualdad por encima de la igualdad formal. Así, en materia de culpabilidad, su concepción efectivamente democrática, como concreta culpabilidad social, aconseja poder considerarla disminuida e incluso excluida aun en casos no previstos expresamente por la letra de la ley. Por otra parte, la exigencia de *eficacia* inherente al Estado social se aviene mejor con una cierta amplitud en la aplicación de la ley, de modo que su letra no opere como obstáculo de su espíritu.

Ahora bien: si la prohibición de la analogía *en beneficio del reo, no impuesta* –como se vio– por la idea de Estado de Derecho, se opone los postulados del Estado democrático y social, resulta contraria al punto de partida axiológico de nuestra concepción político-criminal.

*b'*) La posición de nuestra legislación penal ante la analogía ha sido enjuiciada de dos formas distintas por la ciencia penal. Un

382 H. ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte General*, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, 1973, p. 90 (nº 20).

importante sector considera aplicable sin más las conclusiones que se derivan del fundamento político-criminal de la prohibición de analogía. Puesto que, como se ha indicado, tal fundamento se encuentra en una garantía en favor del individuo, se deduce que en nuestro derecho sólo está prohibida la analogía *in malam partem*[383]. Otro sector de opinión cree que el legislador español ha decidido la cuestión en el sentido opuesto. Interpreta el art. 2 del Código Penal como incompatible con toda clase de analogía, con independencia de su carácter favorable o perjudicial para el reo. Tal conclusión deducen de la sujeción que el párrafo 2 de ese precepto impone a una "aplicación rigurosa de las disposiciones de la ley", incluso cuando resultare *excesiva* la pena que así correspondiere (esto es, aunque una aplicación amplia *beneficiase* al reo)[384]. La jurisprudencia participa de este segundo planteamiento y niega la licitud de ambas formas de analogía[385].

No creo que pueda objetarse a la segunda opinión que el art. 2 del Código Penal se refiere a definiciones de delitos y aplicación de penas, y no a eximentes y atenuantes[386], aspectos esenciales en que se suscita la posibilidad de analogía *in bonam partem*. La punición de un hecho depende de que no concurra una eximente, y la gravedad de la pena, de la concurrencia o no de atenuantes. Así, el juez o tribunal que repute debería estimarse una eximente no prevista expresamente por la ley, entiende que el hecho que resulta penado no debería serlo, y si cree que debería apreciarse una atenuante no establecida legalmente, es que considera excesiva la pena señalada por la ley. Quien interprete la expresión del art. 2 "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley" como excluyente de la analogía deberá, pues, entender prohibida también la analogía *in bonam partem*. Ello incluirá la prohibición de eximentes análogas. No así la de atenuantes por analogía, ya que el último número del art. 9 las admite expresamente. Tampoco obstaría a la posibilidad de fundar eximentes en el art. 1 del Código Pe-

383 Ver J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., ps. 102 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., ps. 151 y s.; J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 166.

384 Ver J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., I, ps. 58 y siguientes.

385 En este sentido ver sentencia del TS 15 de marzo de 1956, que alega el art. 1 *a sensu contrario* y el art. 2 del Código Penal. También, las sentencias TS 5 de abril de 1946, 22 de junio de 1934, 4 de junio de 1945, 6 de marzo de 1965, 15 de marzo de 1965, 22 de febrero de 1966.

386 Así, no obstante: J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, cit., p. 103; J. CEREZO MIR, *Curso*, cit., P. G., I, p. 168.

nal[387], pues ello no supone utilización de analogía, sino directa aplicación de este precepto.

Pero la exclusión de analogía en base al art. 2 del Código Penal, con las consecuencias expuestas, tiene el inconveniente de que contradice los límites que a la prohibición de analogía señala su significado político-criminal. Excluir la analogía *in bonam partem* ya se ha visto que no sólo carece de justificación en base a la idea, propia del Estado de Derecho, de garantía en favor del individuo, sino que contradice las necesidades político-criminales del Estado social y democrático. Para un planteamiento metodológico, como el propuesto, que propugna una dogmática jurídico-penal en que se reflejen las exigencias político-criminales, la interpretación del art. 2 del Código Penal como excluyente de la analogía *in bonam partem* es insatisfactoria. Ha de intentarse evitar tal conclusión.

Para ello debe renunciarse a fundar la prohibición de analogía en el art. 2 del Código Penal. No sería correcto pretender que este precepto prohíbe la analogía, pero sólo la perjudicial para el reo. A ello se opondría abiertamente el hecho de que el párrafo segundo del art. 2 prohíbe precisamente la aplicación "no rigurosa" de la ley en sentido *beneficioso* para el reo. Pero tampoco cabría basar la prohibición de analogía en la letra del art. 1 ni en la del art. 23 del Código Penal.

En efecto: la única forma de rechazar que el art. 2, 2°, no excluye la analogía *in bonam partem* es entender que la "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley" no es contradictoria con la analogía. Y si la analogía se considera una forma de aplicación *de la ley*, no puede entenderse prohibida por la letra del art. 1, cuando señala la *ley* como única fuente de delitos o faltas, ni por la del art. 23, que permite sólo la imposición de penas previstas *por la ley* al tiempo de la infracción.

Por este camino se llega a la única conclusión posible: descartado el art. 2 como base de la prohibición de analogía, no existe ningún otro precepto en nuestro derecho penal que la formule *expresamente*. Sólo queda una posibilidad, y es la de considerar la exclusión de la analogía *in malam partem* un postulado político-criminal de nuestro derecho punitivo, no formulado explícitamente, pero acogido por el inequívoco *espíritu* liberal del Código Penal. Este espíritu puede descubrirse en preceptos como el art. 1 y el 23

[387] Así, J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., I, p. 60.

del Código Penal, cuyo sentido es, antes que nada[388], de trazar un límite de garantía para el individuo, reflejando los dos componentes –legalidad de *delitos* y de *penas*– que integran el básico aforismo liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Si a este axioma suele atribuirse, como función primordial, la de exluir la analogía *in malam partem*, su traducción legal en nuestro Código Penal en los arts. 1 y 23 ha de poseer la misma virtualidad.

Con ello no se contradice la incapacidad *literal* de esos preceptos para expresar la prohibición de analogía, pues se afirma solamente que su *espíritu* la excluye. En el descubrimiento de tal espíritu se ha procedido según el programa metodológico anunciado: elaboración dogmática a partir de la política criminal. Ésta ha sido, en efecto, la que ha revelado el espíritu que se esconde tras la literalidad de los arts. 1 y 23 del Código Penal. Al mismo tiempo, tal proceder asegura la meta propuesta, de limitación de la prohibición de analogía al ámbito en que resulta político-criminalmente conveniente, esto es, cuando perjudica al reo.

Todavía queda, sin embargo, por justificar el punto de partida de la argumentación seguida: que el art. 2, 2º, no excluye la analogía con la expresión "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley". Nótese que el significado político-criminal atribuido a los arts. 1 y 23 no podría alegarse aquí para deducir que esta expresión excluye la analogía en perjuicio del reo, pero no la que opera en beneficio suyo. Ya se ha observado más arriba que el párrafo 2 del art. 2 refiere, precisamente, la necesidad de "rigurosa aplicación" a los supuestos en que una aplicación amplia beneficiaría al reo. Si la "rigurosa aplicación" excluyese la analogía, debería excluir, pues, la *in bonam partem*. Para evitar tal conclusión no hay otra vía que negar que la analogía deje de ser "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley".

Quien identifique "rigurosa aplicación" con "rigurosa interpretación" no podrá conseguirlo. En primer lugar, es generalmente admitido que la analogía no es interpretación, sino integración creadora (lo que en alemán se expresa con el término *Fortbildung*)[389]. En

[388] Que al art. 1, 1º, corresponde *primordialmente* la expresión del principio político-criminal de legalidad criminal, y no la función de definición dogmática de delito, como suele pensarse, lo he intentado poner de manifiesto en mi trabajo *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, en "Anuario de Derecho Penal", 1973, p. 345.

[389] Ver por todos K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 389.

segundo lugar, aunque se admitiese que en sentido amplio la analogía fuese forma de interpretación, el art. 2, 2°, exigiría que ésta fuese "rigurosa", lo que podría entenderse como exclusión de una interpretación amplia y, por tanto, de la analogía. Para evitar estas consecuencias sólo hay un camino: distinguir "aplicación rigurosa" de "interpretación rigurosa". Esta distinción no viene aconsejada sólo por la finalidad que perseguimos –desvincular el art. 2, 2°, de la prohibición de analogía–, sino que constituye una necesidad derivada de la propia naturaleza de los conceptos "aplicación" e "interpretación" de la ley. Desde antiguo se sabe que la interpretación de las normas jurídicas no es más que *uno* de los momentos del proceso de aplicación de la ley. Tradicionalmente se expresaba este proceso de aplicación a través de la figura lógica de un silogismo, cuya premisa mayor era la norma, objeto de la interpretación, pero que constaba, además, de la premisa menor constituida por los hechos y de la consecuencia jurídica deducida de la subsunción de éstos en la norma.

En el actual estado de la metodología tal imagen se considera ampliamente superada por su excesivo simplismo. La realidad del proceso de aplicación –mejor: de *concreción*– de la ley no es tan elemental que pueda reducirse a un silogismo cuyas premisas se hallen nítidamente diferenciadas –normativa la mayor, fáctica la menor–. Ni la premisa mayor está desvinculada de los hechos, ni la menor puede prescindir del enfoque normativo[390]. Por lo demás, la conclusión influye a menudo en las propias premisas, cuya determinación ha de tener en cuenta la consecuencia jurídica a que llevan[391]. Ahora bien, en esta concepción actual del proceso de aplicación de la ley, lejos de disiparse la distinción de "interpretación" y "aplicación", se acentúa con claridad la imposibilidad de equiparar ambos conceptos, pues aquélla se reconoce como uno de los muchos factores que intervienen en la aplicación (concreción) de la ley a la realidad.

