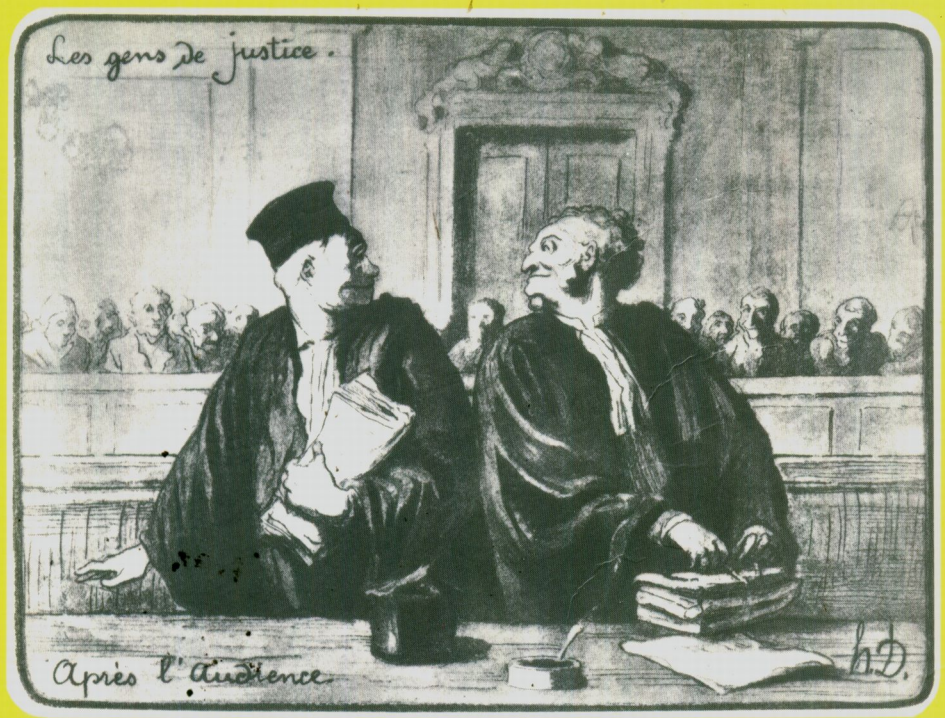
Jesús María Silva Sánchez



APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

J. M. BOSCH EDITOR, S.A.

APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

1992

JOSE MARIA BOSCH *EDITOR*, S.A. — BARCELONA

© 1992 Jesús-María Silva Sánchez
Para la presente edición:

© 1992 José M.ª Bosch, editor, S.A.
Rosellón, 22
08029 BARCELONA

Diseño cubierta:
Luz Bosch

I.S.B.N.: 84-7698-214-3

Depósito Legal: Z. 2.229-92

Printed in Spain — Impreso en España

Cometa, S.A. — Carretera Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza 1992

Para tí, Ana, por tantas palabras y tantos silencios.

Y a nuestros hijos, Natalia e Ignacio.

Compañera de hoy, no quiero
otra verdad que la tuya, vivir
donde crezcan tus ojos,
dando tu luz, tu cauce
a lo que veo y siento...

Deshacer ese ovillo
oscuro del temor,
encontrar lo perdido,
quebrar la voz del sueño...

Y lenta, lentamente
aprender a vivir,
de nuevo, de nuevo,
como en una mañana
cargada de riqueza.

(Alfonso Costafreda)

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho.
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.
ContC	Contemporary Crises.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
JA	Juristische Arbeitsblätter.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristenzeitung.
KrimJ	Kriminologisches Journal.
KritJ	Kritische Justiz.
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MschrKrim	Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZfRS	Zeitschrift für Rechtssoziologie.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las páginas que siguen constituyen básicamente la parte principal del texto que, como «Proyecto docente», presenté al concurso de acceso celebrado en San Sebastián en diciembre de 1990 para la provisión de una Cátedra de Derecho penal de la *Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea,* cátedra que logré obtener. Más tarde, con muy leves retoques, fueron presentadas también como «Proyecto docente» al concurso de méritos celebrado en Barcelona en junio de 1991, para la provisión de la Cátedra de Derecho penal de la *Universitat Pompeu Fabra,* que obtuve y que actualmente ocupo. Desde entonces, las principales modificaciones producidas en el texto se deben a una estancia en el *Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik* de la Universidad de Múnich, que dirige el querido colega y amigo Bernd SCHÜNEMANN, quien me acogió amablemente y constituyó un valioso interlocutor para no pocas de las cuestiones que en el texto se tratan. Aparte de esto, he efectuado algunas variaciones como resultado de considerar trabajos que han visto la luz a lo largo de 1991 y que afectaban a aspectos importantes de la obra.

2. La pretensión de estas páginas es, como su título indica, ofrecer una aproximación personal —ligada, por ello, a mis intereses científicos y a mis personales puntos de partida— a los problemas del Derecho penal y de la ciencia que lo estudia en el mundo contemporáneo. El estilo seguido se encuentra a medio camino entre la descripción y la toma de posición. Así, he tratado de explicar los aspectos sobre los que existe ya un amplio consenso en nuestro ámbito científico, dedicando no obstante buena parte del texto a sostener y argumentar puntos de vista particulares, que no han alcanzado todavía el cómodo *status* de la «doctrina dominante». En la determinación del objeto de estudio y de las fuentes para afrontarlo he pretendido ser selectivo —frente a la tentación de una exhaustividad imposible— siguiendo también aquí un criterio de interés personal. En general, lo ausente son temas que, pese a su gran importancia, se encuentran —según creo— en un segundo nivel de abstracción. Pero no estoy seguro de que esto resulte para todos una explicación convincente de algunas omisiones que sin duda se advertirán.

3. En este momento, que ciertamente constituye un hito en mi vida académica y científica, no quiero dejar de mencionar a quienes en mayor medida han contribuido a que ésta sea lo que es. En primer lugar, a mi maestro, Santiago MIR PUIG, cuyas ideas son el punto de partida en todo caso y muchas veces también el de llegada de mis reflexiones; es para mí un deber de lealtad y un orgullo subrayar aquí la hondura de su magisterio científico y de su permanente apoyo personal en los momentos más complicados. Además, a aquellos ilustres colegas cuyas obras, desde la época de estudiante, más han influido en mi vocación por el Derecho penal y en la forma de aproximarme a su estudio: en particular, a Juan CÓRDOBA RODA, Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Francisco MUÑOZ CONDE y Diego M. LUZÓN PEÑA en España; a Claus ROXIN, Bernd SCHÜNEMANN y Joachim HRUSCHKA, en Alemania. «Last but not least» quiero referirme a los queridos colegas y amigos leales que han acompañado estos diez primeros años de mi andadura académica, viviendo mis sinsabores y alegrías y sintiéndolos como propios; en especial, a Francisco Baldó Lavilla: su afecto y lealtad, su permanente proximidad científica y personal, hacen que no pueda concluir estas líneas sin rendirle testimonio de sincera gratitud.

II. EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

II.1. La crisis como característica del Derecho penal contemporáneo.

1. En nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en «crisis». Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis. Sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la «crisis» como un fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto. La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal)[1], empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días[2]. De ello, sin embargo, habrá ocasión de ocuparse

---

[1] Esta tesis acoge, según creo, el punto de vista dominante acerca de las relaciones entre legalidad y política criminal en el Derecho penal liberal. Con todo, es posible otra interpretación. Así, NAUCKE sostiene recientemente que en el referido momento histórico y, en particular, en las obras de autores como BECCARIA y FEUERBACH, la legalidad no aparece como obstáculo, sino más bien como reforzamiento de una política criminal de signo preventivo, perturbada por el arbitrio judicial (de signo frecuentemente pietista). La naciente legalidad prestaría a la referida política criminal preventiva el relevante factor de la certidumbre del castigo, y ello constituiría su justificación esencial en este ámbito; en cambio, el aseguramiento de las libertades (la vertiente garantística de la legalidad), no constituiría más que un producto secundario de la nueva situación. Según NAUCKE, sólo en el momento en que la legalidad ya aparece como un dato preexistente, comienza a desempeñar su (presunto) papel limitador de la política criminal (en la época de V. LISZT). Sobre todo ello, cfr. NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, JuS 1989, pp. 862-867, p. 863 y 864. Con todo, y pese a que la interpretación de NAUCKE tiene bases innegables, tampoco me parece posible negar la evidente finalidad limitadora, garantística, de la introducción del principio de legalidad (con el nuevo Derecho penal) en el continente europeo.

[2] MUÑOZ CONDE plantea las cosas de modo diferente cuando sitúa el problema actual del Derecho penal en el conflicto entre prevención general y prevención especial, entendiendo que en el mismo se

más adelante mostrándose cómo, en mi opinión, tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del Derecho penal. Una evolución que, a mi entender, muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en *síntesis* sucesivas de signo ascendentemente humanitario y garantístico, pese a lo que algunos momentos de *antítesis* puedan llevar a pensar. Así, lo negativo, más que en esa realidad, se hallaría en los intentos de ocultarla, creando pantallas ideológicas que tratan de aparentar armonía allí donde hay una confrontación esencial.

2. Sentado lo anterior, se hace preciso señalar que la mención de una crisis «contemporánea» pretende hacer referencia a otros fenómenos superpuestos a aquél (que es, por así decirlo, «estructural») y que han condicionado el marco en el que se desarrolla la discusión jurídico-penal de los últimos treinta años, por un lado, y especialmente del último decenio, por otro lado. En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, «ius puniendi»), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de *legitimación:* se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada «ciencia del Derecho penal»: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, y también una crisis de «legitimidad epistemológica», de validez científica. En ambos casos, sin embargo, no nos encontramos ante fenómenos de nuevo cuño. En realidad, esta «nueva» crisis del Derecho penal comienza, como tarde, en los años sesenta, en el momento en que quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho penal de la retribución. Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del

---

traduce el eterno conflicto entre individuo y sociedad y que, a su vez, es inmanente al Derecho penal y causa de su disfuncionalidad. Concretamente, en *Derecho penal y control social,* Jerez 1985, p. 124 señala que *«Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces, impuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma».* A mi entender, en tal expresión, si bien está presente, desde luego, la antinomia entre la prevención general y la prevención especial, entendida esta última ahí como resocialización o, mejor, como no-desocialización, se hace asimismo patente la contraposición existente entre cualesquiera necesidades preventivas y la opción garantista, colisión que, a mi juicio, es previa a la anterior. En efecto, cuando coliden prevención y garantías nos hallamos ante la contraposición radical de los fines del Derecho penal. La antinomia entre las exigencias preventivo-generales y las preventivo-especiales afecta a un segundo momento, una vez que se ha fijado el marco de la prevención (general y/o especial) legítima.

mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social. Tales corrientes adquieren una plasmación espectacular en el Proyecto Alternativo (*Alternativ-Entwurf*) de un nuevo Código penal alemán, presentado en 1966 por un grupo de profesores alemanes en oposición al Proyecto gubernamental de 1962. En lo que hace a la fundamentación de la pena, se contiene en el Preámbulo del Proyecto Alternativo la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino «una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres». En el marco de la ciencia del Derecho penal, la referida crisis comienza en los mismos años, desde el instante en que empieza a ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y, en suma, ajena también a la realidad social del delito. Ambos fenómenos, la crisis del Derecho penal y de la ciencia que lo cultiva son, como resulta fácil comprender, paralelos. Lo que quiebra, pues, es el Derecho penal retributivo y la ciencia dogmática abstracta que lo estudiaba con una vocación casi «artística»[3]. El desencadenante de ambas crisis viene dado por la necesidad, sentida de modo general, de proceder a una legitimación del Derecho penal que resulte inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma. Una vez producido este primer factor de ruptura, resulta natural que también se sienta la necesidad de orientar la ciencia del Derecho penal a esa misión social del Derecho penal, no construyéndola de espaldas a la misma, en un universo abstracto, ahistórico e independiente de las realidades socioculturales.

3. La mencionada crisis, cuyo comienzo, como se ha dicho, puede situarse en los años sesenta (quizá ya a finales de la década de los cincuenta), generó importantes movimientos científicos que marcaron las décadas de los sesenta y de los setenta. Por un lado, se produjo la «despedida de Kant y Hegel» en la teoría de los fines de la pena, recibiéndose influencias escandinavas y norteamericanas, que daban un valor central en esta materia a la prevención especial resocializadora, al tratamiento del delincuente. Por el otro, se produjeron intentos significativos de abandonar la elaboración sistemática del Derecho penal, sustituyéndola por consideraciones tópicas, y produciéndose un gran avance en los estudios criminológicos, que hasta entonces se habían visto un tanto marginados por el brillo teórico de las construcciones dogmáticas. En este sentido, los años setenta se han mostrado como una década de signo abiertamente ecléctico, tanto en lo relativo a los fines del Derecho penal, la fuente de su legitimación, como en lo relativo al método de estudio de la materia penal, en el que se mezclan el sistema y el problema, lo abstracto y lo concreto. Así, es cierto que sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho penal) y, también, sobre si cabe atribuir el *status* de

[3] Cfr. la transcripción de GIMBERNAT de las críticas que R. SCHMID dirige a ese modelo, en GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en Estudios de Derecho penal, 3.ª edic., Madrid 1990, pp. 140-162, p. 140.

ciencia a una disciplina que incorpora tantos elementos valorativos y se muestra tan inmediatamente condicionada por la coyuntura social como la dogmática jurídico-penal. No obstante, parece haberse alcanzado un punto en el que la mayoría no pone en cuestión ni que tal legitimidad existe, ni que la dogmática constituye un instrumento válido para el conocimiento de la materia penal. Ocurre, con todo, que, en los últimos diez o quince años, a esa crisis global de legitimación todavía no plenamente resuelta, se le han superpuesto nuevos fenómenos conflictivos que han venido a agudizar lo problemático de la situación. A continuación haremos breve alusión a este nuevo aspecto.

4. En efecto, pasados los años de los procesos legislativos de despenalización, volvemos a encontrarnos preferentemente inmersos en procesos de incriminación. Estos procesos muestran la peculiaridad de que a los mismos no cabe oponer un concepto de bien jurídico que, elaborado en los años sesenta y setenta para fundamentar los procesos de despenalización desde una orientación a la distinción de los objetos de protección de la moral y el Derecho, no es adecuado para justificar la exclusión del ámbito *jurídico-penal* de intereses sobre cuya necesidad de protección *jurídica* (pero no necesariamente penal) no parecen existir dudas. Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y, por tanto, difícilmente reconducible a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil. Tal legislación expansiva, que constituye el distintivo fundamental de nuestro tiempo, y a veces conlleva la aparición del denostado Derecho excepcional, choca con dos tendencias, asimismo claras: la que aboga por un Derecho penal mínimo, resaltando la vertiente garantística del Derecho penal[4] y la que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventivo-especial (resocializadora, en concreto) del mecanismo punitivo más característico: la pena privativa de libertad[5]. Pero asimismo choca con una realidad del propio sistema de penas privativas de libertad, espina dorsal del sistema penal: en efecto, las modernas instituciones de la política criminal y el Derecho penitenciario —partiendo de aquella inidoneidad para la reinserción— tienden a favorecer una permanencia mínima en prisión, lo que propicia que los efectos del Derecho penal, en muchos casos, en realidad se centren en el poder estigmatizador del sometimiento a un proceso penal y en el hecho simbólico de la imposición de la pena. Esto resulta ser lo único cierto y, por tanto, lo único que puede intimidar. Sin embargo, hasta qué punto todo ello no es una contradicción flagrante con la referida legislación expansiva es algo que, desde luego, debe examinarse y pone de manifiesto importantes elementos de crisis en el Derecho penal actual.

---

[4] Y aquí nos hallaríamos ante una manifestación agudizada de la tensión entre prevención general (entendida aquí en términos —simbólicos— de integración) y garantías.

[5] Dándose aquí un conflicto entre prevención general y resocialización, en el caso de que se llegara a un internamiento real.

II.2. Las actitudes básicas ante el Derecho penal.

A) Introducción.

1. Si se hace balance de lo que muy sucintamente se ha tratado de transmitir en las páginas anteriores, se constata la superposición de tres «crisis»: la inmanente al Derecho penal moderno; la de legitimidad del Derecho penal y su dogmática; y la más reciente, que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso. Parece claro que, en una situación así, constituye un deber de honestidad científica aclarar con qué perspectiva, con qué actitud, incluso con qué talante se abordan los temas fundamentales que a continuación se irán examinando. En lo que sigue se procederá a tal declaración de principios.

2. A mi juicio, son tres las posturas político-criminales que en la actualidad cabe estimar básicas, es decir, las opciones fundamentales que se nos ofrecen a la hora de decidir desde qué punto de partida analizar el fenómeno jurídico-penal. Estas, que resultan de un esfuerzo simplificador y obviamente admitirían algún planteamiento mixto, son la *abolicionista;* la *resocializadora;* y la *garantística* (lo que en la doctrina alemana se denomina «*rechtsstaatliche Position*»). La primera se opone a toda forma de Derecho penal, pretendiendo, como se verá, construir alternativas al sistema punitivo. La segunda y la tercera, en cambio, pretenden, desde perspectivas evidentemente diversas, la consecución de un «mejor Derecho penal»[6]. Son, pues, posturas reformistas, que sin valorar negativamente la evolución habida en el Derecho penal moderno, sí han adoptado o adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo introducir elementos de progreso, en uno u otro sentido, que, no obstante, se mantengan en el seno del propio sistema. A este respecto, hay que insistir, en efecto, en que un aspecto común a la tendencia resocializadora y la garantística es la aceptación del sistema en principio sobre la base de su eficacia preventivo-general[7], algo que los abolicionistas cuestionan. A continuación se analizarán las tres propuestas, fundamentando la opción por una de ellas como punto de partida de la exposición de las cuestiones básicas del Derecho penal.

---

[6]Cfr. respecto a estas tres opciones SCHUMANN, *Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems*, en OSTENDORF (comp.), *Integration von Strafrechts-und Sozialwissenschaften.* Festschrift für Lieselotte Pongratz. München 1986, pp. 371-385, p. 372.

[7]Sólo, como se verá, versiones radicales de la tendencia resocializadora la contraponen incluso a las necesidades de prevención general, optando por aquélla en caso de antinomia de fines.

B) La postura abolicionista.

a) Introducción.

1. El abolicionismo constituye el modo más radical de afrontar la realidad del Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un conjunto de normas: en efecto, en su versión más radical[8], rechaza la existencia del Derecho penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos que llamamos «delitos»[9]. El movimiento abolicionista, si es que de movimiento puede hablarse[10], constituye la manifestación contemporánea esencial del fenómeno, en cierta medida permanente, de la «crítica al Derecho penal»[11]. Ello, de algún modo, determina que tenga precedentes y orígenes tan diversos como sus propios planteamientos y fundamentaciones[12]. Un dato significativo es que su aparición se haya producido fundamentalmente en países en los que la tendencia predominante ha sido la resocializadora (Estados Unidos, Holanda, Escandinavia), y sin duda como una reacción al fracaso de ésta. Sin embargo, en el plano teórico, estimo decisiva la vinculación —debida a la necesidad que el abolicionismo tiene de una fundamentación que trascienda al mero «humanismo ético»—[13] que surge entre la propuesta abolicionista y la argumentación de la corriente criminológica que hoy conocemos como criminología radical, nueva criminología, o criminología crítica[14]. Ello puede hacer procedente en este punto una caracterización, siquiera

---

[8] Sobre los diversos modelos abolicionistas, ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires 1989, p. 101 y ss. En ocasiones, cuando se habla de abolicionismo no se sabe muy bien a qué se hace referencia: si a la abolición de la cárcel tal como ésta se entiende hoy, a la abolición de la cárcel «tout court» o a la abolición del Derecho penal. Cfr. LARRAURI, *Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, Poder y Control n.º 3-1987, pp. 95-116, p. 98 y ss y p. 104 donde indica que «*el abolicionista 'verdadero' aboga no sólo por la abolición de la cárcel sino también por la abolición del sistema de justicia penal*». Cfr. asimismo NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart 1985, p. 33 nota 33, que distingue entre el modelo abolicionista de la «diversion» y el abolicionismo real. También FERRAJOLI, *El Derecho penal mínimo* (trad. Bergalli), en Poder y Control, n.º 0-1986, pp. 25-48, p. 35-36, nota 22.

[9] Cfr. el trabajo programático en cierto sentido, de SCHEERER, *Towards abolitionism*, ContC 1986, pp. 5-20, p. 9 y ss.

[10] Cfr. LARRAURI, *Poder y Control* n.º 3-1987, pp. 95-115, p. 95-96, sobre esta cuestión.

[11] Cfr. KAISER, *Abolitionismus-Altemative zum Strafrecht?*, en Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1987, pp. 1027-1046, p. 1028; KAISER (p. 1029 y 1031) estima que, en efecto, el abolicionismo, además de una perspectiva teórica, constituye un movimiento social con determinadas estrategias políticas.

[12] Cfr. sobre una concreta perspectiva, PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*. München 1974, especialmente p. 395 y ss. También las referencias de GIMBERNAT ORDEIG a Hochheimer, Reinwald y Forel, en Estudios, 3.ª ed., p. 141 y nota 7, desde perspectivas de psicoanálisis marxista. Es innegable la influencia de FOUCAULT (concretamente, de su obra *Surveiller et punir*, 1975) sobre el abolicionismo europeo [al respecto, KAISER, *Lackner-FS*, p. 1029-1030]. Vid también KAISER, *Lackner-FS*, p. 1038-1039, sobre las diversas variantes del abolicionismo.

[13] Así, KAISER, Lackner-FS, p. 1031.

[14] De distinta opinión, según parece, LARRAURI, *Poder y Control* n.º 3-1987, p. 97-98. Pero véase la lista de críticas que «han sido dirigidas a la ley penal desde diversas perspectivas teóricas, y que el

sucinta, de esta «nueva criminología» a fin de obtener un mejor conocimiento de los presupuestos del abolicionismo.

b) Abolicionismo y criminología crítica.

1. Con la denominación de «radical» o «crítica» se conoce a la orientación que, abandonando el llamado «paradigma etiológico» esto es, la explicación clásica de la criminalidad como un fenómeno individual, debido a razones antropológicas, psicológicas o sociales, propia de la «criminología positivista», pasa a centrar su análisis en el sistema penal, en tanto que generador de criminalidad («paradigma de control»). Su fundamento teórico lo obtiene de doctrinas marxistas así como del interaccionismo simbólico expresado en las doctrinas del «etiquetamiento» (*labelling approach*). Según estas últimas, el delito no tiene lugar como tal en la realidad, sino que surge por medio de una definición, de una atribución de «status» criminal, que tiene lugar en forma selectiva y discriminatoria[15]. La conclusión, expuesto todo ello muy esquemáticamente, es que el sistema penal, en tanto que producto de la estructura clasista y patriarcal de la sociedad, es el principal responsable de la existencia del fenómeno criminal[16]. Así las cosas, se impone una transformación del modelo de sociedad

---

movimiento abolicionista ha hecho suyas» que ofrece en p. 104-105, y decídase a qué orientación teórica responden. Además, baste cfr. HULSMAN, *La criminología crítica y el concepto de delito, Poder y Control* n.º 0-1986, pp. 119-135, p. 135 donde asigna a la criminología crítica, como tarea principal, la de «estudiar estrategias sobre cómo abolir la justicia penal»; SMAUS, *Bemerkungen zum Stand der kritischen Kriminologie,* en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in der 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland, Band II.* Freiburg 1988, pp. 543-569, p. 553: «El abolicionismo es concebido como un desarrollo consecuente de la criminología crítica, que tiene en común con la teoría crítica (y el marxismo) que aspira a la liberación del ser humano de relaciones de opresión»; también STEINERT, *Gerechtigkeit als der Versuch, Herrschaft zu kontrollieren, und das Problem der staatlich organisierten Zufügung von Schmerz,* en Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung 1989 (Aktuelle Probleme der Demokratie), pp. 341-358, p. 343. De todos modos, sería inexacta la conclusión de que el abolicionismo se ha limitado a apoyarse en un cuerpo teórico preexistente. Es más cierto que también el abolicionismo, por su parte, ha contribuido al desarrollo de las investigaciones de la propia corriente de la criminología crítica (Cfr., en este sentido, FERRAJOLI, *El Derecho penal mínimo,* (trad. Bergalli), Poder y control n.º 0-1986, pp. 25-43, p. 36).

[15] Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad.* Madrid 1988, p. 104, 582 y ss., 634 y ss., 677 y ss, donde se contiene una magnífica exposición detallada de todas estas cuestiones. También, HULSMAN, Poder y Control n.º 0-1986, p. 124 y ss; KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der «kritischen Kriminologie»?, Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag.* Berlin/New York 1976, pp. 521-539; DE HAAN, *The Politics of Redress. Crime, Punishment and penal Abolition,* London 1990, p. 3 y ss, 6 y ss.

[16] Cfr. YOUNG, *Radikale Kriminologie in Großbritannien: De Entfaltung eines konkurrierenden Paradigmas* (trad. del inglés al alemán por Wettmann-Jungblut), KrimJ 1988, pp. 247-264, p. 248. Los textos básicos de esta corriente se encuentran en la obra de I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, *The new criminology; for a social theory of deviance.* London 1973, así como en la obra, compilada por los mismos tres autores, *Critical criminology.* London 1975, en la que se contiene el importante trabajo de Jock YOUNG *Working-class criminology.*

como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad. Pero, en todo caso, de ahí se sigue la necesidad de prescindir del sistema penal en que nos movemos, ineficaz, selectivo y criminógeno.

2. Desde luego, es cierto que el abolicionismo no agota el contenido de la criminología crítica[17] y también, por otro lado, que hay naciones, como es el caso de Holanda, con cierta tradición abolicionista, donde esta tendencia, más que en una criminología radical, parece tener sus orígenes en un «humanismo con mala conciencia»[18]. Sin embargo, y pese a ello, conviene insistir en que la más firme apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica al sistema penal: el abolicionismo ha hecho de éste su principal base teórica.

c) Bases para una crítica de la opción abolicionista.

1. Al movimiento abolicionista no debe dejar de reconocérsele el mérito de un importante esfuerzo en favor de la humanización del sistema penal criticando los aspectos negativos del mismo (en lo que coincide con los reformistas liberales)[19]. No obstante, sus propuestas se hallan expuestas a importantes objeciones de todo género que a continuación referiremos[20]. A este respecto, es frecuente que autores pertenecientes al ámbito abolicionista pongan en boca de sus críticos una aseveración que parece complacer significativamente a los propios abolicionistas: la de que sus tesis son buenas, aunque utópicas. Aquí se compartirá tal afirmación sólo a medias; así, partiremos de señalar que las propuestas abolicionistas, independientemente de si son buenas o malas —lo que después se verá— sí resultan ciertamente utópicas. Este será el primer aspecto de la crítica al planteamiento abolicionista que se expone a continuación.

2. La utopía de las alternativas al sistema penal desarrolladas por los autores del abolicionismo «moderado»[21] se hace patente tan pronto como se advierte su pretensión de sustituir el sistema penal por una solución privada de los conflictos

---

[17] En efecto, como KAISER —*Lackner-FS*, p. 1033— ha puesto de relieve, si el principio del «labelling approach» se toma en serio, éste no culmina con la abolición del sistema penal sino que debe proseguir analizando los demás procesos de control social informal, lo que ya no es objetivo del abolicionismo. Visto así, el abolicionismo «radical» de MATHIESEN trascendería a la propia propuesta de supresión del sistema penal.

[18] Cfr. DE HAAN, *Die Politik mit dem «schlechten Gewissen». Die Diskussion über den Abolitionismus in den Niederlanden*, KrimJ 1985, pp. 246-266.

[19] Cfr. KAISER, *Lackner-FS*, p. 1037 y 1044.

[20] Sobre algunas de estas críticas, desde la perspectiva de un abolicionista, cfr. SCHEERER, ContC 1986, p. 11 y ss. Cfr. en España las referencias críticas de ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal (PG)*, Granada 1990, p. 31 y ss; también DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Presupuestos fundamentales del Derecho penal*, Eguzkilore, 3, 1989, pp. 55-78, p. 59 ss.

[21] HULSMAN o CHRISTIE, frente a MATHIESEN, cuya postura radical rechaza todo principio de organización. La terminología es de KAISER, *Lackner-FS*, p. 1032.