Lo anterior muestra que sería erróneo identificar la expresión legal del art. 2 del Código Penal "rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley" con el concepto de "interpretación rigurosa". La conclusión que así se alcanza es de la máxima importancia: con

[390] Ampliamente, F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1971, ps. 106 y ss. En relación al derecho penal, J. Córdoba Roda, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, ps. 119 y siguientes.

[391] Ver N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, p. 40.

aquella expresión el art. 2, 2°, no impide desbordar los límites de la "*interpretación* rigurosa", ni prohíbe, por tanto, la analogía *in bonam partem*, ya que únicamente obliga a la "*aplicación* rigurosa" de la ley, y dentro de ésta, como una de sus modalidades, cabe incluir a la analogía. Pues, como se vio más arriba, ésta no supone desvinculación de la ley, sino verdadera forma de *aplicación* de su espíritu.

Pero la modificación del Título Preliminar del Código Civil hace necesario someter a consideración otro precepto que, a primera vista, parece oponerse a la admisión de toda analogía, incluida la beneficiosa para el reo. El art. 4, 2, del Código Civil declara ahora: "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". La Exposición de Motivos afirma expresamente la analogía que "resulta justificada su exclusión de determinadas leyes". En las penales es la normal *consecuencia del estricto principio de legalidad.* Esta vinculación de la nueva regulación al principio de legalidad aconseja, pese a lo que pudiera sugerir la primera lectura del precepto, entender limitada la prohibición de analogía por la *ratio* político-criminal de dicho principio, esto es, a los casos en que perjudique al reo. Tal interpretación podrá compatibilizarse con la letra del n° 2 del art. 4, Cód. Civ., si se entiende la expresión "leyes *penales*" en sentido estricto, es decir, contraída sólo a las leyes que *imponen penas o las agravan.*

Hemos llegado al término de la argumentación seguida. Podría *resumirse* de este modo: El significado político-criminal de la prohibición de analogía la limita a la perjudicial para el reo; la única forma de introducir este límite político-criminal en nuestro derecho positivo es renunciar a ver en el art. 2, 2°, del Código Penal el fundamento legal de la prohibición de analogía; aunque ningún otro precepto del Código Penal excluye literalmente la analogía *in malam partem*, puede tal conclusión fundarse en los arts. 1 y 23, reflejo inequívoco del principio liberal de legalidad de los delitos y de las penas, respectivamente, uno de cuyos aspectos esenciales es la prohibición de la analogía *contra reo*; esto lleva a una interpretación del derecho positivo ajustada a la política criminal: sólo la analogía *in malam partem* está prohibida; pero la bondad de esta conclusión depende de que se empiece por probar que el art. 2, 2°, no excluye la analogía *in bonam partem*; tal cosa se consigue mostrando la diferencia que existe entre "aplicación rigurosa" e "interpretación rigurosa" de la ley: sólo la segunda expresión exclu-

ye la analogía. Finalmente, el nuevo art. 4, 2, del Código Civil no contradice esta conclusión, pues expresamente se funda en el principio de legalidad, cuyo significado aconseja entender en sentido estricto la expresión de ese precepto "leyes *penales*".

3. *El realismo en la ciencia penal.*

Si la evolución de las bases político-ideológicas conducía a la necesidad de introducir la valoración en la ciencia penal, el progreso científico-filosófico lleva a su aproximación a la realidad. Ya se dijo, al plantear los principios metódicos que ahora desarrollamos, que ello es una consecuencia de la tendencia a pasar de lo ideal abstracto a lo real concreto, característica del pensamiento de nuestro siglo. Por lo demás, nadie discute ya la necesidad de concebir realísticamente nuestra ciencia. El problema no radica ahí, sino en la incapacidad de los intentos clásicos, desde la *scuola positiva* y VON LISZT, de aproximar la ciencia jurídico-penal a la realidad: sólo se ha conseguido añadir *al lado* de la dogmática jurídico-penal, y no en su seno, el estudio empírico del delito y de la pena. Tres corrientes actuales buscan la verdadera introducción de esta consideración realista en el interior mismo de la dogmática: la concepción de la ciencia jurídica como ciencia social, la contemplación realista del proceso de aplicación de la ley y la unión de política criminal y dogmática. Según se adelantó, creemos conveniente conciliar estas tres direcciones. La fórmula propuesta consistió en acudir a la consideración de la ciencia del derecho como ciencia social para decidir la naturaleza de los conceptos dogmáticos en el nivel *teórico-constructivo* y a las modernas observaciones de la hermenéutica en el momento de *aplicación* de la ley a la práctica, mientras que la unión de política criminal y dogmática había de tener lugar en ambos niveles. A continuación tendrá que desarrollarse este planteamiento.

Ante todo es preciso aclarar el sentido de la fórmula conciliatoria expuesta. La concepción de la ciencia jurídico-penal como ciencia social constituye un punto de partida general perfectamente compatible con la consideración realista del proceso de aplicación de la ley. Ambas perspectivas se mueven e niveles distintos. La primera afecta a la naturaleza de la elaboración conceptual propia de la ciencia jurídico-penal. Viene a afirmar que los conceptos jurídico-penales han de obtenerse adoptando el punto de vista de las

ciencias sociales. Esto vale para todos los conceptos jurídico-penales, así tanto para los sistemáticos como para los relativos a la aplicación de la ley. Posee, pues, alcance más general que la contemplación realista del proceso de aplicación de la ley. Por otra parte, el contenido de esta concepción de la fase de aplicación, lejos de hallarse en contradicción con la elaboración científico-social de los conceptos penales, es perfectamente coherente con ella. Pues remite a la necesidad de tomar en cuenta los factores de la realidad social que condicionan, integrándolo, el proceso de aplicación de la ley, y eso se aviene bien con la consideración de dicho proceso como un fenómeno de naturaleza social.

También la unión de política criminal y dogmática puede hacerse compatible con lo anterior. En el sentido que ahora importa la política criminal se toma en su función de conexión con la realidad criminológica –la función valorativa se examinó ya en el anterior apartado–. Es el aspecto que destacó VON LISZT: la estretegia de la lucha contra el delito basada en el conocimiento científico-positivo (criminológico) del delito y de la pena. La política criminal tiende aquí un puente entre criminología y dogmática jurídico-penal. Ello no sólo es compatible con la consideración científico-social de la ciencia penal y la concepción realista de la aplicación de la pena, sino que les suministra un necesario complemento. En efecto, el conocimiento de las exigencias propias de la lucha contra el delito –esto es: de la política criminal basada en la criminología– es preciso tanto para una elaboración científico-social de los conceptos penales, como para una aplicación realista de la ley.

A) *La ciencia jurídico-penal como ciencia social.*

El punto de partida de una ciencia penal realista ha de ser su concepción como *ciencia social*. El auge experimentado últimamente por las ciencias sociales ha despertado, por fin, la atención sobre la necesidad de insertar la ciencia del derecho entre las ciencias que se ocupan de los fenómenos sociales, con la importante consecuencia de la posibilidad de extensión a nuestro ámbito de los conceptos y los planteamientos a que ha llevado el progreso de aquellas ciencias. Si el enfoque neokantiano sólo consiguió garantizar un específico carácter de ciencia a la dogmática a costa de ubicarla en el terreno subjetivo-individual del espíritu, que mal podría reflejar la naturaleza interpersonal de lo jurídico, la concepción científi-

fico-social del derecho no sólo asegura el carácter de ciencia a nuestra labor, sino que permite situarla en el único ámbito propiamente específico del derecho: la vida social.

Con ello se lleva adelante la dialéctica del proceso evolutivo que ha sufrido la ciencia penal en los últimos cien años. En este proceso podría considerarse el positivismo y su estrecho concepto de ciencia, reducido al modelo de las ciencias de la naturaleza y las matemáticas, como la *tesis*, y el planteamiento de las ciencias del espíritu, con su desviación subjetivista del terreno de lo jurídico, como la *antítesis*. La concepción de las ciencias sociales podría constituir la *síntesis*, pues respeta del positivismo el enfoque objetivista y la atención por los hechos empírico-sociales, al tiempo que cumple la aspiración neokantiana de ensanchar el concepto de ciencia, ya que da cabida junto a las ciencias naturales y las matemáticas, a las ciencias sociales, entre las cuales la ciencia del derecho tiene un lugar.

En más de una ocasión se han expuesto ya las líneas esenciales de la concepción de la ciencia jurídico-penal como ciencia social. Dejando de lado los diferentes matices que distinguen las diversas formulaciones, reúno bajo tal designación aquellas direcciones que tienen de común concebir el derecho como un *sistema social*, con la consecuencia de que su estudio ha de considerar la regulación jurídica como un hecho de naturaleza social, a aprehender, por tanto, mediante los conceptos propios de las ciencias sociales[392].

Según esto, no son las normas jurídicas contempladas como conceptos lógicos desprovistos de sentido social el objeto de la ciencia del derecho, sino las normas en cuanto pretenden cumplir una determinada *función social*. Aparte de que a cada norma corresponde una específica función, es común a toda norma jurídica una función social genérica, a saber: la función de regulación de la realidad social. La interpretación de los preceptos jurídico-penales y la elaboración de los conceptos dogmáticos han de guiarse por la función social perseguida por el derecho penal, y no sólo por puras exigencias de construcción lógica.

Tal punto de partida no supone, como se ve, el abandono del estudio de las normas y su sustitución por el de la realidad social

[392] Así, ver, por ejemplo, N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, cit., ps. 49 y ss., que reclama la necesidad de que la dogmática parta de *gesellschftadäquate Rechtsbegriffe*.

–lo que llevaría a la confusión del sistema social global y el sistema jurídico, olvidando que éste es un *específico* sistema social particular dentro del total sistema de la sociedad–[393], sino la contemplación de lo normativo en su dimensión social. En esta medida evita la disolución de la dogmática en sociología jurídica, característica de direcciones positivistas propias de una fase anterior de la metodología jurídica. Pero que se respete la especificidad del punto de vista normativo, siquiera en su perspectiva social, no impide que deban analizarse los hechos sociales previstos por las normas, desde el punto de vista de su naturaleza conceptual social. Al contrario: si la norma jurídica ha de considerarse desde su función social, el descubrimiento de tal función obliga al estudio de los procesos sociales imaginados normativamente por la ley.

Una importante aplicación de estos principios a la ciencia jurídico-penal se debe a la reciente aportación de CALLIESS. Por haber sido objeto de atención en otros lugares de esta obra, no es oportuna aquí una exposición pormenorizada del pensamiento de este autor. Baste recordar que el examen de la estructura típica de la norma penal le lleva a descubrir en ella una función de mediación entre varios sujetos: el sujeto activo del delito, el sujeto pasivo y el Estado. Por virtud de la conminación penal tales sujetos se insertan en una serie de relaciones comunicativas recíprocas, consistentes en expectativas derivadas de la norma penal. Así, el sujeto activo puede contar con ser perseguido, el sujeto protegido por la norma espera no ser lesionado, confiando que lo impida la amenaza penal, y el Estado comparte esta expectativa con anterioridad al delito y añade la esperanza de que la pena ejecutada impedirá la reincidencia del ya delincuente. La norma penal se inscribe, según esto, en el funcionamiento de un conjunto de procesos sociales de interacción[394]. Su función respecto de ellos consiste en su *regulación*, que no es *conducción* ciega definitivamente decidida *a priori*, según el famoso esquema tradicional de la relación hipotético-condicional –si presupuesto, entonces consecuencia–, sino que ha de tomar en cuenta continuamente las consecuencias reales que vaya produciendo[395].

Ello permitirá a CALLIESS explicar el funcionamiento de la moderna concepción de la ejecución de la pena como tratamiento re-

[393] Ver N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, cit., p. 50.
[394] Ver R. P. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., ps. 15 y siguientes.
[395] Ver R. P. CALLIESS, ob. cit., ps. 17 y siguientes.

socializador. Esencial al mismo es que el contenido de la pena se hace depender de la efectiva evolución que experimente a lo largo de su ejecución la relación de expectativas existente entre el Estado y el delincuente. Según sea mayor o menor el grado de confianza de aquél en el progreso de éste, el tratamiento toma uno u otro rumbo en su ejecución. Por otra parte, la finalidad a que debe tender la pena como resocialización es aumentar en el delincuente las posibilidades de participación en la vida social[396]. A la pena corresponde, pues, la función de *creación de comunicación social*[397].

Pero no sólo la pena puede explicarse así como fenómeno social, sino también el delito. Si la ejecución de la pena pone en relación de interacción a dos sujetos, el Estado y el sujeto activo, la sola tipificación de un hecho como delito supone también una mediación en procesos sociales. La conminación penal abstracta funda expectativas en los eventuales sujetos pasivos, de que no serán perjudicados, y expectativas en los posibles sujetos activos, de que podrá alcanzarles la pena si delinquen. El delito aparece, pues, por de pronto, como defraudación de las expectativas de seguridad sustentadas por la comunidad. Pero la contemplación del delito desde esta perspectiva social permite a CALLIESS concebir su contenido de forma más concreta. La norma penal no sólo garantiza seguridad –que podría referirse a cualquier contenido de regulación–, sino que está llamada a proteger las *posibilidades de participación* del individuo en los procesos sociales. Ésta es la función social de la conminación penal abstracta: garantizar la seguridad de las posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida de interacción social. El delito atacará, pues, a ese objeto de protección, que es el verdadero contenido del bien jurídico. Con ello quiere CALLIESS trasladar la esencia del delito desde el terreno de lo naturalístico –bien jurídico como objeto o interés empírico– y de lo subjetivo-espiritual –bien jurídico como valor ideal subjetivo–, en que el positivismo y el neokantismo lo habían situado, al ámbito de lo social, única esfera específica del derecho. Se superaría de este modo la concepción del delito como fenómeno encerrado en la relación individual sujeto-objetos o sujeto-valor, para posibilitar su inteligencia como fenómeno inserto en la comunicación intersubjetiva[398].

[396] Ibídem, p. 160.
[397] Ibídem, p. 144.
[398] Ibídem, p. 139.

La construcción de CALLIESS ofrece un ejemplo de las posibilidades que existen de concebir al derecho penal como sistema social y a la ciencia jurídico-penal como ciencia social. Los conceptos básicos de nuestra ciencia –estructura de la norma penal y sus integrantes esenciales, el delito y la pena–, pueden elaborarse como conceptos sociales, capaces de obviar la crítica que acusa a la dogmática de obtener categorías aisladas de la realidad. Se garantiza, entonces, que los conceptos dogmáticos sirven a lo único que justifica la existencia del derecho penal: su función social.

Pero adviértase cómo la vía seguida por CALLIESS no disuelve la dogmática en sociología jurídica. La consideración de la función social de los conceptos fundamentales del derecho penal le sirve de modo específico para desentrañar el significado de las normas penales *en cuanto tales normas*. No se examina, por ejemplo, la efectiva realidad de la ejecución de la pena en la práctica de las prisiones, sino que se busca el sentido que debe presidir la aplicación de las normas que regulan dicha ejecución. Y no se toma en consideración la relación fáctica en que puedan encontrarse los distintos sujetos que intervienen en la relación jurídico-penal, sino que se analiza la posición recíproca en que los contempla la norma penal. En otras palabras: no se considera la realidad social con independencia de la norma penal, sino *a través* de la norma penal y en cuanto integra su contenido.

Éste me parece el camino a seguir, por la elaboración de los conceptos dogmáticos, si se quiere acabar con la endémica contraposición de norma y realidad social. El modo de superar el aislamiento de la dogmática en su criticado normativismo formalista no es el abandono del terreno de las normas, como equivocadamente pretendió la escuela positiva, ni la pura adición, al lado de una dogmática no realista, del estudio de la realidad criminológica, según el sistema dual de VON LISZT. Por ambas vías no se consigue más que consagrar, evitando la mala conciencia, una dogmática que traiciona la función social del derecho penal. La forma de obviar este resultado en la fase de elaboración conceptual es concebir los conceptos dogmáticos como conceptos sociales. Debe partirse de que el derecho es, en frase feliz de RECASENS SICHES, un trozo de vida social objetivada. A nivel conceptual no hay solución de continuidad entre derecho y vida social, sino que aquél es una forma de vida social *imaginada* por el legislador. En términos cibernéticos, el derecho es un *modelo* de vida social ajustado a un *programa* previo. Tal modelo puede o no obtener reali-

dad efectiva, pero en ambos casos expresa la estructura social de los hechos que programa.

Importa resaltar que la expresada concepción social de los conceptos dogmáticos no tiene como consecuencia la contemplación de la realidad social empírica. Por sí sola conduce únicamente al entendimiento de los conceptos dogmáticos en sentido social, partiendo del modelo de vida social programado *por las normas*. Se limita a descubrir la estructura social de los conceptos normativos. No responde, en cambio, a la cuestión de si en la determinación del contenido de la norma ha de tenerse en cuenta la realidad social *efectiva* –no la imaginada normativamente–. En otras palabras: presupone la determinación previa del contenido de la norma cuya naturaleza conceptual social afirma, por lo que no afecta al problema de si en aquella determinación del contenido normativo debe atenderse a la realidad empírica. Podría decirse, por ello, que no se refiere a la *génesis* realista de los conceptos normativos, sino sólo a la *estructura* social de los mismos.

Por esta razón, sería insuficiente para una metodología realista de la ciencia penal afirmar la conveniencia de su concepción como ciencia social. Como se adelantó más arriba, tal perspectiva ha de completarse con otros dos postulados básicos: el entendimiento realista del proceso de aplicación de la ley y la unión de política criminal y dogmática. Son estos principios los que fundamentan la necesidad de contar con la realidad empírica en la determinación del contenido de los conceptos dogmáticos.

Pero aunque la sola concepción de la dogmática como ciencia social no baste para fundar la necesidad de tomar en cuenta la realidad empírica, sí facilita notablemente la introducción de ésta en la dogmática. En efecto, al concebir los conceptos dogmáticos en los términos propios de las ciencias sociales, unifica la terminología y los instrumentos conceptuales usados en el estudio de la realidad social empírica y en la dogmática. Ello evita que exista una barrera entre la contemplación de la realidad normativa y realidad empírica derivada de actitudes metodológicas contradictorias e irreductibles, como la deducción idealista y la inducción realista, que tradicionalmente se asignaban a la dogmática y a la criminología. La superación de esta profunda divergencia metodológica por medio de la unificación de ambas perspectivas a partir de la común rúbrica de ciencias sociales, es un presupuesto conceptual de la consecución de una auténtica *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciencia

global del derecho penal)[399], que no sea mera suma cuantitativa de distintas disciplinas faltas de verdadera unidad metódica, sino que suponga una coincidencia cualitativa que permita el diálogo y la deseada comunicación entre el conocimiento normativo y el conocimiento empírico, como formas de conocimiento social. Ello es posible sólo cuando se admite que la misma estructura social corresponde a los procesos de interacción imaginados por las normas jurídico-penales que a la realidad fáctica del delito y de la pena.