(delitos) basada en el principio del resarcimiento civil del daño, a la que se añadirían ciertos procedimientos de arbitraje. Como apunta KAISER, es inevitable concluir que tales soluciones, en cuya ideación pudieron tenerse presentes ciertas comunidades alternativas «en los valles de Noruega» son incompatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas[22]. A este respecto, no debe estimarse meramente casual el hecho de que el abolicionismo haya sido elaborado ante todo en países como Holanda (por HULSMAN) o Noruega (por MATHIESEN o CHRISTIE), «países pequeños, en los que el problema de la criminalidad es relativamente reducido, el sistema penal tradicional se muestra conservador y la posibilidad de una resolución autónoma y descentralizada de los conflictos es relativamente alta»[23]. Pero incluso en países como los citados la creencia en la factibilidad del esquema abolicionista de solución de los conflictos penales debe estimarse extremadamente ingenua.

3. Por otro lado, debe ponerse de relieve que, en el seno del razonamiento abolicionista, se da una cierta inconsistencia entre la orientación de su crítica al sistema penal y la de sus propuestas alternativas. En efecto, el abolicionismo suele argumentar aludiendo a los aspectos esenciales, o incluso, más todavía, a la punta del *iceberg* del sistema penal, la política criminal en materia de drogas o terrorismo, por ejemplo[24]; en un segundo momento, y a partir de la puesta en cuestión de aspectos concretos, se rechaza todo el conjunto del sistema[25]. Sin embargo, las propuestas alternativas que ofrece el abolicionismo no se defienden tratando de justificar argumentativamente su bondad en esos casos; tampoco, en los supuestos de criminalidad violenta y otros casos graves, núcleo del Derecho penal en cualquier sociedad contemporánea[26]. Muy al contrario, se ejemplifican casos triviales[27], de bagatela, completamente alejados de la realidad del sistema penal, lo que demuestra perfectamente las limitaciones de la «alternativa abolicionista». Su capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho penal.

> Ello se comprueba en el ejemplo propuesto por HULSMAN. En un piso conviven cinco estudiantes, uno de los cuales rompe el televisor. Cada uno de los otros cuatro reacciona de forma diferente ante el hecho: uno propone castigarle (*estilo punitivo*); otro, que lo pague (*estilo compensatorio económico*); el tercero opina que se ha vuelto loco y hay que tratarlo (estilo terapéutico); el último, en fin, entiende que deben hacer entre todos un examen de conciencia

[22] KAISER, *Lackner-FS*, p. 1036.

[23] HESS/STEINERT, *Zur Einleitung: Kritische Kriminologie —zwölf Jahre danach*, KrimJ 1. Beiheft 1986 [Kritische Kriminologie heute], pp. 2-8, p. 7.

[24] Con críticas que, en buena parte, pueden ser compartidas desde perspectivas de reforma del sistema.

[25] HESS/STEINERT, KrimJ 1986. Beiheft., p. 8, ponen de relieve que éste es el proceso seguido por el abolicionismo en Alemania.

[26] En este sentido ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 35 y ss.

[27] Cfr. los que emplea SCHUMANN, *Lieselotte Pongratz-FS*, p. 376.

para analizar cómo se ha llegado a esa situación (estilo conciliador). HULSMAN se inclina por esto último[28].

4. A la vista de lo anterior, la pretensión abolicionista de «dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos»[29] no constituye, pues, más que una declaración de buenas intenciones, a la que es sumamente cuestionable que acompañe el acierto. La misma se opone, además, a la valoración, convencionalmente positiva, del proceso histórico de asunción por el Estado del monopolio del «ius puniendi» como única solución al «bellum omnium contra omnes» de los sistemas de la venganza privada[30]. Así, las propuestas alternativas de autores como HULSMAN, relativas a que, «en las 'situaciones problemáticas' (antes llamadas criminalidad) los directamente afectados busquen una solución»[31] y que, si no la hallan, se produzca una intervención mediadora que establezca un resarcimiento, quizá puedan contribuir al proceso, que ya vivimos, de despenalización de ciertos delitos de relativa bagatela, pero en absoluto pueden pretender seriamente sustituir al Derecho penal en su núcleo de siempre: la criminalidad violenta, ni en buen número de delitos patrimoniales y socioeconómicos[32].

---

[28] Citado por GARCÍA VALDÉS en el Prólogo a *Valmaña Ochaita*, Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español, Madrid 1990, p. 14, quien añade con razón : «el ejemplo conflictivo del televisor tiene truco ¿sucedería lo mismo si se tratase de un asesinato, un robo con violencia o una violación? es evidente que la postura del profesor de Rotterdam no es muy convincente»; también recoge el ejemplo críticamente ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 35.

[29] Es clara la pretensión en STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* 1989, p. 347, cuando indica que el problema es la «dominación» y que debe dejarse que resuelvan sus vidas y sus cuestiones de forma razonable y autónoma, en una sociedad libre.

[30] En el mismo sentido, KAISER, *Lackner-FS*, p. 1036; FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0, p. 40. En contra, en cambio, STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1989, p. 356: «No es cierto que la pena estatal sea necesaria para impedir acciones punitivas privadas. La sanción penal sistemática y organizada es más peligrosa que cualquier reacción autónoma privada, descoordinada, frente a la causación de un perjuicio. La idea de que la venganza privada carecería de límites y de clemencia, mientras que la pena estatal permanece moderada, o de que aquélla llegara a producir guerras privadas y otras atrocidades, mientras que la pena estatal se mantiene razonable y comedida, poniendo fin a posibles incrementos en la reacción, es sencillamente falsa». Similar, BARATTA, *Prinzipien des minimalen Strafrechts*, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), Kriminologische Forschung in der 80er Jahren. Freiburg 1988. Band 11, pp. 513-542, p. 515: «el sistema penal crea más problemas que los que resuelve»; también ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, p. 107 y ss. No me detendré a rebatir tales afirmaciones. Simplemente permítaseme recordar los supuestos, relativamente frecuentes en nuestro país, de las «patrullas ciudadanas» o de intentos de linchamiento o castración de determinados delincuentes, y juzgue en libertad el lector la corrección de las aseveraciones transcritas.

[31] Alude a esta propuesta SCHUMANN, *Lieselotte Pongratz-FS*, p. 376. Cfr. también LARRAURI, *Poder y Control* n.º 3-1987, p. 105-106.

[32] Así también ALBRECHT, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat*, en KritV 1988, pp. 182-209, p. 206, indicando que en las sociedades modernas faltan las condiciones que permitan una «resolución del conflicto» al margen de los cauces institucionales y mediante formas privadas de regulación (al menos, no permiten que ello tenga lugar en una amplia medida). A lo que añade que las formas privadas entrañan arbitrariedad e inseguridad jurídica.

5. Las propuestas abolicionistas tienen, pues, el sello de lo utópico[33]. Ahora bien: ¿Qué decir de su apoyatura en una crítica global al sistema penal? Como antes se ha dicho, sólo excepcionalmente se ha procedido desde las filas abolicionistas a una elaboración trascendente al mero negativismo de un rechazo elemental del Derecho penal y a la creencia optimista-utópica en la bondad de la naturaleza humana. De ahí, quizá, la necesidad de recurrir a la argumentación de la criminología crítica, que aportaría nada menos que toda una teoría social en apoyo de tal propuesta. Sin embargo, la apoyatura teórica que la criminología crítica puede proporcionar a la tesis abolicionista debe ponerse en cuestión en un momento como el actual, en que se registra un importante número de deserciones —y de miembros significativos, además— en las filas radicales. En efecto, los últimos años nos han permitido asistir al surgimiento de una corriente autocrítica en el seno de la llamada «nueva criminología»[34]. Manifestaciones de esta postura, a la que se aplica el calificativo de «realista» pueden observarse en la mayor parte de las naciones en las que el discurso crítico ha venido gozando de audiencia[35]. Sin embargo, es en Gran Bretaña, y en torno a Jock YOUNG, donde parece haberse planteado con mayor intensidad la necesidad de pasar —en el seno de dicha corriente— de una fase «idealista» a otra «realista»; esto es, de un primer momento utópico, de pretensiones academicistas con escasa base real, a un momento de firme asentamiento en la realidad cotidiana. En éste debe comenzarse por tomar el delito en serio[36], por aceptarlo como un dato previo que no siempre responde al modelo teórico de la «reacción contra las clases dominantes» sino que en muchos casos causa daño a las propias clases subalternas[37]. Por tanto, es preciso proponer estrategias que se muevan en el marco del *statu quo* del sistema penal, y, en colaboración con la policía y las instituciones de la justicia —a cuya crítica, sin embargo, no se renuncia—, tiendan a una disminución real de la criminalidad desde perspectivas progresistas, abandonando

---

[33] Como señala NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 33 nota 33, la idea abolicionista de que la supresión del Derecho penal conducirá al surgimiento en la humanidad de un nuevo «estado de naturaleza» de características bondadosas, cuenta en su contra con todas las experiencias jurídicopenales desde Rousseau.

[34] Sobre la crisis en el seno de la criminología crítica, cfr., por ejemplo, DE HAAN, *The Politics of Redress*, p. 5 y ss., 12.

[35] Cfr. sobre ello VAN SWAANINGEN, *Linker Realismus: Krrtische Kriminologie der achtziger Jahre oder neo-klassizistische Realpolitik?*, KrimJ 1988, pp. 278-292, p. 280; también SMAUS, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 558 y ss; DE HAAN, *The Politics of Redress*, p. 26 y ss.

[36] La expresión *«Taking crime seriously»* es una de las frases emblemáticas de este movimiento, que pretende abandonar su academicismo inicial y entroncar con la realidad de la calle, en donde el delito se vive y se sufre en toda su intensidad, muy particularmente por las clases populares. En este sentido debe entenderse la cita de Jock YOUNG: *«Go and tell a worker robbed of his weeks wages or a raped woman that crime does not exist!»*. Cfr. al respecto v.d. BOOGAART/SEUS *«Towards a socialist crime prevention»: Kriminalpolitische Konzepte der Neuen Realisten*, KrimJ 1988, pp. 265-277, p. 266. También YOUNG *Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale*, en Dei delitti e delle pene 1986, pp. 387-415.

[37] Cfr. MATTHEWS, *Taking realist criminology seriously*, ContC 1987, pp. 371-401, p. 371; crítico frente al abolicionismo especialmente en p. 393.

—o al menos, postergando— viejas pretensiones de abolición[38]. Son estos autodenominados «realistas de izquierda», «realistas radicales» o «nuevos realistas» la novedad más interesante que los años ochenta han deparado en el ámbito de las teorías criminológicas radicales, al pronunciarse decididamente contra el abolicionismo y otras manifestaciones de un «*left idealism*». En todo caso, resulta altamente significativo que desde dentro del propio movimiento crítico se alcen voces que admiten la eficacia preventiva de la pena y aceptan el sistema punitivo como base, aun susceptible de mejoras[39]. Sobre los efectos que esta «crítica desde dentro» pueda tener sobre la perspectiva abolicionista no cabe formular todavía juicios fundamentados: su influencia no debe, pues, magnificarse, pero tampoco perderse de vista[40].

6. Las propuestas abolicionistas son, ya se ha dicho, utópicas; su bagaje teórico, limitado; además, se ven expuestas a la crítica incluso desde dentro de los propios movimientos alternativos... Pero ¿puede decirse acaso que tales propuestas sean mejores que el Derecho penal actual, que tengamos en nuestras manos, sin saberlo, la ensoñación de la conocida frase de RADBRUCH? A mi juicio, no[41]. Así, por ejemplo, las tendencias puestas de manifiesto en las limitadas

---

[38]Cfr. YOUNG *The tasks facing a realist criminology*, ContC 1987, pp. 337-356, especialmente p. 355, donde plantea las bases del análisis realista del Derecho penal: «*Taking crime seriously yet being progressive about penality. It must base itself on a realist theory and a minimalist practice*». En sentido similar, LEA, *Left realism: a defence*, ContC 1987, pp. 357-370, expresando cómo muchas de las críticas puntuales de los abolicionistas pueden solventarse con una mayor participación democrática, por ejemplo de los afectados, en el sistema.

[39]Cfr. sobre ello, VAN SWAANINGEN, KrimJ 1988, p. 287. Esta postura de los realistas ha propiciado que se les reproche que, en el fondo, son portadores del mismo mensaje oculto que el llamado «neoclasicismo» [sobre este concepto, *infra*], es decir, la apelación a un Estado fuerte y a un poder punitivo centralizado. Vid. también KAISER, *Lackner-FS*, p. 1045. En general, sobre los diversos aspectos de esta corriente, cfr. el interesante resumen de SCHWARTZ/DE KESEREDY, *Left realist criminology: Strengths, weaknesses and the feminist critique*, en Crime, Law and Social Change. An international Journal. 15 (1991), pp. 57-72.

[40]Cfr. SCHEERER, ContC 1986, p. 18-19, donde hace referencia a las dificultades de avance del abolicionismo, debido a la fuerte oposición de las propias organizaciones de izquierda y radicales (feminismo, movimiento ecologista, etc.) y propone una cierta «alianza» con los defensores de modelos de Derecho penal mínimo y similares. Recientemente, en España, cfr. sobre la situación actual de la criminología crítica LARRAURI PIJOAN, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid 1991, passim, en especial, p. 192 y ss.

[41]En palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico*, RFDUC 63, otoño 1981, pp. 7-42, p. 25: «¡Claro que me complace la visión utópica de Radbruch, de una sociedad nueva que progresa no ya con un mejor Derecho penal, sino con algo mejor que el Derecho penal! Pero no veo tan próximo ese paraíso, ni tan neutros los sustitutivos que puedan reemplazar a aquél». Al respecto de la propuesta de Radbruch, bueno será recordar que la misma expresaba literalmente el deseo de que «algún día la evolución del Derecho penal vaya más allá del propio Derecho penal y que el perfeccionamiento del mismo produzca no ya un mejor Derecho penal, sino un Derecho de corrección y custodia, que sea mejor que el Derecho penal, más prudente y humano que el Derecho penal» [RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed. Stuttgart 1963, p. 269, citado por D. KRAUß, *Strafrecht und Kriminologie*, en Grimm (comp.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, tomo 1, 2.ª ed. 1976, pp. 233-266, p. 247]. Pues bien, esa era, de algún modo, la base de la ideología del tratamiento, cuya pretensión terapéutica predominó, como veremos, algunos años en la doctrina y los proyectos de reforma, hasta constatarse su fracaso y su mayor intervencionismo en los derechos individuales.

experiencias de abolición de algún aspecto del Derecho penal y su sustitución por otras formas de «solución del conflicto» no permiten obtener una impresión excesivamente positiva[42]. Es, pues, más que discutible —y la carga de la prueba de lo contrario les corresponde a los abolicionistas— que sus propuestas conduzcan, como ellos indican, a disminuir el coste social del delito, a producir menos dolor en este ámbito, a que la estigmatización sea menor, a que se respeten más las garantías individuales, a que la arbitrariedad quede excluida, a que se logre una mayor seguridad jurídica[43]. Por ello, estimo posible concluir que tales propuestas se muestran —con independencia de su eficacia en el campo de la reinserción, dudosa en medida similar a la del sistema penal convencional— como injerencias más profundas e intolerables en la esfera individual[44] y como manifestaciones de un paternalismo ético cuya eliminación constituye precisamente uno de los objetivos del moderno Derecho penal de base liberal[45].

> En palabras de FERRAJOLI, «el abolicionismo penal —cualesquiera que sean los intentos libertarios y humanitarios que puedan animarlo— se configura, en consecuencia, como una utopía regresiva que presenta, sobre el presupuesto ilusorio de una sociedad buena o de un Estado bueno, modelos de hechos desregulados o autorregulados de vigilancia y/o punición, con relación a los cuales es el derecho penal —tal como ha sido fatigosamente concebido con su complejo sistema de garantías por el pensamiento jurídico iluminista— el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista»[46]. De ser esto cierto —y yo, como se habrá advertido, pienso que lo es— no cabe duda de que resultan incluso «suaves» las categóricas palabras de HASSEMER, cuando afirma que «quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú»[47].

---

[42] En el mismo sentido, FERRAJOLI, *Poder y control* n° 0-1986, p 40-4, aludiendo a los mayores inconvenientes que presentan, frente al Derecho penal, los demás sistemas alternativos de control social Baste aludir a las consecuencias —en sus efectos, más represivas— del movimiento descarcelatorio habido en Estados Unidos, que pretendía la sustitución de la pena privativa de libertad por medidas alternativas descritas como «control en la comunidad» (lo que, ciertamente, tiene la resonancia de una voluntad de devolver a la sociedad la solución del conflicto) Cfr al respecto LARRAURI, *Las paradojas del movimiento descarcelatorio en Estados Unidos*, ADPCP 1987, pp 771-793, p 772, 779, etc

[43] En este sentido KAISER, *Lackner-FS*, p 1043-1044, aportando más argumentos, vid concretamente sus alegaciones respecto a lo que ponen de manifiesto ciertas experiencias de «diversion» sobre la base del § 153 a de la StPO (Ley de enjuiciamiento criminal alemana)

[44] Cfr además, a título de ejemplo, las críticas al abolicionismo que, sin compartirlas, transcribe LARRAURI, *Poder y Control* n° 3-1987, p 106 y 108, entre otras

[45] Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RFDUC 63, otoño 1981, p 26 « si prescindiéramos del Derecho penal, no sería fácil encontrar un sistema de control menos represivo, ni menos arbitrario, ni más selectivo Quien sabe, quizá, si se operaría tan sólo un cambio de etiquetas, un cambio de titulares y de víctimas, pero no del contenido y extensión del ius puniendi que, en definitiva, es lo que importa», cfr tambien HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad Muñoz Conde/Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, p 399-400, TAIPA DE CARVALHO *Condicionalidade sócio-cultural do direito penal*, Coimbra 1985, p 74 nota 134, indicando que el abolicionismo conduce, por un lado, a un Estado terapeuta y totalitario, y, por otro, a la venganza privada

[46] FERRAJOLI, *Poder y Control*, n° 0-1986, p 43

[47] HASSEMER, *Fundamentos*, p 400

7. En conclusión, pues, y a la vista de lo expuesto, no parece que la perspectiva abolicionista pueda constituir el eje fundamental de la consideración del Derecho penal en la actualidad. En tanto subsista lo que conocemos como Derecho penal, y personalmente entiendo, con GIMBERNAT, que «hay Derecho penal para rato» o, dicho en términos menos coloquiales, «que la pena es una 'amarga necesidad', que una sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados»[48] resulta lo más coherente que el eje de nuestra consideración venga dado por perspectivas que tratan de que el sistema penal realice sus funciones «necesarias» de la forma más humana posible[49]. De ellas nos ocuparemos en adelante.

C) La perspectiva resocializadora.

a) Introducción.

1. A diferencia de la perspectiva abolicionista, que afronta la realidad del Derecho penal proponiendo su desaparición, la tesis resocializadora es una de las posibles manifestaciones de la lucha por un «mejor Derecho penal». En efecto, partiendo de la atribución al Derecho penal de una función preventiva, esto es, de una función real de protección de la sociedad y no meramente metafísica, los partidarios de este enfoque ponen el acento en la necesidad de que el Derecho penal, en general, y el sistema de las penas privativas de libertad, en particular, dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, eliminando o, al menos, reduciendo en medida relevante las tasas de reincidencia. Es más, llegan a legitimar el Derecho penal por su capacidad resocializadora, extremo éste que motivará la mayoría de las críticas que se dirigen contra ellos.

2. La doctrina de la «resocialización» constituye una variante de la doctrina de la prevención especial[50], esto es, de aquella teoría de los fines de la pena que

---

[48] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 150.

[49] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Ibídem.: «El que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual». Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, PG, de Jescheck, Barcelona 1981, I, p. 65: «En tanto exista el Derecho Penal, será precisa una actividad que se ocupe de él, de interpretarlo, de sistematizarlo y de controlarlo. Aun admitiendo que el Derecho Penal sea un derecho clasista y precisamente por eso, debe ser bien acogido todo lo que signifique limitarlo y controlarlo en beneficio de una mejor y más democrática convivencia».

[50] No debe, pues, identificarse la prevención especial con la resocialización, como si se tratara de términos sinónimos. Contra ello advierte NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4.ª ed., Frankfurt 1982, p. 51. De hecho, ya v. LISZT *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Tomo I (1875-1891), Berlin 1905 [Reimpr. Berlin 1970], pp. 126-179, p. 163 y 164, distingue tres formas de actuación de la pena sobre el que ya ha delinquido: dos de ellas, de naturaleza indirecta, psicológica (motivatoria), a saber, la intimidación y la corrección (que hoy denominaríamos «resocialización»); la tercera, directa, mecánica, la inocuización. [*«Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung: das sind demnach die unmittelbaren Wirkungen der Strafe»:* p. 164].

estima que ésta se justifica por su incidencia sobre el sujeto que ya ha delinquido, tratando de proteger a la sociedad mediante la prevención de los delitos que el mismo pueda cometer en el futuro[51]. Los orígenes modernos de esta propuesta se hallan en el último tercio del S XIX, en que comienza a ser defendida por la *Scuola Positiva* italiana, por la llamada «dirección moderna» en Alemania, y por el correccionalismo español[52]. La causa próxima del acentuado interés por la prevención especial parece haber sido la constatación de las elevadísimas tasas de reincidencia, junto a la convicción acerca de que el delito responde a unas causas empíricas, puestas de manifiesto en la personalidad del autor, cuya remoción con medios científicos determinaría la desaparición de aquél[53]. En su versión más radical, las nuevas doctrinas condujeron a la sustitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (especialmente, el principio del hecho, la proporcionalidad, la culpabilidad), sino atentas tan sólo a la constatación de una peligrosidad en el sujeto[54]. Sin embargo, estas tesis radicales conllevaban la desaparición del concepto tradicional de delito y, pese a ciertos intentos[55], no han logrado imponerse, al menos en la Europa occidental[56]. Sí lo ha hecho, en cambio, el punto de vista matizado, ecléctico, que propone la conservación de las penas, junto a las medidas de seguridad, aunque entiende que también aquéllas deben cumplir funciones preventivo-especiales[57]. Esta corriente se ha manifestado, ya más recientemente, en el movimiento de la Nueva Defensa Social, sobre todo en Francia e Italia. En Alemania, después de años de prevalencia de la concepción retributiva, se expresa

---

[51] Cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980, p. 19-20.

[52] Cfr., por todos. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, p. 68; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid 1981, p. 210; MORILLAS CUEVA, *Metodología y Ciencia penal*, Granada 1990, p. 94 y ss. Concretamente sobre el correccionalismo español, que en su vertiente penal tuvo una configuración ecléctica, dada la influencia del positivismo criminológico italiano, cfr. SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona 1970, p. 141 y ss; MIR PUIG, *Introducción*, p. 266-269; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid 1989, p. 47 y ss; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 85 y ss., 105 y ss.

[53] Sobre estos aspectos en la *Scuola positiva* italiana, cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 179 y ss.

[54] Cfr. SÁINZ CANTERO, *La Ciencia*, p. 85-86; MIR PUIG, *Introducción*, p. 184. Críticamente sobre las deficiencias de la concepción político-criminal de von Liszt, en la que no se tienen en cuenta los derechos del sujeto delincuente o, en todo caso, se subordinan a los de la generalidad, BAURMANN, *Kriminalpolitik ohne Maß —zum Marburger Programm Franz von Liszts*, Kriminalsoziologische Bibliografie 42 (1984), pp. 54-79.

[55] Así, la orientación radical del «Movimiento de defensa social». Cfr..., GRAMÁTICA, *Principios de defensa social* (trad. MUÑOZ y NÚÑEZ DE PRADO/ZAPATA APARICIO), Madrid 1974, passim, especialmente p. 107 y ss, donde se expone el concepto de «antisocialidad», y p. 265 y ss, donde se desarrollan las «medidas de defensa social» que se conciben como «indeterminadas» «ya que han de ser continuamente modificables, sustituibles, eliminables, en el curso de la ejecución, y en relación con el constante control de la personalidad» (p. 285). Sobre ello, MORILLAS CUEVA, Metodología, p. 194 y ss.

[56] Sobre lo sucedido en Escandinavia y Estados Unidos, cfr. *infra*.

[57] Concretamente, la concepción de v. LISZT: Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 68-69; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 211.

en el Proyecto Alternativo de 1966, en cuya concepción político-criminal buen número de autores han visto un «retorno a v. Liszt»[58].

3. La propuesta resocializadora se significa, en el seno de las doctrinas preventivo-especiales, por su carácter positivo[59]; no se limita, como la intimidación individual o la inocuización, a la intervención negativa sobre el delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. De ahí que exprese no sólo una función legítima del Derecho penal, sino, más aún, una necesidad ineludible, a la que ningún sistema penal puede sustraerse: no puede, pues, renunciarse a la reinserción. Que esta afirmación responde a una convicción generalizada lo prueba el hecho de que, a medida que se han ido imponiendo las tesis humanitaristas en el ámbito penal, la idea de la resocialización haya pasado a presidir la discusión de los fines de la pena, mientras que la intimidación individual y la inocuización se estiman «cosa del pasado»[60].

4. La resocialización ha vivido, pues, quizá dos decenios de gloria[61], en los que se llegó a centrar en ella el discurso legitimador del Derecho penal. Sin embargo, desde la perspectiva actual cabe concluir lo efímero de aquella «gloria»[62]. En efecto, al tiempo que cristalizaba en disposiciones legales de gran trascendencia, en todo nuestro ámbito cultural[63], el ideario resocializador —como construcción teórica legitimadora de la intervención penal— entraba en una crisis sin precedentes[64], sobre cuya superación resulta difícil aventurar nada. Al respecto, han revestido importancia las objeciones que han pretendido advertir acerca de la existencia de ciertos casos delictivos en que la resocialización no es posible o no es necesaria, dadas las circunstancias[65]. Sin embargo, más importantes, en tanto que factores de desencadenamiento de la crisis, han sido otras observaciones. Así: 1.º) Las que rechazan la «absolutización» de la idea de

---

[58] Sobre Marc ANCEL, creador de la «nueva defensa social» y su obra «La défense sociale nouvelle» (1954), cfr. SÁINZ CANTERO, *La ciencia*, p. 98 y ss; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 201 y ss. Respecto al caso alemán, MIR PUIG, *Introducción*, p. 70.

[59] Cfr., en este sentido, por ejemplo, BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal* (trad. Nogués i Tomás, revisada por Bergalli), Poder y control, n.º 0-1986, pp. 77-92, p. 83, al realizar, dentro de las teorías de la prevención especial, una subdivisión entre teorías positivas y negativas.

[60] En este sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 21.

[61] Fundamentalmente la década de los sesenta, caracterizada por un optimismo reformista y resocializador de base liberal.

[62] Cfr. al respecto, con extensas referencias bibliográficas, GARCÍA-PABLOS, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, en Estudios penales, Barcelona 1984, pp. 17-96, p. 18 nota 1, p. 20.

[63] Baste aludir al art. 25, párrafo 2 de la Constitución española de 1978: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...» y al art. 1 de la L. O. 1/1979 de 26 de septiembre, General penitenciaria. Sobre otras disposiciones en el Derecho Comparado, cfr. MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, en MIR PUIG (comp.) La reforma del Derecho penal. Bellaterra 1980, pp. 61-81, p. 62.

[64] La referencia a una «crisis de la idea de resocialización» es unánime en la doctrina. Cfr. MUÑOZ CONDE, *La resocialización*, p. 63; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 22.

[65] Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 70-71.

resocialización, que lleva a prescindir en la sanción de toda proporcionalidad con el hecho cometido, así como de las exigencias de la prevención general, tanto si ello se plasma en una condena excesivamente leve, como si resulta una excesivamente grave; 2.º) Las que cuestionan de modo general la posibilidad de una resocialización en condiciones de falta de libertad; y 3.º) Las que, también de modo general, ponen de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora, por constituir una injerencia inadmisible en la esfera individual. En lo que sigue trataremos de analizar y valorar tales observaciones críticas.

b) Críticas a la pretensión resocializadora.

1. Uno de los factores que, sin duda, ha contribuido a la crisis de la idea de resocialización ha sido su absolutización. En efecto, algunos sectores doctrinales y —lo que es más importante— la legislación y la práctica en algunos países (vgr. los escandinavos, así como los Estados Unidos) llegaron, en su empeño resocializador, a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, para centrarse de modo absorbente en el pronóstico sobre la reinserción del individuo. Al respecto, y centrándose en el caso escandinavo, señala ANTTILA[66]:

> «Hubo un tiempo, hace veinte o treinta años, en el que los expertos penalistas en Escandinavia creyeron que el preso medio podría ser reformado a través de esfuerzos rehabilitadores científicamente planificados. Esta filosofía obtuvo una legión de partidarios, pareciendo ser más humana y benévola comparada con la justicia criminal ordinaria. Sin embargo, poco a poco, el creciente volumen de investigaciones condujo a la conclusión de que, en general, existía un soporte empírico muy escaso para este modelo médico o ideológico del tratamiento. También se demostró claramente que este modelo no llevaba necesariamente a un sistema más humano y benévolo. Por el contrario, a menudo favoreció largas sentencias indeterminadas, algunas de ellas por delitos relativamente triviales. También ignoró el principio de igualdad ante la ley».

El texto transcrito constituye una excelente exposición de la «ideología del tratamiento», contra la cual se han dirigido buena parte de las reacciones que han puesto en crisis la idea de resocialización. La mencionada «ideología del tratamiento» tiene diversas manifestaciones. Sin embargo, no cabe negar que la piedra angular de la misma viene constituida por la pena privativa de libertad indeterminada[67], que probablemente adquirió su máxima expresión en el Derecho

[66] ANTTILA, *La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales* (trad. Del Rosal Blasco), CPC 1986, pp. 143-155, p. 145.

[67] Así, VON HIRSCH, *«Limits to pain». Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive*. KrimJ 1983, pp. 57-60, p. 57.

norteamericano (*indeterminate sentence*)[68]. En éste, los Tribunales procedían a fijar tan sólo marcos penales amplísimos (no siendo excepcionales las referencias a una privación de libertad «desde un año de duración hasta perpetua»), dejando la decisión definitiva sobre el momento preciso de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos dependientes del Ejecutivo (el llamado «*parole board*»)[69]. La finalidad evidente de tal sistema era poder prolongar la privación de libertad todo lo que fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente. Sus resultados, sin embargo, no pueden calificarse de satisfactorios, dado el excesivo arbitrio incontrolado de los «*parole boards*», la escasa fiabilidad de los criterios seguidos en éstos para la obtención de un pronóstico favorable, con la consiguiente puesta en libertad, y la ruptura de toda relación de proporcionalidad con el hecho[70]. En esta línea, y reiterando lo que antes se transcribía a propósito del caso escandinavo, se ha criticado el autoritarismo y la incompatibilidad de este sistema con la humanidad y las garantías propias del Estado de Derecho[71]. La consecuencia del rechazo del estado de cosas tradicional ha sido la aparición, en Estados Unidos y Escandinavia, de una nueva corriente doctrinal que, partiendo del reconocimiento de que la prevención general constituye el principio legitimador fundamental de la intervención penal, pone el acento en la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como en otras garantías formales. Se trata del llamado «neoclasicismo» al que más adelante dedicaremos nuestra atención, pero del que ya ahora puede decirse que ha puesto fin, en aquellos países, al predominio de la ideología resocializadora.

2. La objeción anteriormente examinada se dirigía, más que contra la idea resocializadora en sí, contra algunas manifestaciones extremas de la misma que, en principio, resulta difícil advertir fuera del entorno a que se ha hecho alusión. Mayor entidad tienen, por tanto, las que se dirigen al núcleo del concepto de tratamiento, negando, por un lado, la posibilidad o eficacia del mismo y, por otro, su legitimidad. En lo que hace al primero de los aspectos, se ha argumentado, en efecto, a imposibilidad de una «educación para la libertad en condiciones de ausencia de libertad»[72] e incluso la ineficacia intimidatoria (individual), en muchos casos, de la pena privativa de libertad[73], apuntándose, además, el efecto deso-

[68] Sobre la supresión en el Código penal de California de 1976 de este sistema de sentencia indeterminada, lo que provocó un cambio de sentido en la política criminal norteamericana, GALLIGAN, *The return to retribution in penal theory, en Crime, Proof & Punishment. Essays in Memory of Sr Rupert Cross*. London 1981, p. 144-171, p. 144.

[69] Cfr. sobre esto, extensamente, WEIGEND, *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, ZStW 90 (1978), pp. 1083-1127, p. 1115.

[70] WEIGEND, ZStW 90 (1978), p. 1116, 1117.

[71] Así, entre otros, MIR PUIG, *Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual*, Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya n.º 34, enero-febrero 1987, pp. 49-62, p. 52.

[72] Cfr. la descripción de NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 22-23. Recientemente, LÜDERSSEN, *Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?*, JA 1991, pp. 222-228, p. 223.

[73] Así SCHÜLER-SPRINGORUM, *Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters*, en *Rechtsstaat und Menschenwürde*. Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1988, pp. 503-515, p. 509 y 510.

cializador suplementario de esa misma privación de libertad. Con base en tal argumentación, y desde una perspectiva que sigue situando en primer plano los aspectos individuales del sujeto que ya ha delinquido, se ha sostenido la necesidad de prescindir del internamiento, de modo general y no sólo en el caso de las penas cortas[74], y de sustituir la privación de libertad por formas de «*diversion*»[75]; en términos más radicales, se ha abogado por una «*radical non intervention*»[76].

3. En fin, se ha rechazado la legitimidad del tratamiento, por dos razones. La primera, entender que carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que, en sí, es criminógena; no habría, pues, que resocializar al individuo, sino a la sociedad[77]. La segunda, considerar que la intervención resocializadora constituye una ingerencia injustificable en los derechos individuales del sujeto que ha delinquido, puesto que, si desea tener éxito, ha de dirigirse a una modificación no sólo del comportamiento, sino también de la actitud interna[78]. Por este motivo —su carácter antiliberal, manipulador, inaceptable en una sociedad entre cuyos valores fundamentales se halla la autonomía de la personalidad— se rechaza esa «resocialización para la moralidad» que tendría como objetivo hacer participar al delincuente en el sistema dominante de valores[79]. Sin embargo, la cuestión es si toda intervención resocializadora ha de mostrar necesariamente esos rasgos o, por contra, podría limitarse a mostrar al sujeto delincuente —en términos racional-económicos— que el delito no compensa (*crime does not pay*) por producir más pérdidas materiales y emocionales que los beneficios —de ambos tipos— que se pretendiera alcanzar con él. Es decir, si es posible que un sujeto no convencido subjetivamente del merecimiento de pena de su conducta decida no reincidir por habérsele persuadido de ello en términos meramente utilitaristas[80]. Con independencia de que no se vea muy claro en qué se distinguiría una resocialización así concebida de otra modalidad de la prevención especial —la intimidación individual—, hay quien ha sostenido que una «resocialización para la legalidad», que tuviera como finalidad la mera adecuación utilitarista del comportamiento externo del delincuente a las normas imperantes en la sociedad, es de difícil consecución. En efecto, parece haberse constatado que sólo es eficaz en la obtención de una «relegalización» duradera

[74] Cuyos efectos primordialmente desocializadores se reconocen de modo general.

[75] En esta línea se situaría la reciente propuesta de SCHÜLER-SPRINGORUM, *Maihofer-FS*, p. 511 y ss., del llamado «*Prinzip Aktivierung*» según el cual se trataría de sustituir, dada una posibilidad de elección para el delincuente, el *malum passionis* característico de la pena convencional por un *bonum actionis* (resarcimiento, trabajo en provecho de la comunidad). Estas instituciones tendrían un efecto resocializador mayor que el de las reacciones tradicionales, conformándose como un estímulo para una «ayuda a la autoayuda» del sujeto adulto normal.

[76] Cfr. sobre esto GARCÍA-PABLOS, en *Estudios*, p. 95-96.

[77] Cfr NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 25.

[78] Cfr. la extensa descripción del problema en NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 25 y ss.

[79] Cfr. GARCÍA-PABLOS, en *Estudios*, p. 89 y 94.

[80] Cfr. sobre esto SCHÜLER-SPRINGORUM, *Maihofer-FS*, p. 504-505.

del sujeto un tratamiento basado en la internalización de normas[81]. Probablemente sea posible distinguir en esta materia en función de las diversas clases de situaciones delictivas, pero, de todos modos, es evidente que en muchos casos nos hallamos ante un auténtico dilema, que, de no poderse eludir, conduciría a la conclusión del punto de vista crítico: la ilegitimidad de toda intervención resocializadora[82].

4. Las anteriores objeciones tienen su peso. Sin embargo, su repercusión fundamental no va más allá de imposibilitar que la resocialización se erija en principio fundamental legitimador de la intervención penal. En efecto, las múltiples dudas e insuficiencias que se han puesto de manifiesto a propósito de aquélla, no permiten otra conclusión. Sin embargo, también es evidente que, en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad —y ésta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal—, no podrá renunciarse a la resocialización[83]. Ni siquiera aunque las estadísticas, por otro lado todavía pendientes de interpretación definitiva, pongan de relieve la extrema dificultad de la consecución del objetivo resocializador[84]. Se trata, pues, de decidir cómo habrá de configurarse esa propuesta resocializadora, ya no entendida como principio legitimador fundamental, pero sí como tarea irrenunciable, para no vulnerar los derechos individuales del sujeto delincuente. Como señala LÜDERSSEN[85], uno de los puntos neurálgicos es la colaboración del penado, esto es, su acuerdo con el programa resocializador. La determinación de la concurrencia o no de dicho acuerdo habrá de rodearse de las garantías formales necesarias para hacer que la decisión del penado sea adoptada en condiciones de libertad análogas a las de los sujetos que conviven normalmente en sociedad[86]. Sin embargo, la obtención del acuerdo del sujeto no basta para afirmar que el procedimiento resocializador es respetuoso de los derechos individuales. Es preciso, además, atender al contenido y a los fines que se asignan a tal proceso o, en otras palabras, a la actitud con que, desde el Estado o el conjunto de la sociedad, se asiste al mismo. El mismo LÜDERSSEN

---

[81] Cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 30-31.

[82] En esta línea, MAPELLI CAFFARENA, *Desviación social y resocialización*, CPC 1984, pp. 311-388, concluyendo (p. 388) que «el tratamiento resocializador es insostenible (...) y descaradamente impensable cuando se presenta como fundamento y justificación de la pena». Cfr. la descripción de otras críticas en LÜDERSSEN, JA 1991, p. 224, con una interesante agrupación de las mismas en «tendencias liberal-conservadoras» que critican la inobservancia de los principios del Estado de Derecho; «tendencias izquierdistas», que se centran en la idea de una sociedad criminógena y en la resocialización como medio de perpetuación del *statu quo;* y las críticas en que coinciden los «liberal-conservadores» y los «izquierdistas» que se centran en la incompatibilidad de la resocialización con la libertad y la dignidad humana, así como en la tendencia a la expansión del sistema penal (*Kontrolldichte*).

[83] En este sentido, LÜDERSSEN, JA 1991, p. 224-225.

[84] En este sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 23-24, insistiendo en el hecho de que es pronto para obtener conclusiones, apoyadas estadísticamente, acerca de los niveles de eficacia resocializadora.

[85] LÜDERSSEN, JA 1991, p. 225-226.

[86] LÜDERSSEN, JA 1991, p. 226.

alude a la necesidad de que la sociedad adopte un punto de partida relativista y autocrítico, de que se haga consciente de su propio carácter criminógeno, y obre en consecuencia[87]. Ello supone apostar por modelos liberales, comunicativos, de resocialización, no lastrados por burocracias y jerarquías[88]. Ya hace años que CALLIESS y HAFFKE escribieron algunas de las páginas más esclarecedoras al respecto. Según el primero de estos autores, es decisivo que el tratamiento resocializador no se imponga al condenado, convirtiéndolo en mero objeto del mismo, sino que sea producto de un diálogo ininterrumpido entre aquél y el Estado[89]. Por su parte, HAFFKE, más radical, ha descrito el contenido de ese proceso resocializador al que califica de «terapia social emancipadora» en términos puramente negativos: se trataría de una «antipedagogía» sin ningún contenido positivo, sin ninguna finalidad previa más que la de ayudar al sujeto a «ser libre» de un pasado que en la mayoría de los casos resultará ser opresivo y doloroso[90]. Como señalan NEUMANN y SCHROTH, con esta propuesta alcanza el razonamiento preventivo-especial su punto más alto en la orientación hacia una humanización del sistema. Aunque, lamentablemente, haya que ser escépticos en cuanto a la posibilidad de su realización política en un tiempo no lejano[91]. En todo caso, sin embargo, queda claro que ésta —u otra muy parecida— es la meta a alcanzar, y que hacia ella deben orientarse las reformas de los aspectos concretos del tratamiento resocializador[92].

---

[87] LÜDERSSEN, JA 1991, p. 226-227.

[88] LÜDERSSEN, JA 1991, p. 227 con detalles en p. 228.

[89] CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt 1974, p. 158 y ss., 160 «el sujeto no es contemplado como mero objeto de un proceso de conducción propio del Estado social, sino que es concebido como sujeto de un proceso dialogal de regulación y aprendizaje: El proceso no tiende a la adaptación a las normas dominantes, sino más bien a crear, en un proceso de interacción, alternativas a la conducción criminal de la vida y, con ello, para la participación en relaciones sociales de vida».

[90] HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, en *Lüderssen/Sack (comp.)*, Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. 2. Frankfurt 1977, pp. 291-320, passim, y p. 299, 302, 304.

[91] NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 32.

[92] En este sentido MIR PUIG, *Tendencias*, p. 52: «Sin embargo, ello (*scil. las críticas efectuadas*) no autoriza a abandonar el sentido positivo de la resocialización, en la medida en que no redunde en perjuicio del reo, sino en cuanto se limite a suponer una oferta de alternativas al comportamiento criminal, que el penado pueda rechazar libremente. En este sentido hay que entender el mandato del art. 25,2 de la Constitución española, según el cual las penas y medidas privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. Se trata, en definitiva, de integrar el programa de la prevención especial, y de la resocialización en particular, en el marco de aquella Política Criminal antiautoritaria que desde BECCARIA considera que ciertos límites como los de legalidad y humanidad son garantías de libertad».

D) La propuesta garantista.

a) Introducción. El «neoclasicismo» político-criminal.

1. La decepción acerca de la capacidad del «ideal resocializador» —con sus problemas de factibilidad y licitud— para legitimar por sí solo el ejercicio del «ius puniendi» y el rechazo categórico de los excesos de la denominada «ideología del tratamiento» han propiciado la aparición de opciones alternativas, cuyo propósito fundamental es acentuar el papel de las garantías formales. Estas tendencias parten de la aceptación de que lo que legitima al Derecho penal es básicamente la prevención general de delitos[93], siempre que ésta tenga lugar respetando las garantías del Estado de Derecho, verdadera «*Magna Charta*» del delincuente. Naturalmente, sin embargo, dichas corrientes se han hecho más patentes allí donde la ideología de la resocialización fue más allá en su pretensión totalizadora como única vía de legitimación del Derecho penal del Estado: particularmente, en Estados Unidos, pero también en los países escandinavos.

2. Al movimiento a que nos venimos refiriendo se le ha atribuido por algún sector una denominación equívoca: «neoclasicismo», que propicia algún malentendido[94]. Sin embargo, sus propuestas son significativamente claras. El punto de partida del neoclasicismo es la crítica a la ideología del tratamiento y sus manifestaciones más sobresalientes, como, por ejemplo, la «sentencia indeterminada» antes comentada[95]. Sentado el fracaso de aquella corriente, el neoclasicismo se sitúa en el marco de un renacimiento de la prevención general, cifrándose su objetivo en poner freno a los posibles abusos de ésta[96].

> En palabras de CEREZO MIR, a propósito de la reacción habida en Suecia: «Se niega la posibilidad de justificar las sanciones en virtud de las exigencias del tratamiento o de la inocuización y se afirma la necesidad de acudir, para ello, la consideraciones de prevención general e incluso de justicia y de proporcionalidad con la gravedad de los delitos. Se habla del abandono de la

[93] Acentuando este aspecto, LÖFMARCK, *Neo-klassizismus in der nordischen Strafrechtslehre und -praxis: Bedeutung und Auswirkungen*, en *Eser/Cornils (comp.)*, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskoloquium. Freiburg i. Br. 1987, pp. 15-34.

[94] Sobre la denominación «neoclasicismo» y la cuestión de su relación con el clasicismo, cfr. KLAGES, *Tagungsbericht über das deutsch-skandinavische Strafrechtskoloquium*, en Neuere Tendenzen, pp. 239-252, p. 239-240. En lo que hace a la relativa diversidad de las propuestas «neoclásicas», cuyo único elemento aglutinador es de naturaleza negativa: el rechazo del tratamiento resocializador como fin legitimador de la pena, cfr. WEIGEND, *«Neoklassizismus» - ein transatlantisches Mißverständnis*, ZStW 94 (1982), pp. 801-814, p. 802.

[95] Cfr VON HIRSCH, KrimJ 1983, p. 57. La crítica a la ideología del tratamiento comenzó a hacerse patente en las legislaciones de Estados como California, Indiana o Maine, mediante la abolición de la institución del «parole» y el establecimiento legal para cada delito de un marco más o menos amplio, pero en todo caso significativamente reducido respecto al sistema anterior, dentro del cual el juez determina la pena concreta que le corresponde. Cfr. sobre ello WEIGEND, ZStW 90 (1978), p. 1118; GALLIGAN, en *Crime, Proof & Punishment*, p. 144.

[96] CHRISTIE, *Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus*, KrimJ 1983, pp. 14-33, p. 16-17.

ideología del tratamiento. Este debe realizarse, cuando el delincuente lo acepte voluntariamente, pero nunca se puede justificar una sanción por las exigencias del tratamiento, dada la escasa eficacia de sus resultados»[97].

Todo ello se produce en buena parte mediante un retorno a los planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX[98], que en algunos autores adquiere la denominación explícita de un *retorno a Kant;* de ahí, la expresión «neoclasicismo»[99].

Evidentemente, no se pueden negar ciertos significativos puntos de contacto entre el neoclasicismo y las doctrinas clásicas. Basta leer a CARRARA cuando éste afirma que la ley «tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión y en el juicio, con el fin de que ésta se mantenga en el camino de la justicia y no degenere en tiranía»[100], para advertirlo. Sin embargo, de todos modos, parece imponerse la tesis de que el llamado «neoclasicismo» es más «nuevo» que «clásico». Es cierto que se dan en él aspectos que recuerdan las tesis clásicas, como el rechazo de la resocialización y la orientación de la política criminal a una compensación proporcionada de la culpabilidad. Ello no obstante, como NAUCKE pone de relieve, nos hallamos más bien ante una opción que se encuadra en la modernidad y, por tanto, en una concepción del Derecho penal como «orientado a fines»[101].

El neoclasicismo (conjunto de actitudes que en los Estados Unidos recibe la denominación de «*just-deserts-theory*» o «*just-deserts-movement*»[102]) pretende

---

[97] CEREZO MIR, *Introducción* a *Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas* [Comité nacional sueco para la prevención del delito. Informe núm. 5. Estocolmo, Suecia. Julio 1978] (trad. Díez Ripollés), ADPCP 1979, pp. 179-221, p. 179.

[98] VON TROTHA, *Wiederkehr der alten Strafpolitik? Zur Kritik der neo-klassizistischen Kriminalpolitk,* en su obra *Distanz und Nähe,* Tübingen 1987, p. 83 y ss, p. 83.

[99] Cfr. sobre esto VON TROTHA, *Distanz,* p. 84, nota 59. Sobre los fundamentos y repercusiones políticas del neoclasicismo, cfr. CHRISTIE, KrimJ 1983, p. 31; VON TROTHA, *Distanz,* p. 85 y 87, 92. Un punto sobre el que suele existir acuerdo es el relativo a que la expresión «neoclasicismo» no es afortunada.

[100] CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal,* 10.ª ed., tomo I, PG, volumen 1 (trad. por la redacción de la RGLJ y adicionado por Jiménez de Asúa, 2.ª ed.), Madrid 1925, p. XI. Asimismo apunta que «rechazadas las ideas utópicas y vejatorias del correcionalismo y del ascetismo, y la fórmula arbitraria y prepostera de la defensa social, se encuentra, tanto en el argumento de la represión como en el de la prohibición, el eje fundamental del Derecho criminal en la tutela jurídica» (p. XIV).

[101] Así NAUCKE, *Die Wechselwirkung,* p. 38 nota 35, señalando en concreto que el neoclasicismo es una opción, propia de la modernidad, en favor de un Derecho penal orientado a fines que se tiene por más eficaz que la resocialización. En efecto, el fin de la «fe resocializadora» sólo deja en pie tres corrientes político-criminales: la neoclásica, de base preventivo-general; la de la «diversión», de base preventivo-especial; y el abolicionismo. Ellas tres conforman la política criminal actual. Cfr. también VON TROTHA, *Distanz,* p. 84, nota 59, para quien, asimismo, el neoclasicismo es más «nuevo» que «clásico»; ello, sobre todo, porque su surgimiento se debe, básicamente, a la desconfianza, entre otros aspectos, respecto de la intervención decisoria de profesionales no juristas en la ejecución penal, por lo que se trata de volver a un poder estatal centralizado y fuerte, y a un primado de lo político sobre lo social, cuestiones éstas que, obviamente, no se plantean en las tesis kantianas. Por lo demás, sobre lo novedoso o no del «neoclasicismo», cfr. las observaciones de LÜDERSEN y KAISER, en KLAGES, *Neuere Tendenzen,* p. 242 y 243.

[102] Es decir, teoría del merecimiento o de la culpabilidad, o como apunta DEL ROSAL BLASCO, CPC 1986, p. 153 (N. del T.), «movimiento para dar a cada uno lo que se merece».

someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad[103], seriamente puestos en tela de juicio en los países en que la ideología resocializadora alcanzó su máximo exponente, haciendo de la inseguridad y la arbitrariedad una característica general del sistema. De ahí que, pese a las duras críticas que se le han dirigido, sobre todo desde perspectivas abolicionistas, merezca un juicio, en principio, favorable. Otra cuestión es si la perspectiva del neoclasicismo, centrada en la salvaguarda de las garantías formales, puede estimarse en la actualidad suficiente para hacer frente a la supuesta crisis del Derecho penal. De ello será preciso, pues, ocuparse con algún detenimiento. Sin embargo, de modo previo conviene analizar si la acogida del neoclasicismo supondría realmente un cambio de rumbo significativo en nuestro ámbito cultural más próximo, constituido por países como Alemania o Italia o, en todo caso, por la Europa occidental.

3. No en vano, se ha señalado que se trata de una importación de los Estados Unidos, y que, con su traslación al ámbito continental europeo, ha de mostrar en éste un contenido de sentido algo diferente. En efecto, como se ha apuntado, la aparición del neoclasicismo constituye una reacción a fenómenos que alcanzan una peculiar dimensión en los Estados Unidos y Escandinavia. Por ello, su conceptuación como reacción frontal a las tendencias vigentes en materia político-criminal quizá no sea acertada en un ámbito en el que se han conservado los principios que propugna, o al menos no se han postergado radicalmente[104]. En efecto, en los países del occidente continental europeo, por regla general, ni la orientación básica del Derecho penal, ni la configuración de los sistemas de sanciones han perdido de vista las ideas rectoras de proporcionalidad (ni siquiera en las medidas de seguridad) o culpabilidad, así como tampoco el marco preventivo-general[105]. Esta situación de base determina que, en definitiva, quepa concluir que, si algo puede aportar el neoclasicismo al debate penal en Europa occidental, ello será un cambio de acento, pero no una variación radical del marco de la discusión político-criminal.

> Sería preciso investigar, como pone de relieve ZIPF, en qué medida la objetivización y orientación preventivo-general del concepto de culpabilidad, el entendimiento de la prevención especial dando prioridad a la perspectiva de evitación de la «desocialización» y la concepción positiva o integradora de la prevención general podrían interpretarse como la forma específica de manifes-

[103] VON HIRSCH, KrimJ 1983, p. 58; VON TROTHA, *Distanz*, p. 84. Acentúan el aspecto de la proporcionalidad con el hecho cometido JAREBORG/VON HIRSCH, *«Neoklassizismus» in der skandinavischen Kriminalpolitik: sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien*, en Neuere Tendenzen, pp. 35-64, especialmente p. 37 y ss.

[104] Cfr. al respecto ZIPF, *Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die deutsche und österreichsche Kriminalpolitik*, en Neuere Tendenzen, pp. 141-146, especialmente p. 143.

[105] ZIPF, en *Neuere Tendenzen*, p. 143.

tación del *neoclasicismo en nuestro ámbito*[106]. Pero obsérvese que, en cualquiera de los tres aspectos, no nos hallamos ante una modificación esencial, sino más bien ante la progresión de tendencias ya arraigadas.

b) El garantismo y los límites materiales de la intervención penal.

1. Una de las críticas más fundadas que se le han dirigido al «neoclasicismo» es su limitación a los aspectos exclusivamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario. En efecto, se ha demostrado empíricamente que la abolición de la «sentencia indeterminada» y de los «*parole board*» en los Estados Unidos no ha traído consigo una disminución de la duración de las penas efectivamente impuestas, sino más bien, al contrario, un aumento de la misma[107]. A la vez, se constata en la ideología del neoclasicismo un rechazo frontal de todas las instituciones político-criminales de nuevo cuño que han producido una cierta flexibilización en la ejecución de la pena privativa de libertad, así como su sustitución, en determinados casos, por consecuencias jurídicas específicamente orientadas a la resocialización o no desocialización del individuo[108].

2. Por todo ello, una reacción a la ideología del tratamiento que, como el neoclasicismo, se límite a resaltar la necesidad de observar las garantías formales, aun siendo imprescindible —sobre todo en los países que más padecieron los excesos de aquella orientación—, no es suficiente. Además, se trata de introducir, junto a las exigencias formales, nuevas exigencias de contenido, que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por el otro[109]. Esta última, como antes se ha señalado, ha de seguir constituyendo un punto de referencia, de modo que no puede renunciarse al tratamiento, siempre que el mismo se plantee como un ofrecimiento que el condenado es libre de aceptar o no. Sin embargo, otras instituciones tratan de corresponder al ideal resocializador ya antes, concretamente en el momento legislativo: así, mediante la reducción de la pena privativa de libertad al mínimo imprescindible (eliminación de las penas cortas o excesivamente largas) mediante la instauración de nuevas formas de reacción punitiva, y a través de la formulación de alternativas a la pena (por ej. especialmente, la responsabilidad civil).

---

[106] ZIPF, en *Neuere Tendenzen*, p. 144.

[107] WEIGEND, ZStW 94 (1982), p. 812; VON TROTHA, *Distanz*, p. 92.

[108] V. TROTHA, *Distanz*, p. 87.

[109] En este sentido, por ejemplo, BARATTA, quien, desde una perspectiva muy crítica respecto al sistema penal, estima que, precisamente porque éste —a su juicio— crea más problemas de los que resuelve, se trata de ponerle límites por la vía del reconocimiento de los derechos humanos y de la realización de la justicia social [cfr. BARATTA, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 517].

3. Es ésta una vía que, en los últimos años, ha tratado de abrirse por la concepción del llamado «Derecho penal mínimo»[110]. Sin embargo, la doctrina del Derecho penal mínimo, como elaboración teórica, no supone una novedad tan sustancial como algunos han querido advertir. En realidad, su punto de partida se halla ya en las bases ideológicas del Proyecto Alternativo de Código penal alemán, segun el cual la pena es una «amarga necesidad», y, de modo general, en los principios inspiradores de la tradición liberal. No puede olvidarse, a este respecto, que ya el art. 8 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 establecía que *«la loi ne doit établir que des peines strictement et evidentment nécessaires...»*. Existe, pues, una amplia coincidencia en el sentido de entender que sólo son legítimas las penas necesarias: el arraigo del principio de «intervención mínima» muestra, precisamente, que no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al «mínimo necesario». Sin embargo, parece obvio que debe hallarse el objeto de referencia de ese mínimo necesario. El límite de la reducción ha de hallarse en el mínimo necesario. Pero en el «mínimo necesario» ¿para qué?. La tesis de autores como FERRAJOLI, que sostienen la doctrina del «Derecho penal mínimo» es que ha de ser primariamente el mínimo necesario para evitar la «violencia social informal», concepto éste en el que se cuentan ante todo las posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos por un delincuente o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ellos[111]. La función preventiva, por tanto, es doble: prevención de los delitos y de las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. En definitiva, pues, lo que legitima al Derecho penal es la minimización de la violencia en la sociedad. Como dice FERRAJOLI: «Un sistema penal —puede decirse— está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y puniciones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas»[112]. La propuesta de un Derecho penal mínimo, que se define en el triple sentido de «la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva»[113] marca, según creo, el camino a seguir. Sin embargo, parece obvio que lo anterior debe ser objeto de múltiples concreciones. En primer lugar, porque la construcción de un Derecho penal garantista en lo formal y en lo material exige una profunda labor de depuración de los objetos de protección penal. Lo «mínimo» ha de manifestarse

[110] Sobre sus presupuestos, cfr. FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0-1986, p. 35 y 55. Relativamente próximo, BARATTA, en KAISER / KURY / ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 517 y ss.