B) *La concepción realista del proceso de concreción de la ley.*

El segundo pilar sobre el que ha de basarse una dogmática realista radica en el proceso de aplicación (mejor: concreción) de la ley. Debe partirse de un doble postulado: 1º) La aplicación de la ley a la realidad constituye el objeto último y primordial de la dogmática jurídico-penal, por lo que ha de presidir su contenido; 2º) en el proceso de aplicación de la ley reclaman atención tanto las normas jurídicas como la realidad.

1º) Una dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que sólo será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la ley. El derecho implica la pretensión de realización práctica, por lo que la ciencia del derecho no puede concebirse como ciencia puramente teorética, sino que la naturaleza de su objeto le impone un carácter esencialmente práctico. Cierto que hay aspectos de nuestra ciencia que no afectan directamente a la aplicación de la ley (por ejemplo: la debatida cuestión sobre la esencia del bien jurídico). Pero incluso en estos casos el enfoque de los problemas "teóricos" debería hallarse presidido por su posible trascendencia, siquiera mediata, en la aplicación de la ley. Así, en el ejemplo propuesto, el análisis de la esencia del bien jurídico ha de perseguir, en último término, trazar un límite al legislador o, por lo menos, guiar la interpretación de la ley. No niego que el derecho sea, también, susceptible de una consideración meramente especulativa, pero no es ésta la función en que está comprometida la dogmática y elegir tal punto de vista supondría una perversión de su sentido. Se caería con ello en una dogmática para sí misma, que merecería las críticas que hace ya tiempo vienen dirigiéndose

[399] Ibídem, p. 12.

a la ciencia jurídica. La única vía de evitarlo es fijar como meta de la dogmática el servir a "fines prácticos" y reconocer que no posee naturaleza de "ciencia teorética", sino de "ciencia aplicada"[400], tal vez menos brillante, pero única que no traiciona la función social de nuestra ciencia.

Esta concepción de la dogmática jurídica como ciencia práctica conduce a situar en el centro de interés del penalista la resolución de *casos prácticos*. Se trata de una perspectiva a veces olvidada por la ciencia jurídica continental, que ha aparecido como una "ciencia de profesores" en contraposición al "derecho del caso" característico de los países de tradición anglosajona. Ya dije más arriba que después de la Segunda Guerra Mundial se inició en el país típicamente "teórico", Alemania, una reacción tendiente a la aproximación al caso práctico. Probablemente influyó en ello el contacto de los juristas alemanes de la postguerra con el derecho anglosajón de ocupación[401]. Lo cierto es que desde hace algunos años se ha abierto paso una importante corriente metodológica que centra su atención en el proceso de aplicación de la ley a la realidad, hasta el punto de que califica a la ciencia jurídico-penal de "ciencia de la decisión" *Entscheidungswissenschaft*, y como ciencia que persigue la decisión de casos[402].

Friedrich MÜLLER escribe en este sentido: "Toda cuestión jurídica se presenta bajo la forma de un caso real o ideado: Toda norma posee sentido únicamente en atención a la solución de un caso"[403]. Si –como quiere HABERMAS– todo conocimiento se halla presidido por un *interés*[404], el específico interés que guía al conocimiento jurídico es, según MÜLLER, el "interés de la decisión *Entscheidungsinteresse*[405].

*a*) La expresada orientación práctica de la ciencia penal permite tomar posición frente a la actual tensión entre el *pensamiento-sistema* y el *pensamiento-problema*. Entendida la dogmática jurídico-penal como guía en la solución de los casos que plantea la práctica,

[400] Así, H. COING, *Juristische Methodenlehre*, cit., ps. 3 y s., y 61 y s. Resalta, también, el sentido práctico de la ciencia del derecho H. RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie des politischen*, cit., ps. 46 y siguiente.

[401] Así, K. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 137.

[402] Ver P. BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht*, cit., ps. 128 y siguientes.

[403] Cfr. F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 118.

[404] J. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt, 1973, p. 9.

[405] Ver F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 118.

queda claro que sería inaceptable la erección del sistema a fin en sí mismo. El pensamiento problemático expresa mejor la función pragmática de nuestra ciencia[406]. Mas no por ello es lícito renunciar al sistema. A éste corresponde una función innegable: servir de *auxilio* a la resolución del problema. Tienen razón, por ello, quienes desconfían de un giro radical al pensamiento-problema que suponga el abandono de la claridad sistemática y el peligro seguro de la atomización y dispersión de la materia jurídica. Esta vía llevaría al dominio de lo irracional sobre la razón y –lo que es inadmisible– de la arbitrariedad y el caso sobre la seguridad jurídica y la justicia. Como escribe GIMBERNAT, la dogmática "hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir concetos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena y la absolución"[407].

Pero ha de insistirse en que al sistema sólo corresponde una función *auxiliar* respecto de la solución de problemas. Ello implica la exclusión de una concepción del sistema como algo definitivamente acabado. El único sistema admisible es un sistema capaz de adaptarse a las variables necesidades que rigen la adecuada solución de los problemas y a la incesante multiplicación y modificación de los mismos problemas planteados. El sistema no puede imginarse como el término final de la elaboración dogmática, sino como fase esencialmente transitoria. Un sistema al servicio del problema no puede ser "cerrado", sino "abierto", al modo del *offenes System* que ahora patrocina CANARIS[408].

Una función característica de un sistema condicionado al problema ha de ser la formación de "constelaciones de casos" que agrupen en forma sistemática los distintos supuestos problemáticos. Tal sistematización conducirá a la obtención de los principios que rigen en cada grupo de problemas, con la consecuencia de su posibilidad de generalización más allá de la casuística con-

[406] Como ha reconocido recientemente RODRÍGUEZ DEVESA, "la ley es una técnica para resolver una serie de problemas reales que nos aquejan": Prólogo a C. MARTÍNEZ BURGOS, *Las drogas ante la ley*, cit., Madrid, 1973.

[407] Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, p. 106.

[408] Ver C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969, p. 156.

cretamente contemplada. La ciencia penal alemana sigue en la actualidad este planteamiento, como se advierte claramente en temas como –por ejemplo– la comisión por omisión.

*b*) La aproximación al caso posee otra importante consecuencia: la conveniencia de que la ciencia jurídica tome a la *jurisprudencia* de los tribunales como básico material de trabajo. El estudio de las sentencias penales pone al descubierto los problemas de efectivo interés para la práctica. Si la ciencia ha de buscar la solución de los casos que puedan suscitarse en la realidad, la jurisprudencia permite la mejor selección de los casos merecedores de atención. Por otra parte, la intensidad con que deben analizarse los problemas debería hacerse depender también de la importancia práctica que posean en la casuística jurisprudencial. Después se verá que, además de estas funciones selectivas, la jurisprudencia interesa también como reveladora de las exigencias de los supuestos de hecho a que deben extenderse las normas, exigencias de capital importancia para una concepción realista del proceso de aplicación de la ley. En todo caso, la consideración sistemática de la jurisprudencia por la ciencia es el camino más adecuado para salvar la lamentable distancia que separa a teoría y práctica. No cabe duda de que la aversión de los tribunales hacia la teoría disminuiría si ésta ofreciese un estudio fructífero de los casos que importan a la práctica judicial. Precisamente porque la actual ciencia penal española ha iniciado decididamente esta vía, el futuro es en este aspecto esperanzador.

2°) La concepción de la dogmática jurídico-penal como instrumento de solución de los problemas que presenta la aplicación de la ley es un presupuesto necesario pero por sí solo no suficiente para una concepción realista de nuestra ciencia. No basta afirmar como meta la aplicación de la ley, si no se parte de un entendimiento verdaderamente realista de este proceso de aplicación normativa:

*a*) A tal entendimiento conducen las investigaciones efectuadas por la moderna *hermenéutica*. Común a todas ellas es la constatación de que es insuficiente para explicar en términos reales el proceso de aplicación de la ley el punto de vista tradicional, según el cual, por una parte, se acude a la imagen de un sencillo silogismo para formular la estructura de la aplicación de la ley y, por otra parte, se da absoluta preeminencia a la premisa normativa de ese silogismo. Ha de coincidirse en la crítica de ambos extremos.

En primer lugar, el famoso silogismo, integrado por una premisa mayor representada por la *norma*, una premisa menor constituida por el *supuesto de hecho* subsumible en el tipo de norma y una consecuencia jurídica integrada por la *sanción* prevista en la misma norma, sólo podría admitirse como punto de partida, a condición de que se reconociese que tal imagen expresa de forma muy esquemática, simplificadora e imperfecta la estructura real del proceso de aplicación de la ley. La primera observación que debería anteponerse es que la fórmula del silogismo no presta ayuda alguna para resolver lo que suele constituir la principal dificultad en la práctica: la individualización de las premisas. Una vez localizada la norma a aplicar y precisado el supuesto de hecho, suele seguirse sin más la extracción de la consecuencia jurídica a aplicar. Para ello no es preciso a ningún juez acudir al auxilio del silogismo de la subsunción.

En segundo lugar, gran parte de las dificultades que encierra en la práctica la aplicación de la ley residen no en la interpretación de la premisa normativa, sino en torno a la premisa fáctica. Y sin embargo, la metodología tradicional apenas prestaba, al menos explícitamente, atención a este importante aspecto. Se ocupaba, prácticamente de forma exclusiva, de buscar el sentido oculto tras el tenor de la ley. Más que la aplicación de la ley, estudiaba únicamente una de sus componentes, a saber, la interpretación del *texto legal*. Pero tal interpretación, común en su naturaleza a toda exégesis de textos dados, aunque no sean jurídicos –por ejemplo: interpretación de un pasaje literario o filosófico–, no agota la problemática que suscita la aplicación de la ley. Al contrario, las más de las veces el texto legal, *en cuanto tal texto*, resulta perfectamente "claro", y los problemas nacen a la hora de decidir si es posible subsumir en él el particular supuesto de hecho examinado[409]. Por poner un ejemplo inequívoco, el texto del art. 431, definidor del escándalo público, no ofrece dificultades considerado desde el exclusivo punto de vista de su interpretación textual, y, en cambio, es evidente la complejidad que encierra determinar cuándo un hecho concreto constituye escándalo público. Así, las expresiones

[409] Ver F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., ps. 115 y 137 y siguientes. En la página 115 escribe: "Una norma en el sentido de la metódica tradicional (esto es: el tenor de una norma) puede parecer sobre el papel 'clara' o incluso 'inequívoca'. El primer caso práctico a que deba aplicarse puede privarle de su 'evidencia', puede hacerla aparecer como sumamente 'oscura' ".

"moral" y "buenas costumbres" son *literalmente* "claras", máxime si se da por supuesto que remiten a la moral y buenas costumbres imperantes en la sociedad. "Entender" esos términos castellanos no significa, sin embargo, poder decidir sin problemas cuándo un determinado acto es contrario a la moral o a las buenas costumbres. En primer lugar, en cada momento histórico y en cada nivel social tales conceptos tienen distinto contenido –esto es, alcanzan a un ámbito de supuestos fácticos diferente– (el simple hecho de que dichos conceptos puedan resultar de más difícil precisión en una sociedad pluralista, como la actual, que en otra anterior prácticamente dominada por una única moral religiosa, sin que la letra de la ley haya cambiado, muestra que las dificultades no radican en la letra de la ley).

En segundo lugar, una vez identificada la moral o las buenas costumbres a que se refiere la ley, la calificación de un hecho como contrario a ellas requiere una delicada interpretación. Pero no interpretación de las palabras legales, sino *de los hechos* enjuiciados.

Este aspecto escapaba al planteamiento de la metodología tradicional. Cierto que en todo tiempo los juristas se han ocupado tanto de la pura interpretación del texto legal en sentido estricto, como de imaginar los más importantes tipos de casos reales a que podía extenderse. Pero ello se ha hecho sin conciencia de que desbordaba la esfera estricta de la interpretación del texto legal, para pasar a la interpretación de los hechos. Debe, con todo, reconocerse que no se abandona con ello el terreno de la interpretación de la *norma*, sino sólo el de su tenor textual. Pues, como pone de manifiesto Friedrich MÜLLER, la norma no se agota en el tenor de la ley –lo que llama el programa de la norma (*Normprogramm*)–, sino que se halla también integrada por la esfera de supuestos fácticos a que alcanza su tenor, esto es, el sector de realidad social que el "programa de la norma" ha elegido, o creado, como su ámbito de regulación –lo que el mismo autor denomina el "ámbito de la norma" (*Normbereich*)–[410]. Pero la explicitación del distinto significado de ambas componentes de la norma no se había efectuado por la metodología clásica. Por el contrario, la distinción de "programa de la norma" y "ámbito de la norma" constituye el punto de arranque de una concepción de la aplicación de la ley capaz de dar cabida a la valoración de los hechos sociales reales.

[410] Ver F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 107.

En efecto, si se quiere fundamentar suficientemente una metodología que supere su limitación a la mera interpretación de un texto y dé cabida a la consideración de la realidad y sus exigencias normativas, deberá concebirse la aplicación de la ley como un proceso de "concretización de la norma" (*Normkonkretisierung*). Significa que la norma no posee un contenido definitivamente fijado *antes* de ser llevada a la práctica, sino que hasta el momento de su aplicación a casos particulares no se precisa de forma acabada su alcance. Hasta entonces –esto es, hasta que se *concreta* como "norma de decisión" (*Entscheidungsnorm*)–[411] no es posible saber con exactitud a qué casos se extiende. En este carácer inacabado, necesitado de ulterior concreción y diferenciación, del texto legal, se basa su concepción como *Deutungsschema* (esquema alusivo)[412], como simple punto de partida normativo que se limita a proporcionar una orientación más o menos clara, más o menos concluyente para el conjunto todavía abierto de las decisiones futuras que permite[413].

La ciencia jurídica no puede, por ello, limitarse a interpretar el texto legal, sino que ha de intentar facilitar la efectiva concreción de la norma, buscando precisar el ámbito de casos a que puede alcanzar. Para ello deberá utilizar en lo posible supuestos reales, proporcionados por la jurisprudencia, pero tendrá que adelantarse también a la práctica previendo los casos que puedan interesar a la aplicación de la ley. Ahora bien, todo esto significa que debe trasladarse el centro de interés de la ciencia desde el "programa de la norma", representado por el texto legal, al "ámbito de la norma" que constituye el específico contenido de realidad que aquél abarca. Resaltar esta distinción en la estructura de la norma tiene no sólo la virtud de aclarar cuál es el verdadero núcleo de la problemática de la aplicación de la ley, sino también la de estimular la atención por el caso práctico, verdadero objetivo de la dogmática.

Pero todavía lleva más lejos el reconocimiento expreso de la autonomía conceptual del "ámbito de la norma". En esta categoría se encierra la *fuerza normativa de lo real*. Su destaque junto al

411 Así, J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., ps. 36 y siguientes.

412 La terminología es de F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 108.

413 Ver F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 116. Se adhiere a este planteamiento en relación expresa al derecho penal P. BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, p. 133.

texto legal persigue anclar a éste en el terreno de las necesidades reales de la materia que regula, evitando una concepción de la norma como puro deber ser desvinculado del ser. La decisión acerca de si un caso particular pertenece o no al "ámbito de la norma" depende, en efecto, no sólo del tenor de la ley, sino también de las características del caso y de la regulación que reclame[414].

La inserción de la realidad que contribuye a la concreción de la norma en el mismo seno de la estructura de ésta evita, sin embargo, el peligro de resolver la normatividad en puro sociologismo. No se trata, en efecto, de que la norma jurídica no sea decisiva para la resolución de los casos concretos, de modo que junto a la norma deba añadirse el imperio del *factum*. Al decir que la esfera de realidad que integra el "ámbito de la norma" pertenece a ésta, se condiciona su virtualidad normativa a tal pertenencia: si aquel sector de realidad posee fuerza normativa es porque se la atribuye el haber sido prevista por el texto legal –o "programa de la norma"–[415]. El hecho de que esta previsión legal no pueda precisarse hasta el momento de la concreción de la norma al aplicarse a los casos reales, no obsta a esta afirmación. En derecho penal, regido por el principio de legalidad y la exclusión de la analogía *contra reo*, tiene especial importancia la limitación de la eficacia normativa de lo fáctico por el tenor de la ley. En nuestra rama jurídica es particularmente necesario erigir el "sentido literal" de la ley como tope de la normatividad admisible.

*b*) Esto no significa, sin embargo, que carezca de interés para el penalista la realidad situada más allá del "ámbito de la norma". Además de la norma que *debe regir* –concretada al caso concreto en los términos vistos– le importa conocer la norma que *de hecho* encuentra aplicación en la práctica. La segunda es el resultado de un complejo proceso de concreción, en el que intervienen una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley[416]. Ambas normas pueden no coincidir, lo que no es infrecuente que suceda. En este caso el dogmático no podrá admitir sin más la norma empírica por el hecho de serlo. Pero antes de que se plantee qué tratamiento ha de merecer dicha normativa, deberá conocerla. En nuestro país CÓRDOBA ha puesto de relieve recientemente los más importantes factores que condicionan la concreta norma

[414] Ver F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 108.
[415] Ver F. MÜLLER, ob. cit., ps. 109 y siguiente.
[416] Así, J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., I, p. VII.

que rige la efectiva actuación de los tribunales. A continuación se recogerán las líneas centrales de su planteamiento, punto de partida para un entendimiento sinceramente realista del proceso de concreción de la ley.

El examen de la jurisprudencia muestra, a juicio de CÓRDOBA, una notable relativización de los principios básicos que *según la ley* deberían inspirarla: el principio de *oficialidad* y el de *legalidad*. Mientras que el primero impone a la administración de justicia el deber de perseguir y, en su caso, castigar los delitos con exclusión de toda facultad de decidir sobre la oportunidad del ejercicio de dichas funciones, en la realidad los hechos que, *como probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos *tal como* se han producido. Y si el principio de legalidad atribuye únicamente a la ley la cualidad de fuente de derecho penal, los tribunales no sólo acuden a los preceptos legales, sino, además, a otros elementos situados propiamente *fuera de la ley*[417]. A ambos aspectos –la falta de correspondencia de hechos probados y hechos reales, y la insuficiencia de la ley como origen de la norma concretamente aplicada por los tribunales– dedica CÓRDOBA su atención.