[111] FERRAJOLI, *Poder y Control*, n.º 0-1986, p. 37; EL MISMO, *La legalidad violenta* (trad. Rivaya García), CPC 1991, pp. 305-319, p. 305. Crítico con esta idea como único criterio legitimador del Derecho penal, ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 59; en favor de la misma, DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3*, 1989, p. 60-61.

[112] FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0-1986, p. 39.

[113] FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0-1986, pp. 45-46.

también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal, por ejemplo. Además, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que no nos movemos con magnitudes exactas, que no puede fijarse el punto exacto en el que la reacción penal sigue siendo necesaria para «prevenir». En este, como en tantos otros temas penales, nos hallamos en continua evolución, marcada, según se verá luego de modo más detallado, por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista (uno de los varios a que debe atender el Derecho penal) y otros como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales. Lo que en cada momento histórico se estima como «mínimo necesario» de la intervención penal constituye, pues, el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica constante en ese determinado momento. Una tensión cuyo motor es la continua relativización del interés intimidatorio mediante la intensificada atención a los intereses garantísticos. El Derecho penal evoluciona por la vía de su restricción progresiva y, si se me permite la expresión, cada vez es más «mínimo».

7. No muy lejos de este punto de vista se sitúan las propuestas efectuadas en Suecia a partir del abandono de la ideología del tratamiento en aquel país. Ciertamente, la reacción producida no se detiene en una mera propuesta de garantías formales como límite a la prevención general, sino que penetra en ámbitos materiales. Así, no se piensa tan sólo en la seguridad jurídica y en la proporcionalidad, sino que se insiste en la humanización como uno de los intereses a valorar junto a la prevención general. A ello ayuda el hecho de tomar claramente la idea preventivo-general como punto de partida. En efecto, si se parte de que la pena es un mal con el que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas para el delincuente, se hace más fácil entender que es preciso restringirla al máximo[114]. A la vez, adoptada la prevención general como fundamento principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida[115]. La consecuencia de todo ello es, pues, que no sólo se trata de recuperar la seguridad jurídica y la proporcionalidad perdidas con la fe desmesurada en el ideal terapéutico. La adopción de la prevención general como base de la construcción político-criminal nos devuelve a la realidad de la pena como «mal», invitándonos a reflexionar sobre los términos de la necesidad de ese mal. La consecuencia, extraída por vía empírica, es que la eficacia intimidatoria no re-

[114] «Puesto que se admite abiertamente que la intervención penal es casi siempre nociva para el delincuente, resulta más fácil justificar la inserción de elementos humanizadores. Es menos difícil mitigar algo que es, por definición, perjudicial, que algo que se considera beneficioso»: *Comité Nacional sueco,* ADPCP 1979, p. 195.

[115] «Podemos concluir, por tanto, que el riesgo de ser descubierto, así como el proceso, son en muchos casos más importantes que el nivel de punición, desde un punto de vista intimidatorio. Cuanto más expeditivamente, y con mayor certeza, reaccione la sociedad a la infracción, menos importante pasa a ser la severidad de la reacción»: *Comité Nacional sueco,* ADPCP 1979, p 193.

quiere penas graves, por lo que nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones. Además, que en los casos en que la pena privativa de libertad no se estime estrictamente necesaria, nada obstará a su sustitución por otras consecuencias jurídicas. Finalmente, que, presupuesto que la pena es básicamente un mal, nada se opone a introducir en ella elementos que tengan la pretensión de favorecer al delincuente. A este respecto, no cabe ignorar que la doctrina del tratamiento surgió inspirada en un ideal humanitario y que probablemente sentó algunas bases para el progreso en este sentido. Nada obsta, pues, a que «se ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar»[116] siempre que ello se interprete como un derecho y no como algo a lo que se somete obligatoriamente a los reclusos por ser la función determinante del sistema penal. Como se señala en el informe del *Comité Nacional sueco*: «Es probable que la tesis del tratamiento haya establecido las condiciones previas para una considerable humanización del sistema penal. Un rechazo de tal teoría no ha de llevar necesariamente a un descenso de la humanidad, y a un aumento de la severidad, en el sistema penal»[117]. Se trata, en suma, de recuperar las garantías formales, sin olvidar la progresión humanizadora que pasa por la disminución de la severidad de la intervención penal y de su propio ámbito de incidencia, así como por el mantenimiento de los aspectos positivos del tratamiento.

8. La «propuesta garantista» ni implica una vuelta atrás ni ofrece algo completamente nuevo. Más bien, expresa la síntesis adecuada al presente momento histórico de la evolución de las ideas penales. Así, y si prescindimos de la prevención general, a la que cabe estimar una «constante» en el fenómeno punitivo, el liberalismo se centró en la salvaguarda de las garantías formales, mientras que el asentamiento de la idea de Estado social propició que el tratamiento pasara a un primer plano (primero en el nivel ideológico: «defensa social»; y posteriormente en el nivel de las realizaciones prácticas). Dado que en la actualidad nos hallamos todavía inmersos en la reacción a la ideología del tratamiento, es hasta cierto punto natural que se subrayen los aspectos relativos a las garantías formales, tan gravemente afectadas por los excesos de la ideología resocializadora. Sin embargo, no cabe ignorar los logros que esta última corriente de pensamiento ha alcanzado en el plano de la humanización progresiva del sistema penal (eliminación de penas de prisión excesivamente cortas o excesivamente severas; creación de alternativas a la pena privativa de libertad; etc). El garantismo que, partiendo de la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de delitos, procede a subrayar las exigencias formales de seguridad jurídica, proporcionalidad, etc, y acoge, a la vez, las tendencias humanizadoras, expresa el estado hasta ahora más evolucionado de desarrollo de las actitudes

[116] *Comité Nacional sueco*, ADPCP 1979, p. 195.
[117] ADPCP 1979, p. 195.

políticocriminales básicas, la síntesis de los esfuerzos en pro de un mejor Derecho penal y constituye la plataforma necesaria para abordar de modo realista y progresista los problemas teóricos y prácticos del Derecho penal[118].

[118] Sobre todo esto, con algún detalle más, cfr. *infra* el captítulo relativo a los fines del Derecho penal.

III. LAS CIENCIAS PENALES. EN PARTICULAR, LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

III.1. Introducción. Dogmática. Criminología. Política Criminal. Victimología.

1. La adopción, en el plano político-criminal básico, de una perspectiva garantista conduce en nuestro planteamiento, de modo practicamente necesario, al cultivo de la dogmática como disciplina penal fundamental[1]. Como ha dicho, con razón, MUÑOZ CONDE, «la Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de *garantizar los derechos fundamentales del individuo* frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una *conquista irreversible del pensamiento democrático*»[2]. En efecto, si hay algo sobre lo que no parece existir discusión alguna, esto es que la elaboración categorial y la integración de los diversos conceptos jurídico-penales en un sistema características de los estudios dogmáticos, proporcionan —sea cuál sea el método o la concepción dogmática de la que se parta— una seguridad jurídica de otro modo inexistente. La dogmática jurídico-penal, en palabras de GIMBERNAT, «hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable

---

[1] Ello no significa que sólo quepa concretar la concepción garantista a través del cultivo de la dogmática. Pero sí, en todo caso, que el cultivo de la dogmática es una buena forma de traducir en hipótesis concretas una concepción general garantista del Derecho penal.

[2] MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, p. 136 (*los subrayados son míos*); y continúa: «la mejor ley no deja de ser un *desideratum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique. La idea de Estado de Derecho exige que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento, de un modo racional y seguro, que evite el acaso y la arbitrariedad en su aplicación y que las dote de una fuerza de convicción tal que sean aceptadas por la mayoría de los miembros de la comunidad. De este modo incumbe a la dogmática jurídica una función 'legitimadora'».

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 o la absolución»[3]. Algo que, decenios atrás, había subrayado ya el propio VON LISZT: «Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia»[4]. Debe, pues, ponerse de relieve que la aspiración tradicional de la dogmática no ha sido la de cultivar su disciplina «*l'art pour l'art*» sino la de obtener seguridad jurídica, levantar un edificio firme frente a intervenciones ideológicas, y reafirmar así la idea de *Estado de Derecho* y la concepción del Derecho penal como «Magna Charta»[5]. Todo ello es reiterado por JESCHECK, a propósito de la teoría general del delito, sin duda la construcción dogmática jurídico-penal por excelencia: «Los elementos generales del concepto de delito, reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan (...) una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la *seguridad jurídica*»[6]. Puede, pues, calificarse de abrumadora la coincidencia existente sobre este punto, que agrupa a autores que parten de premisas valorativas o se sirven de métodos absolutamente dispares, y que se va extendiendo a ámbitos tradicionalmente reacios a la dogmática, como los de la doctrina anglosajona[7]. Por su parte, la referida *consideración formal* bastaría para justificar plenamente a la dogmática ante cualquier jurista que afronte la problemática jurídico-penal desde perspectivas garantistas[8]. Pero la aportación

---

[3] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 158. Al respecto señala WELZEL, *Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe 1972, pp. 3-8, p. 5: «Es sintomático y, en cierto sentido, (para nosotros) lamentable, que un no-alemán, un español, haya hecho recordar, frente al griterío de los críticos de la reforma del Derecho penal, el significado de la dogmática» reproduciendo a continuación la frase de Gimbernat que transcribimos en el texto.

[4] VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche* (1886), en Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo I, Berlin 1905 (Reimpr. Berlin 1970), pp. 212-251, p. 218-219.

[5] WELZEL, *Maurach-FS*, p. 4.

[6] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal PG* (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), I, Barcelona 1981, p. 264.

[7] En el ámbito jurídico-penal anglosajón no existe, por el momento, algo comparable a lo que en la tradición continental conocemos como «dogmática». El mejor estudio comparativo, según alcanzo a ver, de las características del «modus operandi» continental —que es calificado en esta obra de «conceptualista»— y el anglosajón —calificado de «intuicionista»— se halla en el libro de NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires 1980, traducción de su tesis doctoral presentada en Oxford. En cualquier caso, es patente que, en los últimos años, se advierten tendencias en el ámbito anglosajón dirigidas a una aproximación a la consideración dogmática del Derecho penal. Cfr. las pruebas actualizadas en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, 4.ª ed., Berlin 1988, p. 175 nota 3. Los nombres de FLETCHER, en Estados Unidos (recuérdese su importante obra *Rethinking Criminal law*, Boston-Toronto 1978) y de GLANVILLE WILLIAMS, en Gran Bretaña, son significativos a este respecto.

[8] No puedo compartir el punto de vista de NINO, *Los límites*, p. 82, cuando señala que no siempre la dogmática proporciona seguridad, textualmente, «que la metodología conceptualista no favorece sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza y previsibilidad». Por lo demás, su propio análisis del «enfoque intuicionista», denominación que da a la elaboración teórica característica del Derecho inglés, (p. 101 y ss.) muestra hasta qué punto la seguridad jurídica es mayor en nuestro ámbito.

de la dogmática no acaba ahí. Además, y sin entrar en detalles que habrán de ocuparnos más adelante, puede afirmarse ya ahora que, al posibilitar un adecuada diferenciación de los casos realmente distintos mediante la delimitación de los aspectos esenciales y accesorios, sienta las bases de una *aplicación más proporcionada y justa* del Derecho penal a las diversas situaciones delictivas[9]. Por último, determinadas concepciones dogmáticas —sólo algunas—, al proponer la configuración de un «sistema abierto», permeable a la incidencia directa de los principios materiales que han de inspirar la intervención penal, se constituyen asimismo en vehículo adecuado para traducir en términos conceptuales y trasladar a la práctica aspiraciones como la de restringir la intervención del poder punitivo al mínimo auténticamente necesario[10] (*perspectiva garantística material*). Es este el caso, según creo, de la propuesta metodológica iniciada por ROXIN y que cobra un auge cada vez mayor en nuestros días, como habrá ocasión de exponer.

2. Sentado lo anterior, a nadie extrañará que aquí se comparta la tesis de que la dogmática jurídico-penal constituye la *Ciencia del Derecho penal por excelencia*[11] constituyendo otras disciplinas, como la Criminología, la Política Criminal o la Victimología, sin perjuicio de su autonomía, disciplinas esencialmente auxiliares. Sin embargo, en nuestro propio ámbito cultural ha sido posible asistir a momentos históricos en los que se ha pretendido marginar a la perspectiva dogmática, o incluso prescindir de ella, atribuyendo el papel central, en el seno de las «Ciencias penales», a las consideraciones criminológicas o político-criminales. Ello ha tenido lugar, según entiendo, en dos circunstancias históricas concretas: en la segunda mitad del siglo XIX, con motivo del predominio del *positivismo sociológico;* y en la segunda postguerra mundial, al extenderse, por un lado, el *pensamiento tópico,* y, por otro, la convicción de la necesidad de tener presentes, en la aplicación del Derecho, las *valoraciones político-criminales* y las aportaciones, en general, de la criminología y las demás *ciencias sociales.*

---

[9] Cfr. en JESCHECK, *Tratado,* I, p. 264, la referencia al enjuiciamiento en Gran Bretaña del caso de la *Mignonette,* en el que dos marineros náufragos, tras sufrir largas privaciones, habían acabado por matar a un compañero agonizante para alimentarse de su cuerpo. La ausencia, entre el instrumental jurídico a disposición del Tribunal, de mecanismos dogmáticos como el del llamado «estado de necesidad exculpante» (al que subyace la distinción entre justificación y exclusión de la culpabilidad), determinó que se les impusiera la pena de muerte, luego conmutada en vía de gracia. Y ejemplos como éste podrían citarse a cientos.

[10] Obviamente, el mecanismo por excelencia de restricción de la intervención penal al mínimo necesario es el de la reforma legal. Sin embargo, también es evidente que una determinada orientación dogmática, con sus consiguientes repercusiones prácticas, puede contribuir en no poca medida a tal restricción. El descubrimiento por vía dogmática de las causas de exculpación o del principio de exigibilidad, en general, o la propia posibilidad de «restricción teleológica» de los tipos constituyen un ejemplo de ello.

[11] También en este sentido MUÑOZ CONDE, *Introducción,* p. 120: «A mi juicio, la consideración jurídica de la criminalidad debe ser destacada frente a las de otro tipo, y ello por dos razones: en primer lugar, porque los conceptos delito, pena o medida de seguridad sólo tienen relevancia para las disciplinas no jurídicas en cuanto vienen definidos y delimitados por las normas jurídicas penales; es el Derecho penal, por consiguiente, quien suministra el objeto de estudio a las otras ciencias no jurídicas; en segundo lugar, porque los conocimientos que brindan estas ciencias tienen fundamental significación en tanto que sirven para una mejor regulación jurídica, adquiriendo únicamente en función de esta regulación jurídica importancia práctica».

3. La corriente filosófica del positivismo tuvo, en nuestro ámbito, como consecuencia más o menos directa, entre otras, el rechazo del carácter científico de la consideración jurídica del delito, y la propuesta de su sustitución por una consideración sociológica o antropológica (*positivismo sociológico-naturalista*). Manifestaciones de esta tendencia, que hace surgir a la Criminología como ciencia de contenido autónomo, son, sobre todo, la «*Scuola positiva*» en Italia (LOMBROSO, FERRI, GAROFALO)[12] y la llamada «*jungdeutsche Kriminalistenschule*» (dirección moderna), en Alemania (VON LISZT). En este momento histórico, la labor científica del penalista se estima consistente en el análisis de las causas del delito y de los efectos de la pena[13]. La Criminología, la Penología y la propia Política criminal empírica, como disciplinas científicas, vienen, pues, a sustituir en el centro de las «ciencias penales» a la dogmática. Esta, cuando se la considera disciplina integrante de las mismas, como ocurre en el caso de VON LISZT[14] y su «*gesamte Strafrechtswissenschaft*»[15], aparece reducida a una disciplina didáctica, dedicada sustancialmente a la formación de los juristas prácticos, pero desprovista de toda significación en el plano científico[16].

4. La superación de este primer momento crítico para la dogmática, cuya cientificidad aparecía cuestionada a partir de su sometimiento al baremo del concepto positivista de ciencia (explicación causal de fenómenos empíricos), vino propiciada por el *neokantismo*. Este, al fundamentar la posibilidad de diferenciar entre un método *explicativo* propio de las *ciencias de la naturaleza*, y otro *comprensivo* propio de las *ciencias del espíritu* (o ciencias culturales), permitió fundamentar convincentemente, conforme a los principios metodológicos dominantes, la legitimidad científica de la dogmática (tesis del dualismo metodológico)[17].

5. El segundo momento crítico —que cabe ubicar en torno a los años sesenta y primeros setenta de este siglo—, en cambio, no vino propiciado por un cuestionamiento de la cientificidad de la metodología dogmática —o, al menos, no de modo directo—, sino por el rechazo de un método dogmático excesivamente encerrado en sí mismo e inadecuado, por ello, para conformar una técnica ope-

---

[12] En detalle, sobre ella, MIR PUIG, *Introducción*, p. 179 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Manual*, p. 243 y ss; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 18 y ss.

[13] Expresamente, VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), en Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo II, Berlin 1905 (Reimpr. Berlin 1970), pp. 284-298, p. 289: «*kausale Erklärung von Verbrechen und Strafe*».

[14] Cfr. el instructivo cuadro de VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 296.

[15] Cfr. sobre la «*gesamte Strafrechtswissenschaft*» en la obra de VON LISZT, destacando con razón que la misma no expresa una unificación metodológica, sino una reunión funcional, vinculada al papel que se atribuye al jurista como «político-criminal», BACIGALUPO, *Relaciones entre la dogmática penal y la criminología*, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 53-70, p. 55 y ss, y 58.

[16] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 285 y 296. Obsérvese que se equipara, en cuanto a su función pedagógica, a la Dogmática con la por él denominada «Criminalística».

[17] En detalle, MIR PUIG, *Introducción*, p. 231 y ss; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 24 y ss.

rativa de resolución de los conflictos sociales. La perspectiva crítica se manifestó en dos frentes distintos. Así, por un lado, se puso de relieve la inidoneidad de las tesis dogmáticas para resolver los problemas prácticos de la aplicación del Derecho. En otros términos, se alegó su falta de referencia al problema, a la realidad del Derecho penal, su basamento exclusivo en un método deductivo-axiomático necesariamente abstracto. Por otro lado, se objetó a la dogmática su reticencia a considerar los avances habidos en las ciencias sociales del comportamiento humano, incluida de modo especial la criminología, así como su impermeabilidad a las valoraciones político-criminales[18].

6. Tales críticas —como después se expondrá con más detenimiento— han sido asumidas ampliamente por la mayoría de los dogmáticos, hasta el punto de que en nuestros días un autor puede caracterizar la dogmática jurídico-penal como un medio para la aplicación segura, racional e igualitaria del Derecho penal, que pretende resolver los problemas de ésta en forma decuada a la materia, en el marco de ciertas determinaciones político-criminales de fines y con ausencia de contradicciones sistemáticas[19]. A este nuevo estado de cosas ha contribuido en medida decisiva, junto a otros factores, la obra programática de ROXIN «Política criminal y sistema del Derecho penal»[20]. En ella se proclama la necesidad, no de prescindir del sistema en favor de una consideración tópica, sino de conformar un «sistema abierto» del Derecho penal: abierto tanto al «problema» como a las «consideraciones valorativas», entre las que se incluyen las consistentes en valorar las nuevas aportaciones de las diversas ciencias sociales. Del grado de asimilación de las referidas objeciones por la dogmática alemana, incluso por la menos inclinada a modificar los planteamientos tradicionales, dan fe las siguientes palabras de JESCHEK: «No cabe (...) desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: de que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano. Es necesario 'dar entrada a las decisiones valorativas de política criminal en el sistema del Derecho penal'»[21].

7. Así pues, tras esta sucinta referencia, cabe concluir que la dogmática ha ido superando los momentos críticos de su historia y en la actualidad aparece

---

[18] Sobre ello, cfr. HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach WELZEL*, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universitat zu Köln*, Köln 1988, pp. 399- 427, p. 402-403 (hay traducción española de una versión algo más corta de este trabajo, debida a MARIANO BACIGALUPO, bajo el título de *El desarrollo de la dogmática penal después de WELZEL*, en POLAINO (Comp.), Estudios jurídicos sobre la reforma penal, Córdoba 1987, pp. 19-45).

[19] Se trata de MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht*, en Behrends/Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik. 3. Symposion der Kommission «De Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» Göttingen 1989, pp. 120-137, p. 120.

[20] Traducción española de MUÑOZ CONDE, Barcelona 1972.

[21] JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 264-265.

asentada en su lugar de ciencia penal fundamental. Junto a ella, la *Criminología,* como ciencia empírica del delito, aporta los imprescindibles datos acerca de la fenomenología criminal y las diversas instancias implicadas en ella (delincuente, víctima, aparatos del control social)[22]. Por su parte, la *Política Criminal* proporciona la necesaria referencia a fines y valores, al cumplir la «misión política»[23] de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva *de lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva *de lege lata*) a las finalidades materiales del Derecho penal[24]. A ellas se ha unido recientemente, con aspiraciones de autonomía, la *Victimología,* que se ocupa específicamente de la víctima del delito, atendiendo a su intervención en el surgimiento del delito y en la posterior solución del conflicto[25]. Entre todas estas disciplinas[26] existen significativas interacciones que trataremos de mostrar con algún detalle, aunque desde la perspectiva exclusiva de la dogmática jurídico-penal, en un apartado posterior[27].

III.2. La dogmática jurídico-penal. Rasgos generales de la evolución en el objeto y en el método.

A) Introducción.

1. Como con razón han puesto de relieve algunos autores en los últimos tiempos, no resulta claro qué deba entenderse por dogmática jurídica[28] ni, en

---

[22] Cfr. KAISER, *La criminología hoy* (trad. Mira Benavent), CPC 1988, pp. 43-61, p. 45-46 y p. 55. En cualquier caso, hay que señalar que también la criminología ha experimentado una profunda crisis, debido, entre otras causas, a la opción de una corriente doctrinal —la Criminología crítica— por un «cambio de paradigma», consistente, como ya se ha señalado *supra*, en abandonar el estudio de las causas del delito en el delincuente y su entorno para pasar a centrarse en el fenómeno del control social. Cfr. al respecto, GARCÍA-PABLOS, *Manual,* p. 684 y ss. Crítico sobre todo ello, KAISER, CPC 1988, p. 52. Por lo demás, la mejor, a mi juicio, exposición de los problemas pasados y presentes de la Criminología en lengua española se contiene en el citado Manual de Criminología de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al que me remito.

[23] En VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge,* II, p. 296 se trata de una política criminal empírica, caracterizada por la «*zielbewußte Bekämpfung des Verbrechens*».

[24] Cfr. ZIPF, *Introducción a la Política Criminal* (trad. Izquierdo Macías-Picavea), Madrid 1979, p. 4.

[25] JESCHECK, *Lehrbuch,* 4.ª ed., p. 41. Por lo demás, detalladamente, GARCÍA-PABLOS, *Manual,* p. 76 y ss.

[26] Naturalmente, existen otras disciplinas que probablemente deben incluirse entre las ciencias penales, como la estadística criminal, la criminalística o la medicina forense, pero éstas no tienen incidencia directa en los aspectos que aquí se examinan. Una gran trascendencia le atribuye VON LISZT a la Criminalística (como formación técnico-práctica para la determinación del supuesto de hecho) en *Strafrechtliche Vorträge,* II, p. 286-287.

[27] Una buena descripción de las relaciones entre Dogmática y Política Criminal, así como entre Criminología y Política criminal, siempre desde la perspectiva de ésta última, se halla en ZIPF, *Introducción,* p. 4 y ss., 9 y ss., respectivamente. Sobre las repercusiones de las investigaciones criminológicas en la Política Criminal, VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge,* II, p. 294-295.

[28] Así, por ejemplo, ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Atienza/Espejo), Madrid 1989, p. 240.

particular, por dogmática jurídico-penal[29]. La dogmática jurídica es, en efecto, una disciplina pluridimensional[30], que además adopta diversos matices en las diferentes ramas del Derecho y en los distintos momentos históricos, por lo que no resulta de fácil caracterización. De todos modos, y pese a que, como se ha dicho, se da una pluralidad de elementos en su seno[31], parece posible sentar la afirmación de que en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema[32], orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo. En un sentido próximo a éste la define, por ejemplo, WELZEL al hablar de la «explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes»[33]. Ahora bien, prosigue WELZEL, tales principios jurídicos «descansan en últimos, originarios 'proyectos de sentido' para la conformación de la vida social de un pueblo en un momento determinado. La dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad. El método de la dogmática no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que sólo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico»[34]. Con ello podemos afirmar que disponemos de una caracterización de la dogmática que nos aproxima a su verdadera misión: añadir a los enunciados de la ley otros enunciados, que se emplean en la fundamentación de las decisiones junto a la ley misma. En otras palabras, suministrar al juez criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos, y para la adopción del tratamiento

[29] Así, por ejemplo, MAIWALD, en Behrends/Henckel (Hrsg.), *Gestetzgebung und Dogmatik*, p. 120.

[30] La expresión es de ALEXY, *Teoría*, p. 241.

[31] Las tres dimensiones que ALEXY, *Teoría*, p. 241, distingue en el seno de la dogmática (entendida en sentido amplio) son: la de descripción empírica, la de análisis lógico y la de índole normativo-práctica.

[32] MAIWALD en Behrends/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, p. 120.

[33] WELZEL, *Introducción a la filosofía del Derecho (Derecho natural y justicia material)*, (trad. de la 4.ª ed. alemana por González Vicén), 2.ª ed. 3.ª reimpr., Madrid 1979, p. 193. En un sentido similar, entre nosotros, RECASENS SICHES, [Notas a la Introducción, en DEL VECCHIO *Filosofía del Derecho*, Barcelona 1929, p. 29, citado por CALSAMIGLIA, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona 1986, p. 75-76] señala que «la ciencia jurídica trabaja con normas, es decir, con proposiciones de deber ser, y su papel con respecto a las mismas es construir un sistema unitario y coherente, encajándolas en el andamiaje de la serie de conceptos puros y a priori que condicionan necesariamente todo derecho y toda reflexión sobre el mismo». En la misma línea se manifiesta VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 286: analizar las proposiciones jurídicas según un método lógico-jurídico y conformar un sistema cerrado de conceptos fundamentales; VON LISZT afirma estar de acuerdo en este punto con los postulados de su rival, BINDING, y de la «escuela clásica».

[34] WELZEL, Ibídem.

adecuado para cada uno de ellos[35]. Todo lo cual se realiza en aras del principio de igualdad de trato[36].

> Estimo preferible una caracterización así a la que efectúan autores no penalistas, como por ejemplo AARNIO[37]. Este entiende que la dogmática consta básicamente de dos tipos de actividades: interpretación de textos legales y sistematización de normas legales, lo que, a mi juicio, se ciñe en exceso a la autocomprensión (no, ciertamente, a la realidad) de la dogmática que pretende ser más férreamente positivista.