Dos tipos de interferencias determinan la discrepancia de hechos probados y hechos reales: por una parte la *selección* de los hechos a perseguir en forma distinta a lo que impondría el principio de oficialidad, y, por otra parte, la *transformación* de los hechos perseguidos. En cuanto a lo primero (selección), la persecución de los hechos punibles por la policía, ni alcanza a la totalidad de los efectivamente producidos, ni aparece aplicada con igual intensidad a todos los delitos[418]. Por otra parte, también los tribunales dejan en ocasiones de perseguir hechos legalmente punibles. Así, aunque ni el perdón de la parte ofendida, ni la satisfacción por ella de las responsabilidades civiles deben extinguir la responsabilidad penal, en la práctica poseen en ciertos delitos –v. gr., en determinadas especies de estafa y de apropiación indebida– esa virtualidad. Más evidente es todavía la no persecución de la propaganda anticonceptiva, punible según el art. 416 del Código Penal. Por último, defectos en la instrucción del sumario, debidos en buena medida al elevado número de asuntos sometidos a la autoridad judicial, pueden imposibilitar una prueba suficien-

[417] Cfr. J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, ps. 119 y siguiente.

[418] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., p. 120.

te de hechos ocurridos, lo que determinará su subsunción en un tipo más benévolo[419].

Por lo que se refiere a lo segundo (transformación), CÓRDOBA destaca el fenómeno conforme al cual el juzgador invierte el orden lógico de determinar en primer lugar los hechos y en segundo la norma jurídica aplicable, y da a los hechos aquella configuración que posibilite su subsunción en el precepto que convenga a la solución que al juzgador aparezca como justa. Así, la propia Fiscalía del Tribunal Supremo –en su Memoria de 1967– reconoce que el deseo de los tribunales de evitar en ciertos casos la estimación del delito de robo conduce a una tendencia a evitar el dar constancia de los actos de fuerza en las cosas integrantes de dicho delito[420].

Que la normativa que efectivamente rige en la práctica de los tribunales no se integra únicamente de la ley, lo muestran, según CÓRDOBA, dos hechos. De un lado, existen importantes regulaciones procedentes de la doctrina o de la jurisprudencia que encuentran aplicación pese a que su relación con el texto legal es puramente mediante o, incluso, inexistente. Como ejemplos propone CÓRDOBA el tratamiento del error y la figura del delito continuado. El primero es el producto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que parte de ciertos preceptos legales –así, los arts. 1 y 565 del Código Penal–, pero que guarda con ellos sólo una vinculación mediata. El delito continuado es institución carente de todo nexo, siquiera mediato, con el texto legal, lo que no es óbice a su constante aplicación por los tribunales[421].

La segunda observación que contradice la exclusividad de la ley en la práctica es la existencia de ciertas actitudes *valorativas* que inspiran las decisiones judiciales, al margen del principio de legalidad. La tendencia a la benevolencia para con el reo –lo que Córdoba llama "pietismo judicial"–, el temor de que sea casada la sentencia y otras actitudes valorativas en los tribunales son manifestaciones expresivas de dicha realidad.

El "pietismo judicial" explica, por ejemplo, la inclinación de los tribunales a aplicar de modo automático el margen mínimo de la correspondiente penalidad, contra lo prescrito en las reglas 4ª y 7ª del art. 61, que obligan a "tener en cuenta" o a "considerar" ciertos factores en la medición de la pena. También la tenden-

[419] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., p. 121.
[420] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., p. 121.
[421] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 122 y siguiente.

cia a preferir el concurso de leyes al ideal, aun cuando proceda éste, es manifestación de la misma actitud de benevolencia. Por último, un ejemplo concreto de dicha actitud lo proporciona la tendencia a calificar como coacciones hechos constitutivos de verdaderas detenciones ilegales, cuando los hechos no parecen encerrar suficiente gravedad[422].

La inclinación a tratar de evitar la casación de las sentencias ha llevado, según CÓRDOBA, a ensanchar el número de casos en que es decisivo el arbitrio judicial. Así sucede respecto de las reglas 4ª y 7ª del art. 61, que se intepretan como concesión de arbitrio no necesitado de motivación, contra lo que impone su letra, que expresa la necesidad de tomar en cuenta "la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente" (art. 61, 4º), o de considerar "el número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito" (art. 61, 7º)[423].

Otras actitudes valorativas, a menudo de signo moralizante, se manifiestan en la intepretación de distintos preceptos en contra de la ley. Ejemplos los suministran la exclusión de eficacia atenuante a la provocación en los delitos contra la honestidad y ciertas restricciones impuestas a la aplicabilidad de las atenuantes de arrebato u obcecación y de motivos morales, altruístas o patrióticos[424].

Resumiendo lo anterior: pese a los principios de oficialidad y legalidad, por una parte, ni los hechos perseguidos son todos los que debieran serlo ni lo son siempre sin una transformación que lleva a la divergencia de hechos probados y hechos reales, y, por otra parte, no es la ley la única fuente que origina la normativa de hecho aplicada. Ésta es la visión que ofrece la observación empírica de la aplicación de la ley. Pero es notorio que, sin perjuicio de la necesidad de su aproximación a la realidad, el derecho no se agota en el *ser* de los hechos empíricos, sino que implica inevitablemente una pretensión de *deber ser* respecto de los mismos. Incluso autores tan inclinados a una concepción realista de la metodología jurídica como ESSER[425] y MÜLLER[426] anteponen esta distinción de lo fáctico y lo normativo a su planteamiento. Que los tribuna-

[422] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 123 y siguiente.
[423] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 125 y siguiente.
[424] Ver J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., p. 126.
[425] Ver J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., p. 35.
[426] Ver F. MÜLLER, *Methodik*, cit., ps. 140 y siguientes.

les seleccionen y modifiquen los hechos, así como que acudan a elementos ajenos a la ley en sus decisiones, es, pues, un hecho, pero que sólo podrá ser positivamente valorado si no se opone a las exigencias normativas del derecho penal.

El propio CÓRDOBA se apresura a resaltar la necesidad de una valoración crítica del modo de proceder de la jurisprudencia. Para que pueda estimarse lícito, deberá cumplir diversos requisitos. Aparte de la elemental conveniencia de la corrección gramatical y lógica de las sentencias[427], señala CÓRDOBA dos límites que la jurisprudencia no puede traspasar: la literalidad de la ley y las exigencias derivadas de la dogmática jurídico-penal[428].

Particular rigor atribuye CÓRDOBA al límite representado por la letra de la ley. Las fronteras de lo punible dependen de ella, por lo que no es lícito transgredirla "por consideraciones de ninguna especie, ni siquiera por la invocación de los fines a los que la ley pueda estar dirigida". La inclusión de la energía eléctrica en el término "comunicaciones" del art. 249 –contra su significado literal, que alcanza sólo a la transmisión entre las personas o al traslado de las mismas en el espacio físico–, la ampliación del alcance del desempeño de las obligaciones o servicios del art. 22 a casos en que la actuación del culpable tiene lugar fuera de la órbita de la función que tenga asignada, y la figura del "delito masa", son ejemplos aducidos por CÓRDOBA de vulneración del límite que impone la letra de la ley[429]. Viceversa, también la tendencia a la no aplicación de la ley a casos a que alcanza su letra, pero que no cuentan entre los normalmente incluidos en ellas –verbigracia, la estafa procesal, si se admite que reúne los elementos de la estafa–, constituye una práctica opuesta a la literalidad de la ley[430].

Como exigencias dogmáticas que la jurisprudencia debe respetar, CÓRDOBA menciona, por vía de ejemplo, las derivadas de las características del concepto de delito: acción, antijuridicidad y culpabilidad. Así, la concepción final de la *acción* obligará a requerir la finalidad a toda conducta típica, aunque no lo exija expresamente la ley. Se seguirá que el "homicidio" del art. 501, 1, sólo concurrirá cuando se dé un tal querer en la actuación del sujeto. A ello se oponen las Ss. de 22 de octubre de 1907, 14 de julio de 1917 y 29

[427] Ver. J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., p. 127.
[428] Ver. J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 128 y siguientes.
[429] Ver. J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 128 y siguiente.
[430] Ver. J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 129 y siguiente.

de octubre de 1959. La exigencia de finalidad de la *manifestación de voluntad* en los delitos imprudentes permite también la estimación en ellos del estado de necesidad y de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, contra la opinión del tribunal supremo.

El análisis dogmático de la *antijuridicidad* impone, asimismo, límites a la interpretación de la ley a través de su significado material, expresado por el concepto de bien jurídico. Este concepto puede llevar a restringir tipos penales dotados de una redacción literal excesivamente amplia o vaga. Finalmente, el principio de *culpabilidad* debe ser también respetado por la jurisprudencia. El problema se plantea especialmente respecto del error de prohibición. Es satisfactorio que la jurisprudencia actual haya dado entrada a la relevancia de tal clase de error, ajustándose así a un postulado dogmático fundamental[431].

Comparto los criterios que CÓRDOBA sugiere para la valoración de la práctica jurisprudencial, siempre que el límite representado por la letra de la ley se restrinja a su significado político-criminal de garantía para el reo. He de remitirme en este punto al planteamiento efectuado más arriba para la analogía, cuya exclusión sólo debe admitirse cuando perjudique al reo. En cualquier caso, los límites fijados a la jurisprudencia suscitan la cuestión de si no llevan a valorar negativamente *todas* las prácticas judiciales examinadas. Si la letra de la ley es límite infranqueable de su aplicación, ¿no deberá rechazarse como inadmisible tanto la selección y manipulación de los hechos contra el principio de oficialidad, como la apelación a criterios ajenos a la ley en contraste con el principio de legalidad? Y, en última instancia, ¿no se llegará por este camino a negar toda posibilidad de superación de la dogmática normativista por medio de la introducción de las necesidades de la realidad en el proceso de concreción de la norma?

A estos interrogantes debe darse respuesta negativa. Evidentemente, la letra de la ley se opone a la selección de los hechos contra el principio de oficialidad y a su transformación de modo que no coincidan los hechos probados con los efectivamente sucedidos. Ambos procederes no son más que vulneración de la ley, siquiera sea a veces con propósito plausible. Igualmente inaceptable es la decisión del caso según actitudes valorativas opuestas a la ley, como lo son la mayor parte de las examinadas por CÓRDOBA. Pero la letra de la ley no cierra las puertas a las exigencias dogmáticas ni a

[431] Ver. J. CÓRDOBA RODA, *Consideraciones*, cit., ps. 130 y siguientes.

las necesidades prácticas. El sentido literal posible traza sólo un marco, un límite *máximo,* dentro del cual pueden y deben intervenir postulados político-criminales, sistemáticos y derivados de las particularidades del caso. Dejando aparte la problemática relativa a los límites de la valoración subjetiva –porque es materia contemplada en apartado anterior–, importa destacar que, precisamente, la conclusión central que se desprende de las modernas direcciones hermenéuticas, y del planteamiento que en base a ellas he suscrito, es que, si bien el texto legal es el límite insuperable que debe respetar la concreción de la norma, no proporciona a ésta más que un punto de partida, que precisa para su desarrollo la consideración de las exigencias del sector de realidad por ella previsto. Y el examen de la jurisprudencia es el camino mejor para descubrir estas exigencias reales, por la proximidad que con ellas guarda.

Cierto que los tribunales tenderán, en ocasiones, a traspasar la letra de la ley en atención a las necesidades del caso. Pero tal vez la ciencia tienda a caer en el vicio opuesto, olvidando la imprescindible conexión de la norma a la realidad. De ahí la urgencia de una amplia comunicación de ciencia y jurisprudencia que, en una concepción realista de la ciencia jurídico-penal, han de cooperar igualmente a la elaboración de una dogmática[432] no reducida a teoría para sí misma, sino afirmada como teoría de la práctica.

C) *Política criminal y dogmática realista.*

Según se vio al examinar el estado actual de la metodología jurídico-penal, es importante la dirección que ve en la unión de política criminal y dogmática la vía de construcción de una dogmática realista. Comparto esta opinión. En realidad, la mayor parte de exigencias metódicas planteadas hasta aquí son expresión de dicha idea, que se encuentra en parte realizada por aquéllas. La introducción en la dogmática de los postulados valorativos del derecho penal, por una parte, y de la contemplación de las necesidades de la realidad, por otra, constituye, en efecto, parte esencial del programa de quienes piden la conexión de política criminal y dogmática. Pero para que los principios axiológicos y las necesidades prácticas tengan específico sentido político-criminal,

[432] Destaca la pertenencia a la dogmática jurídico-penal de la labor propia de la jurisprudencia W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik,* cit., Reinbek b. Hamburg, 1974, ps. 152 y siguiente.

es preciso algo más: que tanto la valoración, como la consideración de la realidad, se apoyen en bases científico-empíricas. Esto es, que los postulados valorativos que inspiran el derecho positivo y la dogmática, y las necesidades del caso, tiendan a escapar de un origen puramente intuitivo y a buscar apoyo en la investigación del delito como fenómeno empírico, individual y social.

Pedir que la dogmática parta de la política criminal viene a añadir, pues, a la ya postulada necesidad de valoración y contemplación de la realidad, la exigencia de vinculación de la dogmática a los resultados de la criminología. Éste es el sentido que corresponde al significado originario de la moderna política criminal, según la concepción de VON LISZT: tender un puente científico entre la dogmática y la criminología. Con ello se asegurará el carácter auténticamente *realista* de la dogmática, pues la contemplación de las exigencias de la realidad tendrá lugar por el único método realista: la observación empírico-científica.

Pero, para que la política criminal con base criminológica pueda penetrar fundadamente en la labor dogmática, es preciso reconocer previamente la vigencia de los otros dos postulados requeridos más arriba para una metodología jurídico-penal realista. En efecto, sin el aparato conceptual que ofrece una concepción de la ciencia del derecho como ciencia social, la comunicación de política criminal y dogmática tropieza con el decisivo obstáculo que supone la separación del mundo de las normas del mundo de lo social. Tomada, en cambio, la norma como regulación de procesos sociales, respecto de los cuales cumple una determinada función social, queda abierta la puerta a la confrontación, en términos conceptuales homogéneos, con las exigencias político-criminales. Pues aquella función social no es sino expresión del significado político-criminal de la norma. Por otra parte, el entendimiento realista del proceso de aplicación de la ley, al imponer la necesidad de atender a las exigencias de la realidad regulada por la ley, fundamenta la legitimidad de la perspectiva político-criminal en la aplicación de la ley. Si el tenor de la ley fuera el único elemento de su concreción práctica, no sería lícito acudir a las necesidades político-criminales de los casos particulares.

Resumiendo: de una parte, la unión de política criminal y dogmática se halla facilitada por la concepción de ésta como ciencia social; de otra parte, la toma en consideración de las necesidades político-criminales del caso concreto presupone el entendimiento del proceso de concreción de la ley como necesariamente basado en la realidad objeto de regulación.

# ÍNDICE ANALÍTICO


A

Acción: 207, 220 s., 227 s., 232 s., 234, 256, 317.
Adecuación social: 137, 266.
Analogía: 127, 128, 238, 270, 279, 291 ss., 313.
Antijuridicidad: 208, 220 s., 266 ss., 317.
Apropiación indebida: 314.
Aproximación a la realidad: 257, 279.
Arbitrio judicial: 130 s., 144 ss., 181, 316.
Atenuantes
  arrebato: 316;
  arrepentimiento: 318;
  motivos morales: 316;
  provocación: 316.
Atribuibilidad: 138 siguientes.
Autoría y participación: 258, 259, 265, 267.

B

Bienes jurídicos: 112 ss., 135 ss., 144, 208, 306, 318;
  protección: 72, 78, 84, 93.
Biología criminal: 274.

C

Carácter fragmentario del derecho penal: 110 s.;
  secundario: 109 s.;
  subsidiario: 109 siguiente.
Casación: 316.
Caso fortuito: 136.
Causalidad: 259.
Causalismo: 257.
Cibernética: 276.
Ciencia: 204, 211 ss., 284.
Ciencia del derecho: 214 ss., 299.
Ciencia del derecho penal: 149 ss., 201 s., 204 ss., 300 siguientes.
Ciencias del espíritu: 211 ss., 226, 272, 276, 279, 286, 301;
  - sociales: 276, 277, 279, 281, 299, 300 ss., 320.
Clasicismo en España: 240 ss., 250.
Cláusulas generales: 129.
Coacciones: 137, 316.
Comportamiento desviado: 269.
Concepto de derecho penal: 4, 16, 19;
  formal: 4, 7 ss.;
  material: 4, 41 siguientes.
Concurso ideal y de leyes: 316.
Concreción de la ley: 257, 260 s., 269, 297, 306 ss., 318, 320.
Correccionalismo: 55, 244 ss., 250;
  positivista: 246 siguientes.
Costumbre: 128.
Criminología: 203 s., 257, 262, 270, 273 ss., 276, 277, 279, 284, 291, 300, 305, 320.
Culpa: 136 ss., 209 s., 220;
  consciente e inconsciente: 209 s., 258.
Culpabilidad: 135, 136 ss., 144 ss., 221, 317 s.;
  autor: 65;
  causas de exclusión: 209;
  concepción normativa: 145, 220;
  concepción psicológica: 209;
  en von Liszt: 206;
  en Roxin: 266, 269;
  en Welzel: 226 s., 232 s., 235;

Culpabilidad (cont.)
factores sociales: 145 s.;
y psicología: 271;
y prevención: 139, 145 s., 268;
principio de igualdad: 146.

D

Dañosidad social: 113, 118.
Defensa social: 57.
Delito
concepto clásico: 205 s., 207;
- neoclásico: 220;
- social: 303 s.;
continuado: 315;
masa: 317.
Delitos contra la honestidad: 120 s., 316;
- de acción y consistentes en la infracción de un deber: 267.
Derecho
concepto: 3, 4, 211, 230.
Derecho del caso: 258, 297;
- criminal: 9 ss.;
- natural: 113, 153, 155, 161, 166 ss., 176 ss., 193, 194, 240 ss., 244, 275, 276.
Derecho penal
autoritario: 238;
de acto y de autor: 194, 238;
democrático: 107, 135, 142;
de la Ilustración: 113;
liberal: 103 s., 200, 238, 243;
objetivo: 4, 5, 7 ss.;
definición: 7 ss.;
intitulación: 8 ss.;
social: 104 ss., 195;
subjetivo: 4, 5, 97 ss.;
carácter público: 97 ss.;
fundamento: 98 ss.;
funcional: 98 ss.;
político: 98 ss.;
titular: 97 siguiente.
Desistimiento de la tentativa: 259.
Despotismo ilustrado: 179, 180.
Desvalor de la acción y del resultado: 257.
Detenciones ilegales: 316.
Determinaciones complementarias: 35.
Dirección positivista moderada: 184;
Dirección positivista moderada (cont.)
- técnico-jurídica: 153, 154, 167 ss., 176, 177 s., 179, 252, 253.
Dirigibilidad: 262 siguiente.
Dogmática jurídico-penal: 154, 167, 170 s., 174, 176, 177 ss., 250 ss., 278, 279, 280 ss., 285 ss., 299 s., 301, 304, 305, 306 ss., 317, 319 siguiente.
Dolo: 136 s., 209, 220, 228, 235, 257, 258, 266, 271.
Dominio del hecho: 259.