2. Las primeras manifestaciones de la dogmática nos la muestran como heredera de una corriente de pensamiento jurídico previa incluso a la codificación o, mejor dicho, como el producto o síntesis del enfrentamiento de las concepciones racionalistas del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII con el propio movimiento codificador[38]. En efecto, como se sabe, es característica del racionalismo la aspiración de construir sistemas jurídicos ideales, universalmente aplicables y deducidos de unos pocos axiomas autoevidentes. La dogmática naciente en el momento de la codificación, cuya manifestación por excelencia aparece constituida por el formalismo de la «jurisprudencia de conceptos», es, pues, expresión de la adaptación de los juristas racionalistas a la nueva situación propiciada por la aparición de los Códigos. Tal adaptación se manifiesta en la adopción, como premisa básica, de un compromiso entre presupuestos empiristas e idealistas. Según los términos del mismo, en el Derecho positivo, como objeto de conocimiento, se darían, junto a disposiciones contingentes y particulares del legislador, estructuras racionales, universales y permanentes. La labor del jurista «dogmático» consistiría, pues, originariamente, en el análisis, clasificación y combinación de estos conceptos jurídicos básicos hasta su integración en un sistema, excluyéndose toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica[39]. Sin embargo, pronto se advertiría la necesidad de recurrir a fines o valores o, en todo caso, a realidades exteriores respecto a las normas formalmente concebidas[40]. A continuación se refleja sumariamente esta evolución.

---

[35] Ello lleva a resaltar el conjunto de enunciados de carácter normativo-práctico: NEUMANN, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Auschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, ZStW 99 (1987), pp. 567-594, p. 567 nota 1.

[36] En este sentido, Eike VON SAVIGNY. *Methodologie und Dogmatik: Wissenschaftstheoretische Fragen*, en von Savigny y otros, Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, pp. 7-13, p. 8; también Eike VON SAVIGNY, *Die Rolle der Dogmatik —wissenschaftstheoretisch gesehen*, en Juristische Dogmatik, pp. 100-109, p. 103.

[37] AARNIO, *On rational acceptability. Some remarks on legal justification*, en Nerhot (ed.), Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, Dordrecht/Boston/London 1990, pp. 73-83, p. 73.

[38] En este sentido NINO, *Los límites*, p. 65.

[39] Cfr. NINO, *Los límites*, p. 70-71, citando a GONZÁLEZ VICÉN.

[40] Sobre los rasgos ideológicos y metodológicos de la evolución de la dogmática alemana en los primeros decenios de este siglo, cfr. BARATTA, *Ideologie und Methodologie bei der Entwicklung der Strafrechtswissenschaft in Deutschland (1972)*, en su Philosophie und Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, pp. 301-325, en especial p. 314 y ss.

B) El método del formalismo.

1. Representantes de la concepción dogmática del positivismo jurídico en el ámbito penal[41] son autores como, por ejemplo, ROCCO y, paradójicamente, tanto BINDING como VON LISZT, aunque con alguna significativa diferencia que veremos a continuación. Para todos ellos, el objeto del análisis y sistematización característicos de la dogmática no es otro que el Derecho positivo. La dogmática —lo dice ROCCO en el famoso discurso pronunciado el 15 de enero de 1910[43] en la Universidad de Sassari— consiste én la exégesis y sistematización del Derecho positivo[44]. Y, en lo relativo a BINDING, quizá nada mejor que el juicio que sobre él emite su contrincante científico VON LISZT: «...se cuenta entre aquellos escritores criminalistas que más enérgicamente han exigido la derivación de los conceptos jurídicos de las proposiciones del Derecho vigente (...) y que la han llevado a cabo de modo más resuelto y consecuente»[45]. Finalmente, también la obra dogmática de VON LISZT responde al esquema del positivismo jurídico, partiendo del Derecho vigente y procediendo al análisis y sistematización de las diferentes proposiciones y de los conceptos que las integran[46]. En efecto, él mismo, todavía en la última edición de su Tratado, sigue atribuyendo a la Ciencia del Derecho penal la tarea de «comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales»[47].

---

[41] Cfr. sobre ello MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 23-24, 142 y ss.

[42] Sobre la obra de VON LISZT, a caballo entre el positivismo naturalista (en la criminología o la penología) y el positivismo jurídico (en su método dogmático), cfr. la extensa exposición de MIR PUIG, *Introducción*, p. 216 y ss. y 224 y ss.

[43] La referencia a 1910 como año en que se pronunció este discurso es la generalizada en la doctrina española. Sin embargo, BETTIOL, *Diritto penale*, 12.ª ed. (a cargo de Pettoelo Mantovani), Padova 1986, p. 68, afirma: «E stato il Rocco nel 1908, con la sua prolusione sassarese sul metodo nello studio del diritto penale...».

[44] ROCCO, *Il problema e il metodo della Scienza del Diritto penale*, en Opere Giuridiche, vol. I, Scritti giuridici varii, Roma 1933, pp. 263-323, p. 275, donde propone el abandono por el jurista de la especulación filosófica y del estudio naturalista del delito, inaugurando la llamada «dirección técnico-jurídica». La ciencia jurídica del Derecho penal comprende (p. 297) la «*ricerca esegetica*», «*ricerca dogmatica e sistematica*» y la «*ricerca critica*»; sin embargo, (p. 309 y ss), en la crítica se trata de valoraciones y, a su juicio, ya no puede hablarse aquí de un conocimiento científico del Derecho. En todo caso, creo que tiene razón MIR PUIG, *Introducción*, p. 195 nota 59, al decir que la introducción por Rocco de la «ricerca critica» entre las funciones de la ciencia jurídica implica una cierta moderación en el positivismo.

[45] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 219. Por lo demás, sobre el normativismo de Binding vid. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, tomo I (nueva edición revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz), Madrid 1955, p. 53; también, especialmente, MIR PUIG, *Introducción*, p. 209 y ss.

[46] Sobre el método dogmático de VON LISZT son muy interesantes las consideraciones efectuadas por BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid 1983, p. 20 y ss.

[47] VON LISZT, *Lehrbuch*, 21-22.ª ed, 1919, p. 1-2 [citado por ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE, Barcelona 1972, p. 17].

La ubicación de autores como BINDING y VON LISZT en el ámbito del positivismo jurídico no debe llevar a ignorar las diferencias existentes entre ambos. Así, por ejemplo, el positivismo jurídico de BINDING se caracteriza por tomar como referencia el «Derecho positivo», no la «ley» positiva (obsérvese que el centro de su construcción dogmática son las «normas» que pueden ser no escritas, y no las leyes penales)[48]. Ello determina que BINDING no sostenga una vinculación estricta del dogmático a la ley, sino que admite la construcción analógica[49] y llega a practicar, por tanto, de algún modo, una «política criminal encubierta»[50] en sus construcciones dogmáticas. Esta integración de consideraciones político-criminales en la construcción dogmática permite hablar de la adopción por BINDING de un método dogmático «teleológico». Sin embargo, aun esto no impide calificar al autor alemán de formalista, puesto que la referencia teleológica de su sistema es, en sí, formalista: el fin que debe conseguirse, el bien jurídico que debe protegerse, se define de modo formal (condiciones de vida sana en una comunidad jurídica)[51].

A diferencia de BINDING, VON LISZT entiende el sistema dogmático como un sistema lógico (no teleológico), en el que prima la vinculación a la «ley»[52]. La idea de fin, de bien jurídico material (que LISZT entiende como «interés que crea la vida») despliega sus efectos en la política criminal o en la sociología criminal, pero no en la dogmática[53]. En otras palabras, la cuestión del «Derecho correcto» es, en VON LISZT, una cuestión política y no jurídica, para cuya respuesta es competente el legislador o el político, no el juez o el dogmático[54]. Por tanto, lo que en BINDING es unión, en VON LISZT es separación: dogmática construida sobre bases lógicas, por un lado; política criminal asentada sobre una concepción material de la idea de fin, por el otro[55]. La «ciencia global del Derecho penal» (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) no lo es por una integración metodológica, sino por la usual coincidencia —también en su momento histórico— en una persona (el penalista) de las funciones de dogmático y político criminal.

---

[48] Lo pone de manifiesto FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechts-Diskussion*, Berlin 1987, p. 69 y ss., destacando cómo el positivismo de Binding subraya la independencia de la ciencia del Derecho (positivo) frente a la filosofía y las ciencias sociales, y —no en último término— frente a la legislación (p. 71, 74, 76, 114).

[49] FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 71 y 72, con las críticas de Merkel y Liszt a Binding en este punto.

[50] La expresión es de FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 76: «Verdeckte Kriminapolitik», subrayando cómo en Binding, a diferencia de VON LISZT, la idea de «fin» entra en la dogmática.

[51] FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 115 y ss., 117. La idea de que en Binding el «Zweck des Rechtssatzes» (fin de la proposición jurídica) muestra una supremacía por encima de la letra de la ley ya la había destacado SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn 1930, p. 52.

[52] FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 69, 77-78, 114.

[53] FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 119 y ss., 121-122, 133-134, indicando que esta separación no es seguida ya por los discípulos de VON LISZT.

[54] FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 185.

[55] Un ejemplo obvio de la desconexión existente entre la dogmática y la política criminal de VON LISZT es que no extrajera consecuencias sistemáticas de una idea central de su concepción político-criminal, como es la «*peligrosidad* individual». Ello abonaría, ciertamente, una equiparación de la tentativa y la consumación y, más aún, la conformación de un sistema dogmático de «autor» (*Täterstrafrecht*) en lugar del Derecho penal del hecho (*Täterstrafrecht*), lo que realmente no tuvo lugar. Sobre esto, BARATTA, *Die Zweckтheorie im Strafrecht* (1963), en su Philosophie und Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, pp. 251-265, p. 256; también FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 133-134.

Con todo, pese a lo acabado de señalar, estimo simplificador ubicar a VON LISZT en el formalismo, como hace WELZEL en su ensayo «*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*»[56]. En efecto, el formalismo es algo que, por un lado, critica explícitamente VON LISZT, como método de elaboración de conceptos jurídico-penales, al ocuparse de la teoría de las normas de BINDING y de su definición de delito[57]; y, por otro lado, difícilmente puede calificarse de formalista a quien, no obstante adoptar el método —antes referido— del positivismo jurídico, parte, en la elaboración conceptual, de una ontología no precisamente idealista, sino naturalista, dominada por un causalismo mecanicista. Una definición de delito como la de VON LISZT, en la que es esencial la producción de un resultado que constituya una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos (*ein sinnfälliges Ereignis der Außenwelt, ein Geschehen an Menschen und Dingen, eine Veränderung nach den die Natur beherrschenden Kausalgesetzen*[58]) no es evidentemente producto de una metodología puramente formalista[59]. Para comprender la posición de VON LISZT hay que partir de que este autor asigna a la ciencia jurídica dogmática una doble vertiente: la de ciencia sistemática, en la que opera de modo perfectamente asimilable al de BINDING (análisis, síntesis de las proposiciones jurídicas, construcción del sistema); y la de ciencia práctica[60]. Esto último resulta importante aquí, pues de tal consideración desprende VON LISZT que las proposiciones jurídicas y los conceptos más generales obtenidos de ellas son el producto de una abstracción a partir de fenómenos reales de la vida jurídica y a éstos han de referirse[61]. Sentado esto, y que la realidad corresponde, según VON LISZT, al modelo causalista del positivismo cientificista, es lógico que el delito y sus elementos, como máximo nivel de abstracción conceptual, estén presididos por la causalidad[62].

2. En cuanto al método, se trata de deducir de la ley la solución aplicable al caso mediante la «construcción jurídica», esto es, a través de la abstracción progresiva de los conceptos más específicos a los más generales. En palabras de VIVES ANTÓN, «el modelo teórico del positivismo jurídico tradicional estriba en la determinación inductiva de los principios informadores de cada legislación

---

[56] WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (1935)*, en Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin 1975, pp. 29-119, p. 66: «aquí, en la dogmática, concuerda en lo esencial con la escuela clásica».

[57] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 222.

[58] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 222.

[59] Lo formalista sería tomar como punto de partida la norma y definir el delito exclusivamente desde esta perspectiva como «infracción» (*Normübertretung*), como es el proceder de BINDING.

[60] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 217.

[61] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 218.

[62] En sentido similar, BARATTA, en su *Philosophie und Strafrecht*, p. 261-262; señala el autor italiano (p. 262) que «un estudio de las diversas ediciones del Tratado nos proporcionaría un instructivo ejemplo del antiformalismo de VON LISZT», aludiendo a la construcción de la antijuridicidad material, el concepto de bien jurídico y la propia teoría de la acción (p. 263). Sobre el paso de VON LISZT del concepto de antijuridicidad formal al de antijuridicidad material, FROMMEL, *Präventionsmodelle*, p. 120, aunque sosteniendo que, en el sistema dogmático, el concepto de bien jurídico del que se sirve VON LISZT (aun para el concepto de antijuridicidad material) es similar al de Binding y sólo en la política criminal se acoge la idea del interés que crea la vida (p. 121-122). Cfr. también MIR PUIG, *Introducción*, p. 226-227.

concreta, de modo que el sistema venga elaborado por medio de un proceso de abstracción. Si ese modelo fuera viable la totalidad de la jurisprudencia podría elaborarse sin más presupuestos que los contenidos de los textos legales: los principios obtenidos inductivamente servirían tanto para *establecer el sentido del ordenamiento jurídico como un todo,* cuanto para *solventar las dudas y colmar las lagunas*»[63].

3. Sin embargo, el transcurso del tiempo y la sucesión de corrientes doctrinales han permitido ver abandonadas a las dos premisas básicas del positivismo jurídico[64]: a saber, la de entender que el objeto de la ciencia jurídica está constituido tan sólo por el Derecho positivo, y la de estimar que a tal ciencia le corresponde únicamente su análisis y sistematización por la vía del método (inductivo) de construcción jurídica

> Cómo señala VIVES ANTÓN, «las reglas positivas remiten fuera de sí mismas, y la 'teoría' del derecho no puede elaborarse sin presupuestos 'metateoréticos'. Y, en consecuencia, no cabe efectuar una separación tajante entre el derecho positivo y el derecho ideal al que éste remite como fundamento legitimador»[65].

En la actualidad, pues, puede concluirse que en el ámbito jurídico-penal se han roto definitivamente los términos de la ecuación *dogmática=ciencia del Derecho positivo.* Ello no significa, naturalmente, que se prescinda del Derecho positivo por completo en la elaboración dogmática. Este sigue constituyendo inevitablemente el marco —más o menos abierto y flexible— que establece los límites de las construcciones dogmáticas en tanto que éstas pretendan conformar teorías acerca de la «lege lata» y no de ofrecer meras propuestas «de lege ferenda». Lo que, en cambio, sí implica directamente la ruptura de la mencionada ecuación es el abandono del método de derivación de los conceptos y del sistema por vía inductiva a partir de la ley positiva[66]. A ello han contribuido, si bien en diferente medida y con una sustancial diversidad de enfoques, tanto el neokantismo como el finalismo.

---

[63] VIVES ANTÓN, *Dos problemas del positivismo jurídico,* en AA. VV. Escritos penales, Valencia 1979, pp. 341-368, p. 349.

[64] El positivismo jurídico ya había sido criticado por «acientífico» en la obra de Julius VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848). En efecto, «...el Derecho positivo es 'mera arbitrariedad' del legislador. Por ello, no puede haber una ciencia de él: 'En tanto que la ciencia del Derecho hace de lo casual su objeto, ella misma se convierte en algo casual; tres palabras correctoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado' «[citado por WELZEL, *Introducción,* p. 193 nota 12].

[65] VIVES ANTÓN, en *Escritos penales,* p. 352.

[66] Cfr., por ejemplo, HRUSCHKA, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?,* JZ 1985, pp. 1-10, p. 8-9.

C) El método del neokantismo.

1. El neokantismo sustituye el *método* puramente jurídico-formal del positivismo introduciendo consideraciones axiológicas y materiales. En cambio, es lo más común estimar que no trajo consigo un cambio en lo relativo al *objeto* de la ciencia dogmática del Derecho penal. Según este punto de vista, el neokantismo jurídico tomó como objeto el mismo concepto positivista de Derecho de la fase anterior, convirtiéndose, en palabras de WELZEL, en una «teoría complementaria del positivismo jurídico»[67]. Más aún, se ha puesto de manifiesto que no es sólo que conservara como objeto el Derecho positivo, sino que no consiguió desprenderlo de su integración con la perspectiva naturalista que estima consustancial a la realidad la idea de causalidad; así, ésta siguió ocupando un lugar central en el sistema de la dogmática jurídico-penal (cabría decir que ello incluso hasta nuestros días). Con todo, la cuestión es si puede estimarse decisivo, a los efectos de la elaboración dogmática, ese mantenimiento del objeto una vez producida tan esencial mutación en el método de su aprehensión y sistematización.

2. En efecto, dicho método ya no es puramente formalista, sino que, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu[68], tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal. Para ello es preciso tomar en cuenta la dimensión valorativa de lo jurídico[69]. Sin embargo, el neokantismo no hace de esa dimensión valorativa un «objeto» de estudio por sí mismo[70]. Los valores son objeto de reflexión en la medida en que constituyen la «lente de pensar» a través de la que el sujeto contempla una realidad en sí caótica, sin sentido.

> Cómo señala GONZÁLEZ VICÉN, «es la referencia a un valor lo que presta a una cosa o a una acción 'significación' o 'sentido', y este mundo, por así decirlo, inconsutil forma parte como los objetos corporales de ese universo al que está dirigida la reflexión filosófica»[71].

---

[67] WELZEL, *Introducción*, p. 198-199. La expresión se la había aplicado a la filosofía neokantiana en general Erich JAENSEN, quien, a juicio de WELZEL, podía haber apelado al propio RICKERT, dado que éste había afirmado que se mantenía fiel al concepto positivista de realidad. Cfr. sobre el tema también MIR PUIG, *Introducción*, p. 240-241.

[68] Cfr. al respecto MIR PUIG, *Introducción*, p. 232 y ss.

[69] Sobre las bases filosóficas del neokantismo jurídico-penal, que se hallan en las tesis de la «Escuela sudoccidental alemana» o «de Baden» cfr. GONZÁLEZ VICÉN, *El neokantismo jurídico axiológico*, AFD nueva época, 111, 1986, pp. 249-280.

[70] Cfr. sobre este extremo WELZEL, *Introducción*, p. 196. Como señala WELZEL, ibídem, en realidad, sí se elabora una tópica de las posibles concepciones jurídicas. Así, Radbruch distingue la concepción individualista, supraindividualista y transpersonal, según que se tenga como valor supremo al individuo, a personalidades colectivas, como el Estado, o a la cultura. Con todo, se rechaza la posibilidad de un juicio científico acerca de la justeza objetiva de unas y otras. La opción por una de ellas se deja en manos de la voluntad, del poder o, como en el caso de M.E. Mayer, en manos de los diversos estadios culturales.

[71] GONZÁLEZ VICÉN, AFD nueva época, 111, 1986, p. 254.

El objeto de la filosofía se halla, pues, en tres planos diferentes: el de la realidad sensible, el de los valores y el de las significaciones o los sentidos[72]. A este último plano pertenecen los «bienes», u objetos en que se plasman los valores, y, más en general, la «cultura» como sentido (valor) de una realidad, realidad hecha valiosa[73]. Ahora bien, por un lado, la dimensión de valor de unarealidad, lo cultural, lo que le atribuye un sentido, surge en el seno del propio proceso de conocimiento; no está presente en aquella realidad de modo previo. Por otro lado, los procesos de conocimiento se muestran directamente condicionados por circunstancias históricas y particulares de cada sociedad, no pudiendo acogerse la idea kantiana de una «conciencia en general»[74]. Al producirse la atribución de sentido desde valores establecidos subjetivamente, la cuestión de cuál haya de ser la dimensión valorativa de los fenómenos se convierte en una cuestión absolutamente subjetiva, sobre la que cabe un control del método empleado pero no del producto del proceso del conocimiento[75]. Todo ello es manifestación de los conocidos —y tan ardorosamente defendidos en su momento como combatidos después— *subjetivismo epistemológico* y *relativismo axiológico* del neokantismo. En efecto, mediante la referencia axiológica es el sujeto quien aporta a la realidad del Derecho positivo una concreta dimensión de sentido[76]. Tal dimensión de sentido no constituye un «a priori» respecto al proceso de conocimiento, sino que más bien es un producto del mismo y no puede concebirse separada de él.

3. Sentado todo lo anterior, no puede sino concluirse que, pese a ese supuesto mantenimiento del objeto de la dogmática en los mismos términos del positivismo, el neokantismo implica una modificación esencial de los términos del sistema del Derecho penal. Al convertirse el valor en rector del contenido de las categorías sistemáticas, la elaboración conceptual se distancia hasta tal punto del «positum», de la concepción de la ley como dogma[77], que probablemente habría que matizar algo más las expresiones welzelianas sobre la concepción neokantiana y su método en Derecho penal. Es tal método el que explica, por ejemplo, la consideración

---

[72] Así, en el ámbito penal, MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-München 1950, p. 8; también, en términos filosófico-jurídicos generales, GONZÁLEZ VICÉN, AFD nueva época, III, 1986, p. 254.

[73] Es el plano de los *conceptos normativos*, en el que, desde la perspectiva *esencial* de los valores, pueden cohonestarse realidades *existenciales* diversas.

[74] Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, AFD nueva época, 111,1986, p. 256: se rechaza, en efecto, la idea de una «subjetividad trascendental absoluta» puesto que el hombre abstracto no existe, sino sólo el hombre histórico. La cultura es sustancialmente histórica (p. 255) y variable según las sociedades (p. 273).

[75] Lo describe de modo excelente, desde perspectivas críticas, KÜPPER, G., *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín 1990, p. 13 y ss., 17. A su juicio, esto supone olvidar la «estructura inmanente» de la materia y los límites que la misma impone a la construcción conceptual en las ciencias de cultura.

[76] Cfr. sobre todo esto también MIR PUIG, *Introducción*, p. 243 y ss, 247.

[77] Cfr. en esta línea, a propósito de las bases metodológicas de la formación conceptual jurídicopenal en autores como Hegler, Grünhut y Wolf, MEZGER, *Tratado*, I, p. 64.

del bien jurídico, en tanto que realización del valor, y de su lesión como criterios decisivos de la interpretación de los tipos[78]. Además, —ya en el marco estricto de la teoría del delito— permite fundamentar la introducción de elementos valorativos en la causalidad (antes física), de elementos subjetivos en el tipo (antes objetivo), de consideraciones materiales en la antijuricidad (antes básicamente formal) y normativas en la culpabilidad (antes entendida como relación de causalidad psicológica). Una teoría dogmática que consiguió elaborar los principios materiales regulativos de la antijuricidad en Derecho penal y extraer de ellos la fundamentación de la posible existencia de causas de justificación supralegales, una teoría que construyó el principio de inexigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, constituye probablemente algo más que un mero complemento del positivismo. Cierto que se trata de fórmulas regulativas, esto es, que no imponen un contenido normativo preciso; ello es, evidentemente, consecuencia del relativismo axiológico a que se ha hecho referencia. Sin embargo, con estas y otras consideraciones, el neokantismo marcó la pauta que, de nuevo hoy, tras el paréntesis metodológico del finalismo, sigue la dogmática jurídico-penal. Su mérito: mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente[79]. El descubrimiento del Derecho penal como realidad condicionada por los valores dominantes en una cultura concreta ha de ser, según veremos, uno de los pilares fundamentales de toda consideración dogmática en nuestra materia[80].

D) El método del finalismo.

1. La dogmática finalista implica un cambio decisivo respecto a la del positivismo formalista y a la del relativismo axiológico neokantiano. En efecto,

---

[78] Es significativo al respecto el libro, ya citado, de SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, publicado en 1930.

[79] Una valoración opuesta a la contenida en el texto sobre las aportaciones del neokantismo se contiene en BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, p. 317-318, quien, desde una perspectiva de análisis ideológico, entiende que con todo ello se van sentando las bases del delito como infracción de un deber y de la conformación de un Derecho penal de autor, de la actitud interna, con lo que se abandonarían las conquistas del Derecho penal liberal y se prepararía el advenimiento del nacionalsocialismo. Por mi parte, estimo que el poner de manifiesto las referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal en sí es una aportación esencial al descubrimiento de la real naturaleza de las elaboraciones dogmáticas. En cuanto a la perspectiva político-criminal, obviamente el resultado dependerá del valor o valores que se tomen como punto de partida de la construcción jurídico-dogmática. En los años veinte y treinta se tomaron en buena medida valores antiliberales como referencia. Pero al respecto precisamente no se pronunció el neokantismo: y es obvio que una construcción valorativa puede estar perfectamente presidida por valores de signo liberal, como entendemos en nuestros días.

[80] En lo relativo a otros aspectos del método del neokantismo, me remito a la amplia exposición de MIR PUIG, *Introducción*, pp. 227-245; también MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 158 y ss.

es convicción del finalismo que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo, y, por tanto, no ha de tener por objeto esencial el Derecho positivo[81]. Pero tampoco debe atender a valoraciones de contenido variable en función de la diversidad de sujeto o de las condiciones culturales. La dogmática, por contra, ha de ser, ciertamente, sistemática, pero además debe tener como objeto básico lo permanente, lo supranacional, lo suprapositivo de la materia jurídica[82]. Ello se pone de relieve de modo inequívoco ya en los títulos de algunos de los trabajos que los autores de esta corriente dedican al problema metodológico. Así, por ejemplo, la obra de WELZEL «Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft»[83] (*Sobre lo permanente y lo transitorio en la ciencia del Derecho penal*), o el artículo póstumo de Armin KAUFMANN «Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft»[84] (*Lo supranacional y suprapositivo en la ciencia del Derecho penal*). Pues bien, lo permanente de la materia jurídico-penal, aquello que debe constituir el objeto fundamental de estudio por parte de su dogmática, son las «*sachlogische Zusammenhänge* o *Strukturen*» (estructuras lógico-objetivas, óntico-lógicas, lógico-materiales, lógico-reales, son cuatro de las posibles traducciones españolas de la expresión alemana)[85]. Son éstas estructuras o relaciones pertenecientes al mundo de lo real, del ser (de lo ontológico), pero que ya contienen incorporada la dimensión de sentido[86], con lo cual condicionan toda valoración que sobre las mismas pueda producirse luego, incluida la regulación de esas materias por el legislador. Las estructuras lógico-objetivas, pues, integran la naturaleza permanente de las cosas que vincula al legislador y a la ciencia del Derecho[87].

2. La configuración de las estructuras lógico-objetivas como punto de partida de la dogmática, presupone, en la base filosófica general, la adopción por el finalismo de una actitud epistemológica radicalmente distinta a la que había

---

[81] Así Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, p. IX: «Formular dogmas que no lleven en sí la vocación de la atemporalidad y sólo pretendan interpretar —además, sin autenticidad— las manifestaciones de un legislador, no puede ser misión de la ciencia del Derecho sino sólo la propia de un culto a las leyes versado filológicamente».

[82] Armin KAUFMANN, *Lebendiges*, p. IX: «presupuestos esenciales del Derecho» «un sistema de conceptos puros supratemporales».

[83] WELZEL, *Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg 1964.

[84] KAUFMANN, Armin, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, Tokio 1985, pp. 100-111.

[85] Sobre éstas, CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en sus Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982, pp. 39-59, p. 49 y ss; desde una perspectiva metodológica general, cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid 1987, p. 85 y ss (Las estructuras lógico-ónticas y la realidad en general como elementos de integración de la ley).

[86] KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, p. 17: «La lógica material no es idéntica a la estructura del ser; tampoco, emanación de la valoración en cuanto tal. La lógica material radica, más bien, en la necesidad de una relación entre la estructura del ser y la valoración». «Así pues, una estructura del ser es 'lógico-objetiva', en la medida en que entre ella y el plano valorativo existe una necesaria coordinación». En concreto respecto a la estructura lógico-objetiva del concepto de acción, WELZEL, *Vom Bleibenden und Vergänglichen*, p. 6 y 7.

[87] WELZEL, *Vom Bleibenden und Vergänglichen*, p. 6, 8-9, 21.

sido característica del neokantismo[88]. Este, en efecto, partía de la imposibilidad de separación de objeto y sujeto del conocimiento. La realidad —desde tal perspectiva— sólo aparece racionalmente ordenada en el marco del propio proceso de conocimiento y una vez sometida a las categorías de la razón (que para el neokantismo son subjetivas, individuales). En otras palabras, en el neokantismo el método determina la configuración del objeto[89]. Para el finalismo, en cambio, todo esto no es más que una interpretación errónea del discurso kantiano acerca de las categorías de la razón. En efecto, cuando éste se refiere a la *razón* como lo que prescribe las leyes a las cosas, no alude a la razón humana individual, sino a la razón pura (*reiner Verstand*) como unidad sintética de categorías, condiciones apriorísticas, lógicas, de la posibilidad del objeto de la experiencia, y, por ello, universales[90]. Consiguientemente, tales categorías que ordenan la materia que se conoce, no las «aporta» el sujeto en el proceso del conocimiento, no son formas de su conocimiento (*Denkbrillen*), sino que de lo que se trata es de que él mismo las descubra en la realidad[91]. La realidad, por tanto, ya tiene incorporada la dimensión de sentido: ésta es una dimensión ontológica, no epistemológica, del ser y no de su conocimiento. Por todo ello no sólo es posible, sino imprescindible, la separación entre el objeto y el sujeto que conoce. Este habrá de descubrir las estructuras permanentes del ser a través del *método fenomenológico*[92].

> Si el objeto no es amorfo, sino que ya está formado de antemano, está claro que el conocimiento no puede consistir en conformar a dicho objeto desde una determinada perspectiva, sino en aprehenderlo tal como es. Ello, aunque, de las múltiples propiedades que puede comprender un determinado objeto, las diversas ciencias se concentren en algunas de ellas, no coincidiendo las que merecen la atención de unas y otras[93]. Sin embargo, lo anterior tiene dos consecuencias significativas: En primer lugar, que el método no tiene una función configuradora de la materia (*stoffgestaltende Funktion der Methode*), de manera que no se trata de determinar al objeto en función del método, sino, a la inversa, de determinar al método en función del objeto[94]; y, en segundo lugar, que, dada la preconstitución del objeto, las diferentes ciencias que se

[88] Como pone de relieve CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista.* Barcelona 1963, p. 10, las repercusiones dogmáticas del finalismo sólo se entienden en toda su dimensión si se parte de la nueva concepción filosófica en que se sustentan. De lo contrario, podrían verse como meras manifestaciones de una formalista jurisprudencia de conceptos.

[89] Críticamente, WELZEL, *Strafrecht und Philosophie* (publicado como Anexo a «Vom Bleibenden und Vergänglichen...»), Marburg 1964, pp. 27-31), p. 28.

[90] Cfr. sobre esto MIR PUIG, *Introducción*, p. 250.

[91] WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 28. Sobre todo ello, y las bases filosóficas de la doctrina de WELZEL, CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción*, p. 39; KÜPPER, G., *Grenzen*, p. 19 y ss.

[92] KÜPPER, G., *Grenzen*, p. 25 y ss.

[93] WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 28.

[94] WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 29: «Nicht hat sich der Gegenstand nach der Methode, sondern die Methode nach der Gegenstand zu bestimmen».

proyectan sobre él no pueden llegar a conclusiones contrapuestas, de modo que lo que resulte cierto para una sea falso para la otra[95].

3. En el concreto ámbito jurídico-penal, todo lo anterior significa que no se trata de incorporar la valoración en el proceso de construcción categorial, y menos por cada sujeto en particular, lo que conduciría a un rechazable relativismo y subjetivismo. Más bien se trata de advertir la dimensión de sentido inherente a la realidad, sus estructuras lógico-objetivas[96] y, a partir de ahí, concluir cuál es la regulación jurídica que debe darse a los diferentes problemas penales. El método seguido —una vez sentadas las premisas ontológicas— será de naturaleza preferentemente deductivo-abstracta. En lo que se refiere a las estructuras lógico-objetivas fundamentales para el Derecho penal, y dado que el mismo tiene por objeto el obrar humano, aquéllas son, básicamente, la *estructura final de la acción*[97] y la *estructura de la culpabilidad como «poder actuar de otro modo»*[98].

También, la estructura lógico-objetiva de la relación entre autoría y participación, que contendría la necesidad de referir inducción y complicidad a un hecho principal doloso[99], así como el principio de accesoriedad limitada.

El finalismo, en definitiva, estima posible deducir de estos y otros pocos axiomas, mediante sucesivas operaciones de concreción, hasta los más pequeños detalles de una regulación jurídica[100]. Ello, rechazando que la consideración puramente normativa haya de representar aquí el papel decisivo[101].

4. De todos modos, y pese a las afirmaciones categóricas que los autores finalistas realizan en torno a la naturaleza de su método, lo cierto es que subsisten algunas discusiones sobre aspectos centrales del mismo. Así, en primer lugar, es susceptible de debate si la vinculación que las estructuras lógico-

[95] WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 29: «Es gibt nur eine Wahrheit und das, was in der einen Wissenschaft wahr ist, muß auch in der anderen seine Stelle finden können».

[96] Sobre las bases filosóficas de esta doctrina es instructivo ZONG UK TJONG, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den «sachlogischen Strukturen» im Strafrecht*, ARSP 1968, pp. 411-427.

[97] De la que se deriva el concepto final de autor, asentado sobre la noción —de base ontológica— del dominio final del hecho: cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin 1969, p. 100-101.

[98] Cfr. al respecto, RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Métodos*, p. 88-89.

[99] Cfr. WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª ed., p. 113-114. También Armin KAUFMANN, *Hans WELZEL zum Gedenken*, en Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge, Köln 1982, pp. 279-293, p. 286 nota 20.

[100] Sobre otros aspectos del método del finalismo, cfr. la detallada exposición de MIR PUIG, *Introducción*, pp. 245-256; también CUELLO CONTRERAS, *Sobre los orígenes y principios del método dogmático en la teoría del delito*, en Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, Köln 1989, pp. 113-129, p. 114, 118 y ss.

[101] Este extremo se muestra muy claramente en la consideración que hace Armin KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 16, a propósito de la materia de las omisiones: «La cuestión de qué puede ser objeto de un mandato, no es en absoluto de carácter puramente normativo. Desde luego, es éste un problema que se plantea respecto a la norma, pero la respuesta al mismo únicamente puede darse mediante un examen ontológico-antropológico acerca de la esencia del hombre y de su obrar en el medio que le rodea».

objetivas ejercen sobre la labor del legislador y de la ciencia es una vinculación absoluta, total, o deja ciertos márgenes de libertad (es sólo relativa). En segundo lugar, se discute la propia esencia de la estructura lógico-objetiva. Por último, cabe plantear si el método del finalismo es un método puramente ontológico o más bien responde a ciertas premisas previas de índole normativa. Respecto a lo primero, WELZEL parece acoger la tesis de una vinculación relativa, al menos en una primera fase, dado que existiría —en el legislador, por ejemplo— una libertad para elegir el punto de vista desde el cual contemplar tales estructuras y, en suma, seleccionar los aspectos de las mismas que se estiman relevantes para la correspondiente disciplina[102]. Sin embargo, una vez seleccionada la estructura lógico-objetiva, ésta vincularía de modo pleno y absoluto[103]. En cuanto a lo segundo, se ha detectado alguna discrepancia entre WELZEL y Armin KAUFMANN[104]. Así, mientras para WELZEL la esencia de la doctrina de las estructuras lógico-objetivas es aprehender la estructura de los objetos en sí mismos, Armin KAUFMANN ve su esencia en la relación necesaria entre una determinada estructura del ser de los objetos y la valoración[105]. En lo relativo a la tercera de las cuestiones arriba mencionadas, lo cierto es también que se ha debatido, aunque quizá no en la medida necesaria, acerca de si el método finalista es propiamente ontológico o se da en él un principio normativo o funcional que actúa a modo de rector de la elaboración conceptual. En cierto modo, fue el propio WELZEL quien abrió la puerta a la duda en este ámbito, al afirmar que la materia preexistente, con su dimensión de sentido incorporada, contiene muy diversas propiedades, de modo que el contemplarla desde una u otra perspectiva, resaltando una u otra propiedad, depende de la respectiva ciencia. Como señala MIR PUIG, la idea básica del finalismo a este respecto es la de que, por ejemplo, «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

[102]WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 29; también, WELZEL, Derecho natural y justicia material, Madrid 1957, p. 259 [citado por CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción*, p. 58 y nota 2]: El legislador se halla vinculado respecto a esas verdades eternas «una vez haya hecho suyo el principio respectivo. Estas verdades eternas de la esfera de la objetividad lógica vinculan al legislador, es cierto, sólo relativamente, siempre bajo la condición de cuál de ellas escoge como principio, pero una vez establecido éste, le vinculan tan estrictamente como toda otra necesidad lógico-objetiva»; asimismo KÜPPER, G. *Grenzen*, p. 30 y ss, 32. Destaca el aspecto inicial de selección del valor rector STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen 1957, p. 10 y 17-18; KÜPPER, G., *Grenzen*. En el mismo sentido se pronuncia en nuestro país CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción*, p. 59: «la sumisión de la ley a la acción, como esfera ontológica previa a la regulación legal, únicamente puede ser admitida en sentido relativo. El legislador, en efecto, es libre de elegir el presupuesto que le plazca, como punto de partida de la regulación legal. La ley penal española parte de la acción en la formulación de sus tipos, pero también hubiera podido hacerlo de la causación de resultados. El que así no lo haya hecho el legislador español, responde a una razón cultural, no de lógica material». Vid. también, MIR PUIG, *Introducción*, p. 255-256.

[103]Esta tesis, en cambio, ha sido criticada por otros defensores de la doctrina de la naturaleza de la cosa o de las estructuras lógico-objetivas, que entienden que éstas dejan un amplio margen de maniobra al legislador y al dogmático. Cfr., por ejemplo, ENGISCH, *Zur «Natur der Sache» im Strafrecht (1961)*, en Arthur KAUFMANN (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt 1965, pp. 203-243, por ejemplo, p. 210, 221, 235, 241-243.

[104]Sobre ello, ZOK UK TJONG, ARSP 1968, p. 426-427.

[105]Armin KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 17. Precisamente, la función de la dogmática es, para Armin KAUFMANN, el esclarecimiento de la relación entre la estructura del ser y el plano valorativo de las normas jurídico-penales.

jurídico-penal —como la psicología— en el segundo»[106]. Ello puede parecer claro; sin embargo, lo que ya no resulta tan convincente es la consiguiente tesis finalista de que «tal dualidad de conceptos no proviene de un distinto método de ambas ciencias, sino de aspectos diferentes ubicados en el ser de la acción»[107]. Lo cierto es que la elección del aspecto de la realidad que interesa examinar necesariamente ha de responder a la configuración del método de la correspondiente disciplina. A partir de ahí, se ha llegado a estimar que el punto de partida de la construcción finalista se halla, de hecho, en la concepción retributiva de la pena y del Derecho penal como mecanismo dirigido a la protección de los valores ético-sociales de la acción. Sin ir quizá tan lejos, sí puede afirmarse, en todo caso, que en la base de la argumentación welzeliana se halla la idea de que el Derecho no está constituido por meras normas de valoración, sino que tiene la misión de influir sobre el comportamiento humano (de constituir una fuerza configuradora de la vida social) y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y prohibiciones de conducta[108]; al ser la conducta humana el objeto de sus normas, el Derecho queda vinculado a las estructuras del ser de aquélla[109]. En esa medida es cierto que que en el origen de las cadenas argumentativas del finalismo se insertan consideraciones que no son de naturaleza exclusivamente ontológica[110]. Mas ello no puede conducir a negar que lo decisivo del finalismo es que, una vez determinadas del modo apuntado las estructuras lógico-objetivas, éstas —es decir, un criterio apriorístico y no teleológico— vinculan estrechamente a la construcción dogmática.

E) La dogmática en el postfinalismo.

1. Derecho positivo, esfera axiológica, esfera ontológica: éstos han sido, respectivamente y simplificando al máximo, los puntos de referencia de las tres fases de evolución de la dogmática que hemos reseñado. En la actualidad, sin embargo, y dejando aparte a los epígonos «puros» del finalismo, ninguno de ellos refleja el «*modus operandi*» dominante en la dogmática penal. Más bien,

---

[106] Cfr. sobre esto MIR PUIG, *Introducción*, p. 254.

[107] Cfr MIR PUIG, *Introducción*, p. 254.

[108] Cfr. sobre este extremo —piedra angular del razonamiento de WELZEL—, Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 287.

[109] El propio HIRSCH afirma que en la base de la concepción de WELZEL se halla una consideración propia de la teoría de las normas. En efecto, se iniciaría examinando la esencia del delito comisivo y advirtiendo en él la infracción de una prohibición; dado que las prohibiciones tienen por objeto acciones, se convierte en cuestión de importancia general para todas las acciones típicas, la de cómo se halla estructurada genéricamente la acción humana. Aquí ya empezaría el razonamiento deductivo a partir de la base ontológica: si la voluntad conductora del proceso causal pertenece a la acción, dicha voluntad habrá de ser considerada en el tipo de injusto. El punto inicial del discurso se halla en el análisis de la naturaleza abstracta de la norma prohibitiva (en la teoría de las normas, en definitiva). [Cfr. sobre todo esto HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-FS*, p. 415]; su desarrollo y su conformación definitiva, en cambio, no son normativos, sino ontológicos. Sobre los factores que permitirían hablar de la posible «normatividad» del concepto final de acción son interesantes las consideraciones de OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?*, Bonn 1973, p. 36 nota 64.

[110] Al respecto, GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (trad. CÓRDOBA RODA), Barcelona 1959, p. 15.

puede afirmarse que, desde los años sesenta, nos hallamos inmersos en una fase de transición en la dogmática jurídico-penal, caracterizada por el predominio de corrientes de signo ecléctico.

> Una manifestación de ello se encuentra en nuestro país, por ejemplo, en la propuesta metodológica que realizara RODRÍGUEZ MUÑOZ[111]. Para este autor, en efecto, la consecución de los objetivos de la ciencia del Derecho penal hace necesario el empleo de una pluralidad de métodos; así, por un lado, se trata de analizar, ante todo lógicamente, las normas legales del Derecho positivo[112]; por otro lado, es ineludible proceder a valorar, si bien, «dichas valoraciones comportan siempre un carácter relativo, esto es, condicionado local y temporalmente»[113]; finalmente, no cabe ignorar tampoco el aspecto ontológico[114]. La conclusión de RODRÍGUEZ MUÑOZ es que «la ciencia penal de hoy, en su trabajo en la 'lanzadera del tiempo', constituye, por tanto, una unidad inseparable de consideraciones y esfuerzos lógicos, axiológicos y ontológicos. La ciencia jurídico-penal participa con ello del carácter de eternidad propio de toda genuina ciencia, incluso allí donde su objeto está sometido a las mutaciones determinadas por el lugar y el tiempo»[115].

Tal eclecticismo produce sistemas que alcanzan diferentes grados de coherencia. Esta puede estar prácticamente ausente en algunos casos hasta el punto de que, si por dogmática se entiende la conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos, puede incluso llegar a ser dudoso que tales formas de operar sean «dogmáticas». En efecto, en algunos ejemplos de la «dogmática» dominante en la actualidad se suman sin demasiado orden consideraciones axiológicas —de indudable influencia neokantiana—, una pura tópica de soluciones *ad hoc*, cuyo origen cabe atribuir a la crítica contra la dogmática (en realidad, a la crítica contra la dogmática deductivo-abstracta) de los años sesenta, algunas referencias ontológicas y postulados de política criminal. En todo caso, si puede hablarse de una constante en medio de este sincretismo metodológico generalizado, ésta aparece constituida, sin duda,

---

[111] En *Nota al Tratado de Mezger*, I, p. 65 y ss.

[112] RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger*, I, p. 66 : «A veces se ha mirado de manera despectiva esta tarea metódica de la 'elaboración lógica de las normas vigentes'. Cierto que el trabajo del jurista no se agota en esta actividad, ni debe nunca agotarse en ella. Pero sería igualmente equivocado desconocer la alta importancia que reviste este trabajo lógico en el Derecho. Pues sólo por este camino llega el jurista a un dominio real y efectivo de su profesión y de la multitud de fenómenos que la vida le ofrece».

[113] RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger*, I, p. 66: «Por ello también, no son en sentido riguroso de índole «científica» cognitiva. Pero los valores apriorísticos mismos son accesibles a la consideración científica. Así también el conocimiento del valor que dirige todo trabajo en la esfera del Derecho y con ello del Derecho penal, de la justicia».

[114] Aunque esta expresión es tomada por RODRÍGUEZ MUÑOZ (*Nota al Tratado de Mezger*, I, p. 66-67) en su sentido gramatical, más que filosófico, con lo cual incluye fundamentalmente en su seno la investigación empírica del delito y la pena y, por tanto, a la disciplina de la Criminología.

[115] RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger*, I, p. 67.

por la referencia teleológica y la consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales[116].

> En efecto, y aunque el tema de las relaciones entre normativización de las categorías y orientación del sistema a las finalidades de política criminal es de gran complejidad, puede afirmarse que sólo la normativización de los conceptos constituye un vehículo adecuado para la orientación de los mismos a las finalidades de política criminal del sistema. Ciertamente, sólo la flexibilización de su contenido —que conlleva tal normativización o desligamiento mayor o menor de eventuales referencias a la esfera ontológica— permite orientarlos a los fines político-criminales de la intervención del Derecho penal. Pero a la inversa puede decirse, con NEUMANN, que una normativización de las categorías del sistema del Derecho penal que no pase por una atribución de contenido a las mismas a partir de una referencia teleológica, cae en una auténtica tautología[117].

2. Junto a estas corrientes que cabe estimar dominantes, las propuestas dogmáticas que reciben expresamente la denominación de funcionalistas o teleológicas —que, por lo demás, tampoco muestran una línea uniforme— no constituyen un «aliud» sino un «plus». Ello se advierte de modo claro en el hecho de que el propio ROXIN calificara su *modus operandi* de «método de síntesis»[118]. Sólo en algún caso radical, frente al que incluso otros autores pertenecientes a esta misma corriente se muestran más que reticentes, se produce una absolutización de los aspectos funcionalistas, prescindiéndose de otras consideraciones. Como característica bastante generalizada de las tesis teleológico-funcionalistas en la dogmática puede mencionarse el intento de construcción de un sistema abierto, apto para una permanente remodelación en función de las consecuencias político-criminales y de la evolución de los conocimientos. Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios. Aunque probablemente todavía nos hallamos muy lejos de ese modelo más realista y racional, será preciso en lo que sigue concretar los términos de tal propuesta. Antes, sin embargo, permítaseme una sucinta referencia a las manifestaciones fundamentales del eclecticismo en la dogmática actual.

3. Ya en 1955 señalaba GALLAS, en forma que, a la vista de lo sucedido después, cabe calificar de clarividente, que «...en contra de ciertas tendencias de la teoría final de la acción en su versión más reciente, (...) la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una *síntesis* entre

---

[116] El finalista HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-FS*, p. 403, reconoce que, en el ámbito metodológico, domina, incluso de modo intensificado, un *principio normativista*.

[117] Cfr. NEUMANN, ZStW 99 (1987), p. 568, 570 y 572-573.

[118] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.ª ed., Berlin 1984, p. 20.

los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico»[119]. Tal metodología sintética adopta en cada autor una configuración en parte diferente. Así, en unos casos se pone de manifiesto, en efecto, la confluencia de las consideraciones ontológicas y normativas; pero en otros la «síntesis» integra elementos sistemáticos y elementos tópicos; en otros, referencias a una estrecha vinculación ejercida por el Derecho positivo y alusiones al ámbito teleológico[120]; finalmente, en no pocos casos se mezclan todas estas perspectivas, si bien haciendo inflexión en aspectos diferentes, según los diversos autores. Así, la trascendencia del Derecho positivo es realzada por algunos autores, que le atribuyen una significación mayor que la de expresar el marco —obligado por razón del principio de legalidad— que limita toda construcción dogmática.

> Por ejemplo, JESCHECK, cuya evolución a este respecto es significativa[121], afirma que «la teoría general del delito debe derivarse de la ley o, en todo caso, ser compatible con ella»[122]; y, todavía más claro, LACKNER señala que el Derecho positivo «no se limita a establecer un marco sólido a la doctrina de la esencia del delito, sino que contribuye de modo inmediato a fijar su contenido» añadiendo que «el delito, en lo relativo a su contenido y límites, no se debe derivar —o en todo caso, no de modo inmediato— de criterios prejurídicos u otros criterios no escritos, sino que es un producto de la fijación positiva del Derecho»[123].

4. Una de las corrientes más significativas es la que subraya el papel que todavía les corresponde a las referencias ontológicas en el marco de una metodología sintética, pero tendencialmente normativa[124]. Concretamente, se señala la necesidad de atender a la materia de regulación jurídica, que no recibe su contenido de sentido únicamente por la intervención del legislador, el juez o el jurista teórico, sino que más bien lo posee ya, en alguna medida, atribuido por

---

[119] GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955), p. 1 y ss., citado aquí por la versión española: GALLAS, *La teoría del delito*, p. 64 (el subrayado es mío).

[120] Muy claro, en LANCKNER, *StGB mit Erläuterungen*, 17.ª ed., München 1987, Previos al § 13, Notas I y II.

[121] Examina este punto TORÍO LÓPEZ, *Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito*, en Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, tomo I, Madrid 1989, pp. 387-425, p. 389-390.

[122] JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 176.

[123] LACKNER, StGB, 17.ª ed., Notas I y II previas al § 13.

[124] Cfr. sobre esto ya ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Göttingen 1968, pp. 260-267, partiendo de la incidencia en Radbruch de las nociones contrapuestas de la «*stoffgestaltende Macht der Idee*» (fuerza configuradora de la idea sobre la materia), de base neokantiana, y la «*Stoffbestimmtheit der Idee*» (determinación de la idea por la materia), propia de la doctrina de la naturaleza de las cosas, y abonando una interacción.

estructuras ontológicas, éticas o sociales en el más amplio sentido[125]. Lo que ocurre es que el legislador no aparece vinculado de modo determinante por una concreta configuración de la materia previa a su intervención; por ello, se rechaza la metodología finalista, en la medida en que ésta pueda partir de una vinculación absoluta del legislador a las estructuras previas, incurriendo en la falacia naturalista consistente en derivar del *ser* el *deber-ser*. Tal vinculación, por contra, se estima, en primer lugar, únicamente relativa, puesto que el legislador es libre de tomar como base uno u otro aspecto de la materia ya «prefigurada». Y, además, en segundo lugar, no «positiva» sino «negativa»; en efecto, la «naturaleza de las cosas» no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan sólo se imita a fijar un marco (el proporcionado básicamente por el núcleo de los conceptos ya previamente conformados) que limita los términos de la creación de los conceptos jurídicos. En última instancia, por tanto, es el legislador, guiado por sus representaciones valorativas, quien determina cuál de los aspectos de la realidad prejurídica desea tomar como fundamento de su regulación. Además, las estructuras previas ni son lo suficientemente claras, ni están, a su vez, libres de influencias jurídicas, ni pueden imponer una concreta regulación, con lo que en las zonas límite de los conceptos existe un campo abierto a la intervención creadora presidida por consideraciones teleológico-valorativas[126].

> Como señala SCHÜNEMANN, los conceptos deben ser «conformes con la realidad» (*wirklichkeitskonform*)[127]. Sin embargo, ello permite un cierto «espacio de juego»: así, mientras que sería posible someter a las sillas a las mismas reglas jurídicas que las mesas, y declararlas «mesas en sentido jurídico», no cabe en modo alguno someter a las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de los hombres, dado que a la silla le falta la capacidad óntica necesaria para ello, para realizar acciones voluntarias[128].

5. En todo caso, ha de quedar claro que el factor decisivo en la metodología dogmática dominante viene constituido por las consideraciones teleológico-valorativas. Ello se ha visto abonado en no poca medida por el creciente arraigo de filosofías de corte relativista, que han influido obviamente también en la evolución de la dogmática jurídico-penal[129]. A la vez, la orientación de las

---

[125] Por ello, más que de una relativa vinculación por las estructuras lógico-objetivas, que se caracterizan por su configuración permanente e inmutable, es más exacto hablar de una cierta conformidad con la realidad, con la «naturaleza de las cosas», en la que muchos autores advierten elementos variables en función del cambio de circunstancias históricas, sociales, culturales.

[126] Cfr. ROXIN *Täterschaft* 4.ª ed., p. 20 y 23. En sentido similar, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971, p. 37 y 39.

[127] SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 38.

[128] SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 37. Sobre la «*Stoffbestimmtheit der Idee*» cfr. también, ya antes, ROXIN, *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, p. 265.

[129] Ya en GALLAS, *La teoría*, p. 5, puede leerse que «la cambiante historia de la teoría del delito refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento de *nuevas finalidades de política criminal y política general*, y a la *progresión del pensamiento filosófico*» (los subrayados son míos).

decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural. En efecto, en una sociedad así se hace extraordinariamente difícil sostener una argumentación apelando a ciertas «estructuras inmutables del ser»[130]. De este modo, el debate de las propuestas dogmáticas se lleva a su nivel real: el de la discusión y argumentación axiológica y teleológica.

> Esto no siempre es reconocido expresamente por los representantes principales de esta dirección dogmática que estimamos dominante. La excepción la constituyen autores como, por ejemplo, JESCHECK, cuando apunta que el concepto de delito (que sin duda ha de estimarse la más importante elaboración de la dogmática penal) «debe coincidir con el *fin* y los *medios del Derecho penal*»[131]. Sin embargo, si se examina su proceder práctico, se hace imposible negar que la mayoría de las construcciones dogmáticas que se han ido imponiendo en la doctrina dominante lo han hecho de la mano de consideraciones normativas, derivadas de una valoración de los diversos fines del Derecho penal: baste mencionar las razones comúnmente alegadas para fundamentar la inclusión del dolo en el tipo de injusto o la acogida de la doctrina de la imputación objetiva.

III.3. En particular, la dogmática de orientación «funcional» o teleológica

1. La corriente dogmática que hoy es denominada «funcionalista» o «teleológica» no es más que el producto de la acentuación de los aspectos teleológico-valorativos ya presentes en la concepción dominante. No cabe, por tanto, concluir que nos hallamos ante algo absolutamente nuevo que, además, amenaza con destruir los logros de un siglo de dogmática penal moderna. Por el contrario, la moderna doctrina teleológico-funcionalista enlaza con la tradición metodológica del neokantismo[132] y con quienes, a lo largo de los decenios de predominio intelectual del finalismo, mantuvieron consideraciones teleológico-valorativas como elemento integrante del método dogmático[133].

Véase cómo lo primero ya supone admitir implícitamente la entrada en la teoría del delito de consideraciones valorativas político-criminales que, obviamente, cambian con el paso del tiempo.

[130] Cfr. al respecto WÜRTENBERGER, en *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2.ª ed.*, Karlsruhe 1959, p. 14-15, poniendo de relieve cómo la tesis finalista sobre la atemporalidad y «eternidad» de las estructuras contradice la moderna ontología y el reconocimiento de la historicidad de todo lo que existe.

[131] JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 176-177 (subrayados en el original), entendiéndose por «fin» del Derecho penal la protección de la convivencia humana en sociedad frente a las infracciones más graves, y por «medios», principalmente la pena.

[132] SCHMIDHÄUSER, *Über einige Begriffe der teleologischen Straftatlehre*, JuS 1987, pp. 373-380, p, 374, cita como antecedentes de la teoría teleológica del delito, a Hegler (1914), Radbruch (1930) y Gallas (1955).

[133] Incluyéndose en este último grupo tanto la doctrina dominante como el sistema propio de SCHMIDHÄUSER, que se caracteriza también, aunque en una línea algo diferente a la de las modernas

2. La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico-penal se halla, más bien, en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Se trata, como antes se ha indicado, de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo ello con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito. Al respecto son decisivas, como expresión de esta voluntad clarificadora, la obra programática de ROXIN «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», cuya primera edición alemana data de 1970, y, ya más recientemente, la obra colectiva, compilada por SCHÜNEMANN, «Grundfragen des modernen Strafrechtssystems», publicada en 1984.