E

Eficacia de las medidas: 100;
- de la pena: 99 siguientes.
Elementos subjetivos del tipo: 220 siguientes.
Empirismo: 248.
Error: 315;
- de prohibición: 258, 259 s., 318.
Escándalo público: 119, 310.
Escuela clásica: 104, 153 ss., 165 ss., 176 s., 179 s., 248 s., 275 s., 278, 279, 282 s.;
- de la exégesis: 178, 243;
- histórica: 113, 167, 184, 188, 193 s.;
- de Kiel: 173, 224 s., 235 ss., 255, 275 s.;
- de Marburgo: 212 ss.;
- positiva: 55, 104, 153 s., 156, 159 ss., 166 ss., 173, 176 s., 179, 197, 201 s., 203, 247, 248 ss., 264, 276, 279, 299, 304;
- sudoccidental alemana: 212 s., 215, 216 siguientes.
Estado democrático: 73, 134 ss., 278, 290 ss.;
- de Derecho: 73, 125 ss., 147, 201, 266 s., 275, 277, 290 ss.;
- de necesidad: 318;
- social: 73, 104 ss., 109 s., 148, 157, 160, 188, 191, 192, 195, 197 s., 201 s., 266, 276, 277, 290 ss.;
- totalitario: 276, 278.
Estafa: 314;
- procesal: 316 siguiente.
Existencialismo: 172, 239, 278.

F

Fenomenología: 236 s., 239.
Filosofía de los valores: 172, 175.
Finalismo: 170 s., 173, 190 s., 224 ss., 253, 255, 256, 271, 275 siguientes.
Formalismo: 171 ss., 204, 272, 276, 279, 303 siguiente.
Formas de imperfecta ejecución: 259.
Función del derecho penal: 41, 48 s., 75, 86, 91;
como función del derecho positivo: 69;
como función de la pena y de la medida de seguridad: 48 ss., 66;
teorías absolutas (retribución): 49 ss., 69, 84 s.;
completivas: 59 ss., 69;
relativas
prevención general: 53 s., 65, 69, 92, 180, 181;
– especial: 55 ss., 65, 68, 175 s., 179 s., 181.
Funcionalismo: 29, 77, 119.
Fundamento del derecho penal subjetivo: 98 s.;
fundamento funcional: 98 s.;
– político: 103 siguientes.

H

Hegelianismo: 186 s., 256.
Hermenéutica: 260 s., 279, 299, 309 siguientes.
Historicismo: 211.

I

Ilustración: 112, 125 s., 156, 177, 179 s., 240 s., 283.
Imprudencia: 136 ss., 209 s., 220, 258, 259, 267, 317 siguiente.
Interpretación: 193 s., 200, 279, 287, 288 ss., 306, 310, 311.
Irracionalismo: 172, 235 ss., 276.
Irretroactividad: 128 siguiente.
*Ius puniendi*: 98 ss. (ver Derecho penal subjetivo).

J

Juicios de valor: 175 s., 188, 204, 207 s., 217 ss., 226, 276 s., 278 s., 280 s., 283 ss., 318 siguientes.
Jurisprudencia: 270, 309 s., 314 ss.;
– de intereses: 193, 207 s., 210;
– de valores: 171, 173.

L

Legalismo: 244.
Legítima defensa: 259.
Leyes penales incompletas: 29 ss.;
––– en su contenido: 30 ss.;
––– en su estructura (leyes penales en blanco): 36 ss., 39, 40.
Liberalismo: 142 s., 156 ss., 160, 178 ss., 188, 190 s., 192, 194 ss., 198 s., 200, 218, 239, 241, 275 s., 278, 292, 295 siguiente.
Libre albedrío: 155, 161 s., 166, 206, 238 s., 244, 246 s., 262, 271.
Límites del derecho penal subjetivo: 108 ss.;
de la facultad punitiva: 108 ss.;
derivados del Estado democrático: 134 ss.;
––– de Derecho: 125 ss.;
––– del fundamento funcional: 108 ss.;
––– político: 124 siguientes.
Lingüística: 276.
Lógica formal: 276, 287, 288;
material: 287, 288.

M

Marxismo: 238 s., 277 siguiente.
Medidas de seguridad: 7;
esencia imperativa de las normas que las prevén: 47 s.;
función de prevención: 66, 68, 78;
naturaleza: 8, 14 ss.;
origen: 105;
postdelictuales y predelictuales: 12, 13 ss.;
principio de legalidad: 132 ss.;

Medidas de seguridad (cont.)
sistema monista, de la doble vía y vicarial: 101 ss.;
subsidiariedad: 140.
Método del derecho penal: 149 ss.;
evolución: 153 ss., 275 s.;
- en Alemania: 176 ss.;
- en España: 239 ss.;
- en Italia: 154 ss.;
factores políticos y científicos: 275 siguientes.
Método del correccionalismo: 244 ss.;
- de la dirección técnico-jurídica: 167 ss., 187 s.;
- de la escuela clásica: 154 ss., 239 ss.;
-- de Kiel: 234 ss.;
-- positiva: 159 ss.;
- del finalismo: 224 ss.;
- del neokantismo: 207 ss.;
- del positivismo: 187 ss.;
- del pragmatismo: 247 ss.;
- de la *terza scuola*: 165 ss.;
- dogmático: 176 ss., 250 ss.;
- en la actualidad: 255 ss.;
- que se propone: 275 siguientes.
Motivación: 93 siguiente.

N

Nacional-socialismo: 115, 235 ss., 276 siguientes.
Naturalismo: 159 ss., 167, 170, 188, 196 ss., 208, 221 ss., 239, 245, 246, 276, 279, 283, 303.
Neokantismo: 114 s., 170 ss., 174 s., 207 ss., 226, 229, 253, 275 ss., 286, 301, 303.
Neopositivismo lingüístico: 253.
Nueva defensa social: 263 siguiente.
Norma jurídico-penal
esencia: 41 ss.;
carácter imperativo de la norma: 41, 44, 45 s.;
norma de valoración y norma de determinación: 41 ss.;
estructura: 19 ss.;
"comunicativa": 26 ss., 302 s.;
norma primaria y secundaria: 21;
Norma jurídico-penal (cont.)
estructura (cont.)
norma de decisión: 312;
programa de la norma y ámbito de la norma: 311 ss.;
función dialogal: 28, 71, 147 s.;
de motivación: 45;
de regulación: 28, 71, 147, 302 s.;
de resocialización: 28, 73, 147 s., 302.
Normativismo: 188 ss., 304.

O

Omisión: 207 s., 258 s., 267, 309.

P

Peligro (concepto): 258.
Peligrosidad: 14, 67, 80 s., 147, 163.
Pena
concepción dialogal: 74;
ejecución: 63, 65, 73, 89 ss., 95, 147 s.;
en Binding: 191 s.;
en von Liszt: 206;
función: 75, 86, 91;
medición: 315.
Penas y medidas: 100 ss., 164 siguiente.
Penología: 203 siguiente.
Pensamiento problemático: 258 ss., 280, 307 s.;
- sistemático: 256 ss., 265, 307 siguiente.
Perdón del ofendido: 314.
Personalidad del delincuente: 87 ss., 316.
Pietismo judicial: 315.
Política criminal: 105, 106, 192, 198 s., 201, 202 s., 249 s., 252, 257, 262 ss., 264 ss., 273, 276, 279 s., 281, 282 ss., 292, 296, 298 ss., 305, 319 siguiente.
Posición de garante: 258 siguiente.
Positivismo: 187 ss., 210, 239, 279, 301 s.;
criminológico: 104, 158, 159 ss., 173, 196 ss., 245 ss., 273, 279, 283;
jurídico: 113, 155, 161, 167 ss., 179, 180, 187 ss., 219, 222 s., 236, 248, 251 s., 265, 272, 273 ss., 280 s., 287, 303 siguiente.

Potestad punitiva: 97.
Prevención: 52 ss., 66, 68, 81, 83, 85, 92, 111.
Principio de culpabilidad: 135, 136 ss., 144 ss., 291;
- de exclusiva protección de bienes jurídicos: 135 ss., 144;
- de igualdad: 146 s., 158 s., 238, 293;
- de insignificancia: 137, 266;
- de legalidad: 125 ss., 279, 292, 298, 314 s., 316, 318;
- de oficialidad: 314, 316, 318;
- de proporcionalidad: 135, 141 ss., 146;
- de resocialización: 147 s.;
- de subsidiariedad: 109 siguiente.

R

Racionalismo: 248.
Realismo: 171 ss., 279 s., 280 s., 299 siguientes.
*Rechtstheorie*: 276.
Reforma del derecho penal: 111 siguiente.
Reincidencia: 99, 156.
Reprochabilidad: 136 siguientes.
Resocialización: 62 s., 65, 105, 121, 147 s., 303.
Responsabilidad civil: 16 siguientes.
Responsabilidad social: 162.
Retribución: 49 ss., 69, 83 s., 244.
Riesgo permitido: 137.
Robo con fuerza en las cosas: 315.

S

Secundariedad del derecho penal: 109 siguiente.
Sistema vicarial: 67.
Sociología: 271 ss., 274 siguientes.
Sociologismo jurídico: 164, 202 s., 257, 261, 302, 313.
Subsidiariedad del derecho penal: 109.
Sustitutivos penales: 164.

T

Temibilidad: 162 siguiente.
Teoría de las normas: 22 ss., 191;
- de los elementos negativos del tipo: 31 s.;
- de los sistemas sociales: 70.

*Terza scuola*: 161, 165 siguientes.
Tipo: 221, 228, 235, 252, 257, 266.
Tipos de partida: 35;
- troncales: 35 siguiente.

Totalitarismo: 235, 276.
Tratamiento: 106.

U

*Ultima ratio*: 100, 109 siguiente.