3. De todos modos, no puede negarse que en la actualidad cabe distinguir *con cierta claridad al menos dos corrientes funcionalistas: una «moderada» y* otra «radical», cuyas conclusiones son en no poca medida diferentes. Ambas se distinguen, según creo, fundamentalmente en el punto de partida de la normativización del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista. En lo que se refiere al primer aspecto, hay que apuntar que en la base del planteamiento de la tesis moderada (cuyo representante por excelencia es ROXIN, a quien se han adherido en este punto la mayoría de sus discípulos) está la necesidad de superar la contraposición tradicional entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio. En efecto, la dogmática tradicional, singularmente la finalista, se había caracterizado por obtener las diversas teorías en virtud de operaciones lógico-abstractas y prescindiendo en general de sus repercusiones sobre la realidad de la aplicación del Derecho penal. Ello era, desde luego, propio del método deductivo a partir de los axiomas proporcionados por las estructuras lógico-objetivas, que caracterizaba a esta corriente. Sin embargo, provocaba una radical separación entre las elucubraciones dogmáticas y las necesidades reales —y variables— de la aplicación del Derecho penal en la sociedad[134]. Por ello se entiende —y así lo pone de manifiesto ROXIN— que es preciso superar las barreras existentes entre el Derecho Penal y la Política Criminal; y la forma de superarlas no es otra que la

---

doctrinas, por una declarada orientación teleológica. Cfr., por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT, Studienbuch*, 2.ª ed., Tübingen 1984, Cap. 4. n.º marg. 3 y ss. Ya antes, el propio SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Gottingen 1968, pp. 268-280. Más recientemente, SCHMIDHÄUSER, JuS 1987, p. 374 y ss, sobre las repercusiones conceptuales y sistemáticas. Hay que señalar que el sistema teleológico de SCHMIDHÄUSER se caracteriza, ya de partida, porque no refiere las categorías sistemáticas a los fines de la pena, como es común en otras construcciones, sino que en él es la pena en sí el fin que subyace a la comprensión de los elementos del delito [*Gedächtnisschrift für Radbruch*, p. 273 nota 18].

[134] ROXIN, *Política criminal*, p. 18 y ss.

orientación del sistema del Derecho penal a las valoraciones de la Política Criminal, esto es, en otras palabras, al complejo de fines del Derecho penal en general y de cada uno de los niveles del sistema en particular[135]. Tal orientación, sin embargo, obliga a una amplia normativización de los conceptos, algo que se ve propiciado por la constatación de que el grado de «vinculación ontológica» de los mismos es sustancialmente menor que lo que se entendía por los autores finalistas. La normativización de los conceptos es efectivamente precisa pues sólo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido en los conceptos en función de cambios valorativos o del equilibrio de fines. En todo caso, debe quedar claro que, en sus orígenes, la preocupación de ROXIN es «práctica» y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la Tópica. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama «sistema abierto» de orientación teleológica.

4. Frente a la preocupación «práctica» de ROXIN, el interés de JAKOBS es, si lo interpreto bien, fundamentalmente metodológico. Se trata de ofrecer una sistematización del Derecho penal vigente que resulte plenamente «explicativa» del mismo, lo cual no sucede con el método ontológico de construcción de los conceptos. Ante el supuesto «agotamiento» de tal método de vinculación del legislador y la ciencia a estructuras lógico-objetivas, se propone una «refundamentación» normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general. En este sentido, señala JAKOBS que asistimos al declive de la dogmática de base ontológica y que «*no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de modo continuado una esencia o —más vagamente— una estructura (lógico-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos acerca de los que no puede decirse nada sin atender a la misión del Derecho penal, sino que el propio concepto del sujeto a quien se imputa se muestra como un concepto funcional. Con ello no se pretende afirmar que, mediante la apelación a la función del Derecho penal, se haya encontrado un punto con cuya ayuda se puedan fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todas. Por el contrario, toda proposición de la dogmática penal padece las mismas inseguridades que sufre la consecución de un acuerdo sobre la función del Derecho penal*»[136].

5. En todo caso, lo anterior pone de relieve que las diferencias entre ambas posturas doctrinales no son, en primera línea, metodológicas. En este plano, ciertamente, existe una divergencia que radica en la absolutización por JAKOBS del criterio funcional y el consiguiente rechazo de toda limitación al referido principio funcional de atribución que pueda provenir de la esfera ontológica o incluso del sentido ordinario del lenguaje; algo que, como se ha visto, no sucede

[135] ROXIN, *Política criminal*, p. 33 y ss.
[136] JAKOBS, *Strafrecht AT*. Berlín 1983 Prólogo, p. V.

en la otra corriente, para la cual poseen todavía una cierta relevancia consideraciones de tal naturaleza. Con todo, la discrepancia fundamental se halla, según creo, en las referencias funcionales en virtud de las cuales se asigna contenido a los conceptos. Así, ROXIN procede a orientar el sistema del Derecho penal a las finalidades de política criminal, que son varias y diversas entre sí, pudiendo darse casos de limitación recíproca: muy significativo es que ROXIN se refiera no a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho penal en general, lo que para él es algo significativamente más amplio. En su construcción, pues, —y esto es esencial— *entran en juego de modo decisivo valores y principios garantísticos, y no meras «necesidades sistémicas»* en «función» de las cuales deba conformarse el sistema dogmático del Derecho penal. En cambio, también en este punto JAKOBS procede a una absolutización: aquí, el sistema dogmático se orienta exclusivamente a la idea de prevención-integración que, por otra parte, en la concepción de JAKOBS, resulta todavía más cuestionable que en el resto de planteamientos al uso.

> Por cierto que la monolítica orientación por parte de JAKOBS de las categorías y conceptos del sistema dogmático del delito a las «funciones sociales» (sistémicas) del Derecho penal podría llevar incluso a cuestionar que su modelo constructivo sea normativista. En efecto, están ausentes de él valores y principios, mientras que aparecen como factores decisivos los criterios de estabilización del sistema (posibilidad o no de resolver el conflicto de otro modo), que en realidad pueden estimarse empíricos (aunque quizá de dudosa contrastación). Por ello, sería quizá lo más certero calificarlo de modelo «sociológico» puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, con ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores) y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social. De ahí la potencionalidad reaccionaria que muchos han advertido —también en lo relativo a la construcción dogmática— en la propuesta de JAKOBS.

Todo ello indica que, si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como «funcionalismo radical», mientras que el de ROXIN y sus discípulos sería más bien «moderado», lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho penal.

> Entretanto, el método dogmático teleológico-funcionalista se ha extendido, con muy diversos matices, también en España. Por ceñirnos a los autores que —desde que GIMBERNAT ORDEIG iniciara, en diversos artículos, planteamientos de esta índole— han expresado tal punto de vista en obras generales, puede citarse a MIR PUIG, BUSTOS RAMÍREZ, GÓMEZ BENÍTEZ y MUÑOZ CONDE. De todos modos, como se ha señalado, es preciso apuntar la existencia de significativas diferencias en cuanto al grado de funcionalización del sistema de la teoría del delito, el punto de partida (premisa) de la funcionalización, y la forma concreta de llevarlo a término[137].

[137] El mejor estudio publicado sobre las líneas generales de los manuales de estos autores lo ha realizado PERRON. *Literaturbericht. Spanien: Strafrecht AT. Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen*, ZStW 99 (1987), pp. 543-566, p. 558 y ss.

6. La moderna dogmática de signo teleológico-funcionalista ha recibido no pocas críticas desde perspectivas metodológicas, que conviene reseñar aquí, aunque sólo sea a título indicativo. Las críticas se han producido en tres direcciones fundamentales: Así, por un lado, se le ha reprochado el conformar un modelo opuesto a las pretensiones científicas y supranacionales de la dogmática. En efecto, se estima que, en comparación con la dogmática tradicional, muestra una menor «cientificidad» al ser fuente de mayores inseguridades y propiciar la arbitrariedad, apareciendo además mucho más vinculado a la configuración de un determinado Derecho «nacional»[138]. Por otro lado, se ha pretendido que la reconstrucción normativa de las categorías que este modelo dogmático propicia, supone una creciente confusión entre las mismas, acabando por llevar a la dogmática al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación[139]. Finalmente, se ha señalado que las teorías funcionalistas —y aquí evidentemente se está pensando en la concepción utilitarista del Derecho penal que es común atribuirles— se prestan a ser utilizadas (instrumentalizadas) en sentido autoritario y contrario a las garantías del Estado de Derecho[140]. Pues bien, frente a todas estas objeciones de base, sí debe reconocerse que la dificultad fundamental de la puesta en práctica de una metodología teleológico-funcionalista —y que, además, es la que de hecho genera las críticas transcritas—, radica en que la misma obliga a centrar la labor científica en los fines y valores de referencia de cada una de las categorías y del sistema en su conjunto, así como en la fijación de los hilos argumentales que unen esos valores con la obtención de consecuencias concretas en niveles inferiores de abstracción. En otras palabras, en que la discusión de la dogmática se desplaza de sus tradicionales ámbitos de supuesta «neutralidad» al ámbito siempre cuestionable, variable en función de circunstancias culturales o sociales en general, de los valores y las finalidades político-criminales. Ello, naturalmente, produce *a priori* una impresión de mayor arbitrariedad y confusión categorial, a la vez que genera suspicacias de manipulación política. Sin embargo, según entiendo, ello es debido a que con el método mencionado nos encontramos muy cerca de hallar el verdadero *status* de la dogmática, tanto tiempo difuminado entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer. En todo caso, debe quedar claro, a propósito de la calificación de «utilitaristas» que se dirige con frecuencia

---

[138] Así, HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-FS*, p. 416; KÜPPER, G. *Grenzen*, p. 12.

[139] Sobre las manifestaciones de Hirsch en tal sentido, cfr. PERRON, *Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1987 in Salzburg*, ZStW 99(1987), pp. 637-663, p. 638-639; asimismo NEUMANN, ZStW 99 (1987), p. 587 y ss. Cfr. al respecto también las interesantes reflexiones de DÍEZ RIPOLLÉS, *Recensión del libro de W. Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, ADPCP 1988, pp. 1083-1095, p. 1090.

[140] Sobre las palabras de Krauß en esta línea, cfr. PERRON, ZStW 99 (1987), p. 642. También NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 24-25, nota 20, acusa a la llamada «orientación [del Derecho penal] a las consecuencias» , a la prevención, por ejemplo, de favorecer la instrumentalización del Derecho penal por los grupos políticos.

a estas doctrinas, que una cosa es la concepción funcional o teleológica de la dogmática y otra, no necesariamente coincidente con la anterior en un mismo cuerpo doctrinal, la fundamentación utilitarista del Derecho penal[141]. Así, como se ha dicho, son construcciones dogmáticas teleológico-funcionalistas tanto la de la escuela de ROXIN como la de JAKOBS y, sin embargo, la entrada en el planteamiento del primero de principios y valores político-criminales también garantísticos determina que el producto sea diferente del de JAKOBS, en quien son decisivos los criterios de funcionalidad sistémica. Cabe, pues, una orientación teleológica de las categorías del sistema unida a una concepción en absoluto utilitarista (o no sólo utilitarista) de la legitimación del «ius puniendi»[142]; y, a la inversa, cabe fundamentar de modo utilitarista al Derecho penal y concebir el sistema en términos categoriales o clasificatorios, y, por tanto, completamente independientes de tal fundamentación[143].

III.4. Examen de las críticas a la dogmática y toma de posición.

A) Introducción.

1. Según se acaba de exponer, la dogmática teleológico-funcionalista ofrece el aspecto positivo de mostrar, de modo evidente, la naturaleza esencialmente valorativa de las categorías y subcategorías que integran el sistema del Derecho penal, la producción dogmática por excelencia. Sin embargo, todavía es preciso dilucidar si ello supone una toma de posición decidida en el sentido de que toda la teoría del delito, desde los conceptos fundamentales hasta las derivaciones más concretas, posee un carácter no descriptivo, sino prescriptivo. En otras palabras, si se entiende que no es el producto de una *inducción* a partir de los preceptos de un Derecho positivo dado, ni tampoco el resultado de un *proceso deductivo* a partir de la configuración de determinadas estructuras materiales del ser, sino que expresa los elementos que, según una concreta *concepción valorativa,* sin duda condicionada culturalmente, se estima que deben concurrir para sancionar penalmente un hecho. Según ello, la fórmula conocida como «definición de delito» no sería un enunciado formulado en lenguaje descriptivo, sino un conjunto de estipulaciones normativas, un «conjunto de directivas dirigidas

[141] Ello, independientemente de que con frecuencia puedan coincidir la concepción funcional del sistema de la teoría del delito y la concepción utilitarista acerca de la legitimación del Derecho penal.

[142] Puede confrontarse al respecto la obra de Michael BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit,* Baden-Baden 1981, en especial, p. 41 y ss., sobre una justificación «orientada a las consecuencias» del principio jurídico-penal de responsabilidad sobre la base de criterios de justicia.

[143] Sin ir más lejos, éste es el caso de la sistemática y de la concepción acerca de la legitimación del Derecho penal en la obra de VON LISZT.

a los legisladores y los jueces acerca de las condiciones que se *deben* cumplir en la regulación y adjudicación de responsabilidad penal»[144].

2. Como habrá podido comprobarse, este punto de vista no siempre —de modo decidido podría afirmarse más bien, que, hasta ahora, nunca— ha presidido la autocomprensión de la actividad dogmática. Ello se prueba por las duras críticas de arbitrariedad o acientificismo que se dirigen a los intentos de las modernas dogmáticas teleológicas de construir un «sistema abierto» del delito de base valorativa[145]. Ahora bien, la cuestión consiste en determinar si esto último es erróneo o, por el contrario, el error radica, como entiende NINO, «en no reconocer abiertamente tal carácter normativo de los axiomas de la teoría y, en consecuencia, en eludir la tarea de proveer una justificación valorativa articulada y minuciosa de esos axiomas»[146]. Lo cierto es que, a lo largo de la historia de la dogmática penal, apenas es posible hallar momentos en los que se haya tratado de emprender seriamente dicha tarea. Por lo demás, aun en los casos en que ha podido compartirse la hipótesis de que las categorías fundamentales de la teoría del delito sí responden a una determinada concepción valorativa, raramente se ha extendido tal punto de vista a las operaciones que luego tienen lugar para pasar desde los niveles más abstractos a los más concretos de tal teoría. En efecto, es lo común estimar que tales operaciones tienen lugar mediante meras diferenciaciones conceptuales o argumentaciones formales, cuando, en realidad, cabría observar cómo se van insertando continuamente consideraciones de política criminal, aunque, eso sí, casi siempre sin explicitar la relación de éstas con los fundamentos axiológicos del sistema y sin poner de relieve todas las consecuencias de una determinada propuesta de solución. El resultado de todo ello, de nuevo según NINO, sería la producción de «decisiones valorativas encubiertas en el tratamiento focalizado de cada problema de responsabilidad penal, de modo tal que ese mosaico de posiciones axiológicas aisladas ante diferentes problemas específicos no tiene necesariamente vinculación, y hasta puede resultar inconsistente, con la justificación valorativa de los axiomas básicos de la teoría»[147].

3. La argumentación acabada de transcribir cierra, según creo, el abanico de posibles concepciones acerca de la dogmática. Si se toman como punto de

---

[144] Cfr. NINO, *Los límites*, p. 78, (subrayado en el original), en cuyas tesis se basan las consideraciones del texto.

[145] Críticas, por ejemplo, en NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, Wiesbaden 1979, p. 18-19, indicando que con ello se produce una mengua del orden, de la generalidad de las soluciones, así como una arbitrariedad en la selección de los fines que se toman como referencia. Sin embargo, el propio NAUCKE (p. 13) afirma, con razón, que la teoría del delito no se limita a una ordenación materialmente «neutra» de las leyes, sino que en ella se introduce un factor de corrección (de orden racional); y en p. 33-34 señala que en la teoría del delito se contiene un programa de justicia. Con todo ello habría de aceptar, sin más, la orientación político-criminal del sistema del delito, discutiendo, en todo caso, los concretos fines político-criminales a que haya de orientarse el sistema.

[146] NINO, *Los límites*, p. 79.

[147] NINO, *Los límites*, p. 80.

partida sus tesis acerca de la verdadera naturaleza de las proposiciones dogmáticas, queda claro que las modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal son las que más se le aproximan, con lo cual se encontrarían —siempre, según tal concepción— en las mejores condiciones para ofrecer una racionalización de esta actividad mediante la continua profundización en su línea metodológica. Sin embargo, todo ello debe someterse a un nuevo y más detenido análisis. Es, pues, preciso, examinar qué papel desempeñan realmente en la dogmática elementos como los siguientes: el Derecho positivo y su interpretación; las consideraciones teleológico-valorativas y funcionales; la naturaleza de las cosas u otras referencias ontológicas; las consideraciones empíricas; la lógica formal; las ciencias sociales; la atención al «problema»; etc. En definitiva, se trata, pues, de proceder a una caracterización del objeto y el método de la dogmática jurídico-penal que dé respuesta a algunos de los interrogantes que han ido surgiendo a lo largo de la exposición precedente. Tal caracterización podría tener lugar, obviamente, de formas muy diferentes. Aquí, ello va a realizarse tomando como punto de partida las críticas comúnmente vertidas contra el método dogmático en general, y contra su versión jurídico-penal, en particular. Al tiempo que se consideren tales críticas en todas sus dimensiones, se intentará exponer los rasgos característicos de la dogmática, observando si los mismos permiten superar las críticas efectuadas —y, en tal caso, en qué medida—, o bien ello no es posible, debiéndose aceptar que la razón asiste a quienes las han formulado. Tales críticas, que, como se ha dicho, nos proporcionarán la vía para una fundamentación positiva de los rasgos definidores de la dogmática penal, son: 1.º) La que alude al supuesto carácter *idealista* de la dogmática jurídico-penal; 2.º) la que le atribuye un carácter *reaccionario;* y 3.º) la que le reprocha su carácter *acientífico.*

B) La dogmática como disciplina con pretensión sistematizadora y la crítica de «idealismo».

a) El conceptualismo y sus bases. Críticas.

1. Si hay un rasgo que caracteriza de modo general a las formas de razonamiento jurídico dogmático, éste es el pensamiento sistemático[148]. En efecto, la dogmática, como cualquier disciplina con pretensiones en mayor o menor medida cognoscitivas, toma como uno de sus objetivos fundamentales la sistematización del conocimiento, sea cual sea el criterio de sistematización elegido[149].

---

[148] Cfr. al respecto WELZEL, *Lehrbuch,* 11.ª ed., p. 1; especialmente, HRUSCHKA, JZ 1985, p. 1, sobre los sentidos del término «sistemático» y p. 10, donde indica que la teoría del Derecho penal sólo puede cumplir su tarea de allanar los caminos a la futura legislación y jurisprudencia si procede sistemáticamente y, por ejemplo, desarrolla sistemas *completos* de casos.

[149] Así MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik,* p. 121, entiende que la *función sistematizadora,* en virtud de la cual se esclarece el Ordenamiento jurídico y se hace inteligible, facilitándose su aplicación, es una de las dos grandes misiones de la dogmática (la otra, a la que después habrá ocasión de aludir, es la *función crítica*).

> Como señala SCHÜNEMANN «si por *sistema* científico (...) se entiende simplemente una *ordenación lógica* de los *conocimientos particulares* alcanzados en la ciencia de que se trate, salta inmediatamente a la vista que la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia»[150].

El sistema permite la ordenación y regulación del saber existente, la detección de las contradicciones que puedan darse y mantiene todo ese saber de modo permanente a nuestra disposición[151]. Además, de hecho, la sistematización es inherente a toda actividad racional humana hasta el punto de que un principio sistematizador de la realidad social se advierte ya en el propio lenguaje ordinario. La llamada «ciencia del Derecho», pues, no podría en realidad obrar de modo plenamente asistemático, sino que la opción se da entre introducir su peculiar criterio sistemático[152] o someterse al propio del correspondiente lenguaje ordinario, con el inconveniente, en este último caso, de la mayor vaguedad, que permite un número muy superior de soluciones posibles[153]. Ahora bien, la sistematización culmina en un proceso de abstracción, mediante la reconducción de lo individual a categorías cada vez más generales. Pretende, pues, en última instancia, la elaboración de unos pocos conceptos, fundamentales para el conjunto del sistema. Con todo, esto, en sí mismo, no tendría por qué provocar críticas. En efecto, una cosa es la necesidad de operar con conceptos abstractos, aun cuando éstos puedan parecer vacíos de contenido real, y otra, bien distinta, que la pretensión sistematizadora de la dogmática haya de manifestarse necesariamente en una «jurisprudencia de conceptos», incurriendo por ello en un abierto conceptualismo y alejamiento consciente de la realidad; esto último es lo que puede resultar criticable en la medida en que inhabilite al sistema como medio de proporcionar soluciones «adecuadas al caso». Al respecto, me parece posible constatar dos datos. En primer lugar, que, a lo largo de la historia de la dogmática jurídico-penal, ha sido frecuente ese formalismo conceptualista, conduciendo a que con cierta reiteración se haya confiado la solución de los problemas a lo que, en afortunada expresión de JESCHECK, se ha calificado de «automatismo de

---

[150] SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, en SCHÜNEMANN (Comp.), El sistema modeno del Derecho penal: cuestiones fundamentales (trad. Silva Sánchez). Madrid 1991, pp. 31-80, p. 31.

[151] Cfr. de modo general CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., Berlin 1983, p. 11 y ss, indicando que ordenación y unidad son las características de todo sistema y que su correspondencia en el sistema jurídico es la coherencia valorativa y la unidad interna.

[152] De todos modos, debe quedar aquí abierta la interesante cuestión de hasta qué punto existe actualmente en Derecho penal (y, en concreto, en la materia del «delito») una teoría completa y articulada que merezca de verdad la denominación de «sistema». Escéptico, HRUSCHKA, JZ 1985, p. 3 y 4, aunque considera que el Derecho penal puede y debería sistematizarse, dando ejemplos (p. 5 y 6) de cómo proceder a ello.

[153] Cfr. la interesante argumentación lingüística, con varios ejemplos, que desarrolla SCHÜNEMANN, *El sistema modemo*, p. 33 y ss.

los conceptos teóricos»[154]. En segundo lugar, que, ello no obstante, hace ya tiempo que contamos con una dogmática sensible a ese defecto de sus construcciones, habida cuenta, ante todo, de que la dogmática es una *disciplina práctica*[155], esto es, que pretende proporcionar soluciones a problemas concretos. En este sentido se ha manifestado, por ejemplo, SCHÜNEMANN, al proponer la definitiva superación del «esoterismo» de las construcciones dogmáticas y la asunción por la misma de su auténtico papel de guía del estudio y la práctica jurídico-penales[156].

2. Antes de entrar a comentar con mayor detalle esto último, conviene, sin embargo, insistir en el acusado conceptualismo de la dogmática tradicional[157]. Este puede verse, sin duda, como un producto directo del positivismo, teoría jurídica que, como se ha visto, se caracteriza por desterrar de la esfera de lo jurídico las dimensiones social y política[158]. Sin embargo, probablemente quepa concluir que alcanza su punto cenital en el ámbito penal con el método del finalismo, por mucho que esta corriente se sitúe en el polo opuesto a la vinculación al Derecho positivo. No en vano, se ha podido llegar a señalar que «WELZEL ha proporcionado a la deducción lógico-dogmática una fuerza desconocida desde los tiempos de Binding» y que el método del finalismo pone su acento de modo absoluto «en la construcción lógico-conceptual»[159]. En efecto, al tomar esta corriente como premisas las supuestas estructuras lógico-objetivas del actuar humano, y proceder a partir de ellas de modo deductivo-axiomático, las consecuencias obtenidas resultan, en general, de gran coherencia intrasistemática, pero en no poca medida desconectadas de la realidad de los problemas[160]. Un ejemplo de ello son las soluciones que el finalismo da a la problemática del error, que adolecen de una significativa falta de estudio de los grupos de casos implicados[161].

---

[154] JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 175.

[155] Sobre el carácter «práctico» de la dogmática penal como «ciencia aplicada» cfr. en España, MIR PUIG, *Introducción*, p. 332; EL MISMO, *Dogmática creadora y política criminal*, RJCat 1978, pp. 649-663, p. 662; GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 39; BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 17; COBO/VIVES, *Derecho penal* PG, 3.ª ed., Valencia 1990, p. 83; entre otros muchos. En Alemania, WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª ed., p. 1, distinguiendo este sentido de «práctica» del otro, también propio de la dogmática, según el cual, al ser una teoría sobre el actuar humano justo e injusto, hunde sus raíces en la filosofía práctica (moral). También MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, p. 133.

[156] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, Prólogo a la edición alemana, p. 29.

[157] Críticamente, WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, 2.ª ed., p. 5.

[158] Al respecto, cfr. ROXIN, *Política criminal*, p. 25.

[159] SCHAFFSTEIN, *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen 1961, pp. 175-206, p. 178 y 176, respectivamente [citado por ROXIN, *Política criminal*, p. 38 nota 38].

[160] En este sentido también, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 178-179 : «... lo más grave es haber querido resolver todos los problemas jurídicopenales con argumentos derivados de pretendidos conceptos ontológicos y haber vinculado a ellos la justicia de una decisión».

[161] Cfr. las críticas en SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, p. 59 y ss. Ya antes, ROXIN, *Política criminal*, p. 69.

3. Esta característica básica de la sistematización practicada por la dogmática —sustancialmente, en aquel momento, por el finalismo— provocó en diversos sectores una postura crítica frente a la dogmática como ciencia sistemática, a la que se objetaba básicamente su «idealismo», esto es, el proceder al análisis de los problemas jurídicos como una cuestión puramente teórica, en cierto modo como «arte por el arte», descuidando su dimensión práctica[162]. Tal idealismo tendría tres manifestaciones fundamentales: por un lado, el conceptualismo, o la ignorancia del «problema»; por otro lado, el formalismo, o la exclusión en los razonamientos jurídicos de todo elemento valorativo-material, influido por consideraciones de política criminal; finalmente, el purismo juridicista, que prescindiría de todas las modernas aportaciones de las ciencias llamadas «sociales», empezando por la criminología.

4. Constatado esto, se dieron evidentemente líneas extremistas, que, como ya pudo señalarse *supra*, propusieron el abandono de la ciencia jurídica dogmática y la dedicación preferente de los penalistas a la criminología y la política criminal[163]. En la misma línea, aunque con distinto enfoque, hubo quien llegó a entender que la única forma de recuperar esa abandonada dimensión práctica y realista la constituía la sustitución del pensamiento sistemático propio de la dogmática por un pensamiento tópico[164]. Esta conclusión se veía sin duda abonada tanto por la evolución filosófica general, como por los años de la ocupación aliada en Alemania, que propiciaron un mayor contacto de la doctrina y práctica forense alemana con el sistema del «*case-law*» propio del mundo jurídico anglosajón, como «last but not least» por el movimiento de reforma de la legislación penal que se experimenta en Alemana desde los años cincuenta[165]. Además, el estupor provocado por la desproporcionada intensidad alcanzada por algunas

---

[162] Una crítica a la excesiva dependencia del Derecho penal de la evolución de las ideas filosóficas y a su alejamiento de la realidad de su aplicación práctica se contiene ya en SCHWINGE/ZIMMERL, *Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, p. 6, en relación con las doctrinas del Derecho natural de la segunda mitad del S. XVIII, y p. 7-8, en relación con los penalistas hegelianos, concluyéndose (p. 16-17) que debe reducirse la aportación filosófica a su exacta medida, sin marginación o menosprecio.

[163] Sobre la crisis del pensamiento sistemático, en general, y de la teoría del delito, en particular, a finales de los años sesenta, ROXIN, *Política criminal*, p. 23; en 1976, señalaba MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 178: «La crisis del actual sistema del Derecho penal se debe fundamentalmente a dos causas: a la falsedad de las premisas que lo fundamentan y a la supervaloración de su capacidad en la solución de los problemas». Cfr. también al respecto WÜRTENBERGER, *Strafrechtsdogmatik und Soziologie* (1967), en Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, Stuttgart 1970, pp. 27-52, p. 33.

[164] Cfr. sobre esto MUÑOZ CONDE, Introducción a ROXIN, *Política criminal*, p. 5-6. La influencia decisiva en este punto la ejerció la obra de Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953 (Tópica y jurisprudencia, trad. DÍEZ PICAZO, 1964).

[165] Cfr. al respecto MIR PUIG, *Introducción*, p. 281-282; WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, 2.ª ed. p. 9 y ss; también MÜLLER-DIETZ, *Prólogo*, en Müller-Dietz (Comp.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln 1971, p. VIII, concluyendo que «la dogmática ya no puede —como ha venido sucediendo hasta ahora— retirarse a la torre de marfil del conceptualismo vinculado al sistema y de las abstracciones dogmáticas, aguardando la solución de los problemas apremiantes de reforma de manos del legislador».

discusiones dogmáticas con muy escasas repercusiones prácticas[166], parecía favorecer la adopción de alternativas radicales. Por todo ello, la tópica pronto se convirtió en un auténtico «concepto de moda» para la ciencia jurídica, despertando gran interés y abriendo una profunda discusión.

> La «Tópica»[167] es definida por VIEHWEG como «un procedimiento especial de discusión de problemas» que se caracteriza por el empleo de ciertos puntos de vista, planteamientos y argumentos generales, aceptados como estables: los «topoi». Estos son, pues, «puntos de vista polifacéticos, aceptables en todas partes, que se usan en pro y en contra de lo que se opina y pueden conducir a lo verdadero»[168]. Pueden ser de índole general (interés, proporcionalidad, exigibilidad, etc) o específicamente referidos a un problema concreto. En todo caso, se ha observado que los *topoi* más generales no se diferencian sustancialmente del método jurídico tradicional y que los más específicos precisan de un sistema de valores que establezca las reglas de prelación entre los mismos, con lo cual en realidad seria difícil su aplicación satisfactoria con olvido total de las aportaciones de aquel método clásico[169].

En todo caso, sin embargo, la cuestión es si cabe prescindir en el ámbito jurídico-penal del sistema y utilizar, en su lugar, tan sólo un conjunto de «topoi»[170] para decidir la solución concreta de un problema de nuestra disciplina.

b) La orientación al problema.

1. Ante las dificultades que produciría la tópica en una materia tan especialmente vinculada a los principios de igualdad y seguridad jurídica como es la penal, la respuesta a la cuestión planteada al final del parágrafo anterior ha de ser negativa[171]. De hecho, la tópica ha tenido en el ámbito jurídico-penal una repercusión ínfima si se compara con su incidencia en el Derecho civil, por ejemplo[172]. En nuestra disciplina, pues, se trata, más bien, de analizar si es posible construir un sistema no cerrado en su abstracción conceptual y aplicación

---

[166] Un ejemplo de ello en el ámbito jurídico-penal lo constituyó el interminable debate entre MEZGER y WELZEL (pero en el que también intervinieron otros autores) sobre la esencia del concepto de acción.

[167] Sobre los orígenes de la tópica en la antigüedad clásica, griega y romana, cfr. BERISTAIN, *Ciencia penal y criminología*, Madrid 1986, p. 41-42.

[168] Cfr. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. de la 4.ª ed. alemana por Rodríguez Molinero), 2.ª ed., Barcelona 1980, p. 153.

[169] ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., Stuttgart 1977, p. 195-196.

[170] Críticamente sobre ello para el conjunto del Derecho, CANARIS, *Systemdenken*, 2.ª ed., p. 141 y ss., señalando que la Tópica no tiene en cuenta las diferentes funciones que le corresponden al legislador y a la jurisprudencia y concluyendo que el pensamiento tópico no puede sustituir al sistemático. Negando categóricamente esta posibilidad, ROXIN, *Política criminal*, p. 24: «no parece seriamente discutible la posibilidad de un abandono del sistema...».

[171] En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 178, 181-182. Muy crítico con el método de los «topoi» se muestra HRUSCHKA, JZ 1985, p. 9.

[172] Sobre ello, ROXIN, *Política criminal*, p. 24 nota 16.

deductiva, sino que tenga en cuenta al «problema» como un aspecto decisivo de la actividad jurídica teórica[173].

Naturalmente, tal posibilidad ha sido rechazada por VIEHWEG de modo genérico. Sin embargo, como señala LARENZ, ello puede responder a una precipitada identificación del pensamiento sistemático con el razonamiento lógico-deductivo[174]. De ahí que autores de gran relevancia en el ámbito de la metodología jurídica general hayan sostenido expresamente lo contrario: a saber, que «pensamiento problemático» y «pensamiento sistemático» no se excluyen mutuamente en absoluto. Así, el propio LARENZ[175], como también ZIPPELIUS, WIEACKER, KRIELE o CANARIS[176].

Una postura en cierto modo resignada, según creo, a la eventual incompatibilidad de «sistema» y «problema» es la de JESCHECK, cuando estima necesario optar entre los dictados de uno y otro, inclinándose en caso de conflicto por la primacía de la solución del problema[177]. Sin embargo, otros autores no han compartido tal resignación y han estimado posible la construcción de un «sistema abierto»[178] —a lo cual ya hemos aludido antes—, que cumpla las exigencias racionales de toda sistematización y, a la vez, disponga del instrumental preciso para integrar una satisfactoria —adecuada a las circunstancias de cada caso— resolución del problema[179].

2. Las bases últimas de tal concepción se hallan, según creo, ya en la obra de VON LISZT[180], quien, por primera vez, plantea la necesidad de introducir

---

[173] Lo abonan también DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3* (1989), p. 75-76; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 261 y ss.

[174] LARENZ, *Metodología*, p. 155.

[175] LARENZ, *Metodologla*, p. 156.

[176] Cfr. sobre ello LARENZ, *Metodología*, p. 156 nota 45. También, en concreto, CANARIS, *Systemdenken*, 2.ª ed., p. 149 y ss., en especial p. 151 y ss., indicando que el pensamiento tópico y el sistemático se complementan recíprocamente e incluso pueden llegar a interpenetrarse parcialmente.

[177] JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 175: «Entscheidend hat immer die Lösung der *Sachfrage* zu sein, während Ertordernisse der Systematik als nachrangig zurücktreten müssen». Críticamente, ROXIN, *Política criminal*, p. 20.

[178] Cfr., de modo básico, CANARIS, *Systemdenken*, 2.ª ed., p. 61 y ss. En España ha escrito BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 34, que «El Derecho criminal (...) necesita de la construcción sistemática, pero abierta a la situación fáctica, excepcional»; «el sistema bien entendido facilita la renovación...» (p. 35); «gracias al sistema, cada nueva ley, cada nuevo dato dogmático que se incorpora a una parte del sistema rejuvenece continuamente todo el conjunto».

[179] Como ya señalara SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung*, p. 72, tratando de integrar los esquemas de la jurisprudencia de conceptos y de la jurisprudencia de intereses, «la ciencia jurídica es jurisprudencia de conceptos en lo atinente a la forma y jurisprudencia de intereses en lo atinente a su contenido... La jurisprudencia de conceptos que no toma en consideración los intereses carece de contenido; la jurisprudencia de intereses que abandona los conceptos carece de forma». Cfr. por otro lado, WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, 2.ª ed., p. 12, insistiendo en la provisionalidad de la estructuración de los conocimientos adquiridos como característica propia del sistema abierto.

[180] O, mejor aún, en la obra de IHERING, maestro de aquél, en la que aparece como principio central la orientación a fines o intereses: lo advierte correctamente BARATTA, *Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaff* (1970), en su Philosophie und Strafrecht, pp. 291-300, p. 294 y ss.

consideraciones teleológicas (la idea de fin —*Zweckgedanke*) en el Derecho penal[181]. Sin embargo, como se ha dicho, VON LISZT no extrajo ninguna consecuencia sistemática de tal apreciación, y mantuvo el sistema del Derecho penal cerrado completamentamente a las consideraciones problemáticas y a las valoraciones de la Política criminal. Señala textualmente VON LISZT: «Es evidente que, con el 'bien jurídico', hace su entrada en la doctrina jurídica la idea de fin, que comienza la consideración teleológica del Derecho y halla su fin la perspectiva lógico-formal. Es asimismo claro que la consideración teleológica del Derecho tiene plena legitimación; que la cuestión relativa al porqué y al para qué no sólo puede plantearse, sino que debe plantearse y responderse. Tan sólo cabe cuestionar si la contemplación del Derecho desde el punto de vista del fin sigue perteneciendo al ámbito de la ciencia del Derecho o cae ya en el de otra ciencia, como por ejemplo la teoría de la sociedad. Por mi parte he dado ya respuesta a esta cuestión al caracterizar el concepto de bien jurídico como un concepto límite; en lo relativo al Derecho penal he desarrollado mi concepción, al menos en sus rasgos fundamentales, en los primeros parágrafos de mi Tratado»[182]. La línea abierta por VON LISZT fue desarrollada por los autores neokantianos[183]. Es entonces cuando empieza a poder hablarse de un sistema teleológico del delito[184] y de la puesta en relación con los fines político-criminales como criterio metodológico decisivo. Así, la interpretación teleológica de los tipos, la introducción de la justificación supralegal sobre bases de antijuricidad material, y de la exigibilidad a partir de una concepción normativa de la culpabilidad abrían por primera vez el sistema a una satisfactoria solución de buen número de problemas jurídico-penales de la mano de consideraciones valorativas. Sin embargo, tal corriente doctrinal no fue capaz de integrar —o, mejor, de desarrollar— convenientemente todos estos aspectos en el seno del sistema, y de prescindir a la vez de las rémoras del positivismo en los ámbitos de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad[185]. Todo ello, unido al relativismo de los puntos de vista valorativos tomados como referencia[186], producía undebilitamiento del sistema y contribuyó probablemente a la no aceptación general

[181] Téngase en cuenta que el propio LASK, autor que sirve de puente entre la filosofía de los valores de la escuela suroccidental alemana alemana y el correspondiente movimiento jurídico, se remite expresamente a VON LISZT. Sobre esto, BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, p. 262.

[182] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 223, añadiendo que la continada representación de la idea de fin constituye ún poderoso medio de defensa contra el formalismo que amenaza a todo jurista.

[183] Cfr. sobre ello WELZEL, *Maurach-FS*, p. 5. También JESCHECK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit dem österrreichischen Lehre*, ZStW 73 (1961), pp. 179-209, p. 190. Aunque es obvio que el concepto de «fin» (*Zweck*) es muy diferente en VON LISZT y en los neokantianos: en aquél, realidad empírica; en éstos, idea, valor [cfr. BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, p. 254]. Pero ello lo permite la ambigüedad y la neutralidad axiológica del popio concepto de fin: así, JESCHECK, ZStW 73 (1961), p. 191; BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, p. 295 y nota 13.

[184] Con la salvedad de lo señalado más arriba a propósito de BINDING y su teleologismo «formalista».

[185] A ello se refiere ROXIN, *Política criminal*, p. 36 hablando de «bipolaridad» o de «dualidad de la consideración formal y material». Probablemente, tiene presente los mismos aspectos WELZEL cuando alude, en términos más generales, al neokantismo como «teoría complementaria del positivismo». Cfr. al respecto *supra*.

[186] Ya se ha señalado que precisamente la renuncia del pensamiento teleológico de esta época a pronunciarse sobre valores es la que hizo posible que cupieran en su seno las concepciones de la escuela clásica y de la moderna. Sobre algunos intentos de dotar de contenido al referente valorativo, cfr. JESCHECK, ZStW 73 (1961), p. 191, citando los nombres de Sauer, Radbruch y Erik Woff.

de algunas de sus propuestas. Tampoco fue mayor el éxito de los autores que, muy aisladamente, trataron de introducir en el sistema del Derecho penal consideraciones derivadas de la jurisprudencia de intereses de HECK[187]. En cualquier caso, sin embargo, todos los intentos reseñados se vieron de nuevo desplazados por el asentamiento del conceptualismo de base ontológica en el centro de la discusión científica y la sustitución de las decisiones «políticas» por «vinculaciones materiales»; y ello, no sólo en el Derecho penal sino también fuera de él.

3. En los últimos decenios, y pese a lo acabado de señalar, ha sido posible advertir en la dogmática jurídico-penal un significativo giro hacia la realidad. La necesidad de ello fue puesta de manifiesto de modo temprano y convincente por WÜRTENBERGER, quien además sentó las bases de una concepción auténticamente «realista» del sistema del Derecho penal[188]. En la actualidad, y debido a todo ello, la orientación al problema está presente, en mayor o menor medida, en los textos dogmáticos más significativos de nuestro ámbito de cultura[189]. En el mundo penal moderno tiende a imponerse, pues, un método que BERISTAIN ha calificado como *método de la «tópica-sistemática»*, sintetizando la inducción y la deducción, la casuística y la abstracción[190].

> En palabras del propio BERISTAIN: «en adelante, la labor metodológica de los penalistas será no tanto la de innovar, sino la de perfeccionar, la de desarrollar equilibradamente esas dos dimensiones heredadas de los mayores: la técnica-realística-problemática, por una parte, y la lógica-sistemática-científica, por otra»[191].

Por lo demás, el recurso al método de los «grupos de casos» como criterio de concreción progresiva de cláusulas generales es también general[192].

---

[187] Cfr. al respecto la explicación que SCHAFFSTEIN da de la tipicidad como producto de la ponderación del valor del bien jurídico, por un lado, y de otros intereses contrapuestos, por el otro: SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, Leipziger Festschrift für Richard SCHMIDT, 1936, p. 49 y ss [citado por AMELUNG. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, en SCHÜNEMANN (comp), *El sistema moderno*, pp. 94-107, p. 96].

[188] Cfr. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, 2.ª ed., p. 10-11: Abandono de la jurisprudencia de conceptos, del sistema cerrado, giro al «pensamiento problemático» y a la realidad de la materia jurídica. Cfr. el ejemplo de la dogmática del error (en p. 12-13), donde pone de manifiesto lo decisivo de la prolongada discusión y de la utilización de un método inductivo para conseguir criterios valorativos fiables. Cfr. en España MIR PUIG, *Introducción*, p. 324 y ss.; EL MISMO, RJCat 1978, p. 661; GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 38-39. También TAJPA DE CARVALHO *Condicionalidade*, p. 9 y 10.

[189] Cfr. al respecto HASSEMER, *Fundamentos*, p. 17 y ss., aunque con críticas al papel todavía secundario de los casos y a su carácter general de «criminalidad de laboratorio».

[190] BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 44-45.

[191] BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 44. Cfr. también MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 302 y ss.

[192] MIR PUIG, *Introducción*, p. 282 y 283. En algún supuesto, incluso, los casos y sus variantes constituyen la columna vertebral en la que se apoya la exposición doctrina. Así de modo significativo, la obra de HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin 1.ª ed. 1983; 2.ª ed. 1988, que tiene el expresivo subtítulo de «Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil» (Casos de la Parte General desarrollados sistemáticamente y con soluciones).

4. La situación actual, en la que es claramente perceptible la decidida orientación del sistema del Derecho penal al «problema» se debe básicamente a la aportación de ROXIN. En efecto, su obra, tantas veces citada, «Política criminal y sistema del Derecho penal» constituye la contribución decisiva a la superación de la supuesta contradicción entre pensamiento tópico (problema) y pensamiento sistemático (dogmática)[193], poniendo fin, a la vez, al formalismo dogmático imperante, mediante la introducción de las valoraciones materiales de la política criminal en el sistema de la teoría del delito. La pretensión de ROXIN queda clara ya en las primeras páginas de la citada obra. En efecto, su planteamiento toma como punto de partida la aceptación de las ventajas de la elaboración sistemática[194]: seguridad jurídica, aplicación racional y uniforme del Derecho, etc. Sin embargo, ello no le conduce a ignorar los inconvenientes de la dogmática tradicional, desencadenantes de la situación de crisis:

> «si las cuestiones politicocriminales no pueden ni deben penetrar en ella, la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto que no es integrable en el sistema?»[195].

Para ROXIN, no es suficiente con mantener el sistema cerrado de la dogmática tradicional y proceder a resolver mediante una «corrección valorativa» del mismo (y, por tanto, en forma asistemática) los problemas para los que éste ofrece soluciones que contrarían las concepciones axiológicas actuales[196]. Como bien señala, «...de esta forma se desvaloriza la importancia del sistema. Pero tampoco se ayuda mucho con un tal procedimiento a los intereses político-criminales, pues los fundamentos de valoración quedan como difuminados, a capricho y sin fuerza de convicción científica, cuando se les concibe con el sentimiento jurídico o con finalidades momentáneas, sin encontrar su apoyo en una relación valorativa

---

[193] Cfr. al respecto MUÑOZ CONDE, *Introducción* a ROXIN, Política criminal, p. 6: «...quiere penetrar también en el problema, pero sin renunciar por ello al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema; el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema».

[194] ROXIN, *Política criminal*, p. 23-24: «sólo hace falta imaginarse un Derecho penal sin Parte General, para darse cuenta de que la renuncia a una teoría del delito, tanto generalizadora como diferenciadora, en favor de una cualquiera 'valoración' individual haría retroceder a nuestra ciencia varios siglos, a aquella situación de 'acaso' y 'arbitrariedad', de la que desde los tiempos de Liszt se abjura con razón por todos los apologetas del sistema.»

[195] ROXIN, *Política criminal*, p. 19.

[196] ROXIN, *Política criminal*, p. 28, citando el ejemplo de la legítima defensa frente a los ataques de niños.

comprobable en la ley»[197]. Consiguientemente, se trata de lograr una síntesis entre Derecho penal y 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 proveniente de Liszt»[198]. En definitiva, debe ponerse de relieve la naturaleza esencialmente axiológica de la construcción del sistema, lo cual obliga a fundamentar de modo completo la opción por unas determinadas premisas valorativas como fundamentales en el mismo, así como cada una de las valoraciones que, de modo sucesivo, se van integrando en los razonamientos al descender en el nivel de abstracción. Un sistema así conformado resulta completamente abierto a los cambios sociales y a la incorporación de nuevas concepciones teóricas: resiste, pues, perfectamente las críticas de idealismo, como también, según veremos más adelante, las de «reaccionarismo». Sin embargo, obliga a plantear desde nuevas perspectivas cuestiones como la vinculación con el Derecho positivo, la pretensión de neutralidad de la dogmática, e incluso el propio carácter «científico» de su metodología. Todo ello habrá de ser examinado con detalle en los próximos capítulos.

5. La propuesta programática de ROXIN ha sido acogida por un significativo número de autores. De éstos, unos le han seguido en toda la trascendencia metodológica de su obra. La doctrina dominante, en todo caso, ha asumido la dimensión problemática como un aspecto más de su concepción ecléctica del método jurídico-penal. Ello, a veces, incluso de forma exagerada y asistemática, hasta el punto de que SCHÜNEMANN ha podido decir que «las concepciones que 'dominan' en este punto (*scil. en la teoría del error*) en la bibliografía convencional constituyen evidentemente hipótesis *ad-hoc*, que ni siquiera se toman el trabajo de respetar el mandato de consecuencia intrasistemática. Debe pues, en fin, subrayarse con especial intensidad que el sistema teleológico del Derecho penal no tiene nada que ver con tal 'casuística' de problemas concretos»[199]. *En conclusión*, si hay algo que no parece posible afirmar a propósito del estado actual de la dogmática jurídico-penal, esto es que la misma muestra caracteres idealistas o que carece de realismo a la hora de afrontar su materia. De todos modos, sin embargo, conviene todavía analizar un aspecto más de la problemática enunciada: la atención prestada por la dogmática a las ciencias no jurídicas, para completar la imagen actual de una «dogmática penal realista».

---

[197] ROXIN, *Política criminal*, p. 30.

[198] ROXIN, *Política criminal*, p. 33. También, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 186-187; MIR PUIG, *Introducción*, p. 325; EL MISMO, RJCat 1978, p. 661: es necesario «dar cabida a la *valoración política* y al *realismo* en la Política Criminal y, a través de ésta, en la Dogmática»; GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 36.

[199] SCHÜNEMANN, *Prólogo a la edición española, El sistema moderno*, p. 27.

La propuesta metodológica que en nuestro país ha concretado en mayor medida las exigencias de una dogmática «realista» la realizó MIR PUIG[200], insertándose en las modernas corrientes alemanas que se caracterizan por el mantenimiento del sistema y, a la vez, por la orientación al problema, a las valoraciones político-criminales y a las ciencias extrajurídicas. Las consideraciones que se realizarán a continuación y las que ya se han hecho se enmarcan en esa misma tradición. No obstante, las tesis defendidas no responden siempre al modelo «standard» de la misma. En todo caso, es bien cierto que las concepciones modernas de la dogmática no son homogéneas y admiten en su seno significativas divergencias.

c) El «purismo» y la orientación a las ciencias sociales

1. Otra de las características derivadas tradicionalmente de la concepción idealista de la dogmática ha sido su «purismo» (dogmática como *«science pure»*)[201], entendido éste en el sentido de descuido de las disciplinas no jurídicas —significativamente, las hoy conocidas como «ciencias sociales»[202]—, por entenderse que éstas no han de aportar nada a la resolución de las cuestiones penales.

Tal «purismo» tiene su origen en el idealismo de la Escuela clásica, y encuentra su máximo exponente en BINDING[203]. Este temía, en efecto, que el influjo de la sociología conmoviera la poderosa construcción conceptual de la dogmática penal ya en sus más firmes fundamentos[204]. A título meramente ejemplificativo, quizá convenga recordar al respecto que el citado autor calificó a la teoría de las «normas de cultura» de M. E. MAYER como «la más odiosa creación de una dogmática jurídica pervertida sociológicamente y completamente apartada del verdadero Derecho»[205]. Sin embargo, junto a posibles consideraciones de índole estrictamente científica, tampoco cabe dudar, porque ello aparece incluso en la obra de un autor de tendencia sociológica como VON

[200] Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 299 y ss., en particular 304.

[201] Cfr. MÜLLER-DIETZ, *Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik*, en Müller-Dietz (Comp.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, pp. 105-151, p. 114, problematizando esta concepción clásica de la dogmática.

[202] Evidentemente, a estos efecto debe partirse de un concepto amplio de «ciencias sociales» que incluya, además de la sociología, ciencias humanas como la medicina, biología, antropología, psicología, etc: cfr. MÜLLER-DIETZ, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 106.

[203] Sin embargo, no puede dejarse de mencionar, en esta línea, la serie de monografías cuya publicación dirigieron BIRKMEYER y NAGLER bajo el título común de *Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform* y que pretendía, según nota preliminar de los directores, «convocar a los adversarios de las ideas sociológicas en Alemania a un examen y refutación completos y profundos de las doctrinas propagadas por los sociólogos, doctrinas en parte oscuras, en parte no maduradas y en parte erróneas, que conducirían a experimentos peligrosos en la legislación». Cfr. sobre ello MEZGER, *Tratado*, I, p. 54, con una lista de todas las obras integrantes de la colección en nota 6.

[204] Cfr. al respecto WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 31.

[205] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.ª ed., Leipzig 1914, II-1, p. 370 [citado por MIR PUIG, *Introducción*, p. 33 nota 35].

LISZT, que la resistencia al influjo de la sociología adquiere un evidente tinte liberal y garantista[206], en la medida en que puede advertirse en aquélla una coartada para las intervenciones arbitrarias del poder público[207]. Esta reserva es, según creo, justificada en buena medida como han demostrado hechos posteriores y hoy en día continúan poniendo de manifiesto las tendencias «neoclásicas» de la política criminal[208]. En todo caso, las mismas reticencias, cuyos símbolos externos pueden situarse en el sostenimiento del concepto clásico de culpabilidad y de la teoría retributiva de la pena han vuelto a manifestarse en la segunda postguerra mundial, de la mano del finalismo[209]. El caso del finalismo es curioso en la medida en que, en su punto de partida metodológico, sí podía detectarse un principio de atribución de relevancia jurídico-penal a los resultados de los estudios de las ciencias no sólo sociales sino también físico-naturales. En efecto, la consideración de que el objeto de la ciencia del Derecho penal aparece conformado de modo previo a la intervención de éste, siendo el mismo que para otras ciencias, obliga —y así lo entiende WELZEL— a que lo que es verdadero para una de estas ciencias no pueda ser falso para la otra. Es decir, que el Derecho penal no puede pasar por alto las conclusiones que la medicina, la física o la psicología hayan obtenido a propósito, por ejemplo, de la conducta humana[210]. Sin embargo, en la práctica, el del finalismo se configura como un sistema cerrado y totalmente impermeable a las influencias de disciplinas extrajurídicas.

2. Con todo, la alusión a estas dos grandes fases de explícito «antisociologismo» en la dogmática penal quizá no exprese de modo preciso cuál ha sido, y en parte sigue siendo, la situación en lo que a este tema se refiere[211]. En realidad, las relaciones tradicionales entre penalistas dogmáticos y cultivadores de las ciencias sociales han estado constantemente presididas por significativas dificultades en la propia comunicación linguística, buen número de prejuicios, y en fin, una radical desconfianza[212]. De todos estos prejuicios que han impedido

---

[206] Así lo muestra BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, p. 258, al indicar que VON LISZT se distancia de las tendencias vanguardistas de su tiempo, que pretendían apoyar los mecanismos de protección de la sociedad en meras consideraciones criminológicas, prescindiendo de los medios y garantías del Derecho abstracto.

[207] Cfr. al respecto, MEZGER, *Tratado*, I, p. 55.

[208] No puede perderse de vista, porque es absolutamente clarificadora, la caracterización que hace MEZGER, *Tratado*, I, p. 62, de la «lucha de escuelas» entre la clásica (o antisociológica) y la moderna (o sociológica): «...este contraste entre las dos concepciones, que aún hoy repercute, se caracteriza con más exactitud y acierto como un contraste entre el fin general-preventivo de la pena (retribución y pena como medio de reafirmar la conciencia jurídica de todos los ciudadanos) y la propia *misión liberal-estatal del Derecho punitivo*, por un lado, y el fin de prevención especial de la pena y la *misión de policía social-estatal por el otro*». (Los subrayados son míos)

[209] Puede estimarse que el Proyecto gubernamental alemán de Código penal de 1962 es expresión de tales actitudes de reticencia.

[210] WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 29.

[211] Sobre el hecho de que, tras los debates habidos en los años setenta, en los ochenta vuelve a constatarse una clara disociación de Derecho penal y ciencias sociales, BESTE, *Zur Rolle der Sozialwissenschaften im Strafrecht — Kritische Anmerkungen zum Verhältnis von Soziologie, Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik*, en KritV 1989, pp. 149-178, p. 150.

[212] Son significativas las manifestaciones que hacen al respecto NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 1: Los cultivadores de las ciencias sociales tienden a pensar que el jurista se identifica con las normas

una verdadera integración metodológica no ha sido el menor el que partía de entender que la asunción de los métodos o de los resultados de la investigación de las ciencias sociales pondría al propio objeto (en sentido formal) en grave peligro de desaparición y a la propia disciplina en trance de disolución[213]. Un prejuicio que, por otra parte, se muestra plenamente justificado tan pronto como atendemos a las motivaciones, más o menos declaradas, de las «ciencias sociales» que entran en contacto con el Derecho penal. En efecto, algunas de éstas no se muestran como ciencias meramente empíricas, sino que adoptan una —por lo demás, en sí legítima— vertiente valorativa[214] desde la que, por lo común, expresan una actitud de abierta crítica frente al Derecho penal[215]. Así, leemos en JÄGER que «desde el principio fue su meta declarada (*scil.* la de la crítica psicoanalítica) la de privar al Derecho penal de 'una parte de sus objetos', para ponerlos, en razón de su competencia, en manos del educador o del médico»[216].

3. En relación con esto, no obstante, hay algo que parece obvio: Por un lado, que no cabe que el dogmático ignore en su labor los datos de la realidad, pues lo contrario implica marginar toda la vertiente práctica de su ciencia[217]. Como señala correctamente HASSEMER, la consideración de las aportaciones de las ciencias sociales (del saber empírico que ellas proporcionan) es ineludible para una Política Criminal que, a la hora de decidir sobre la reforma de las leyes, desee tener en cuenta, como parece lógico, los efectos reales del sistema del Derecho penal sobre la realidad[218]. Sin embargo, por otro lado, que tampoco el cultivador de la sociología, psicología, psicoanálisis, antropología, etc, puede olvidar que el Derecho posee una dimensión normativa. Esta, que es insustituible,

---

positivas de la sociedad, mientras que el jurista cree advertir en aquéllos una oculta connivencia con el delito; cfr. también las observaciones de HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*. Aarau / Franklurt 1976, p. 19 y ss.; EL MISMO, , *Reincidencia y medición de la pena*, en SCHÜNEMANN (comp.), El sistema modemo, pp. 179-195, p. 179-180.

[213] Cfr MÜLLER-DIETZ, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 112.

[214] Sobre la distinción entre ciencias sociales empíricas y valorativas, cfr. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Soziafflissenschaften*, 1972, p. 17 y ss [citado por JÄGER, *Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Festschrift für H. Henkel zum 70. Geburtstag*. Berlin / New York, 1974, pp. 125-140, p. 126 nota 11].

[215] Cfr. por ejemplo sobre esto BESTE, KritV 1989, p. 153, 176-177.

[216] JÄGER, *Henkel-FS*, p. 133-134, citando a ALEXANDER y STAUB, autores del conocido estudio «Der Verbrecher und seine Richter. Ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen». Wien 1929.

[217] Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 325 y ss. Asimismo, desde una perspectiva general de dogmática jurídica, GUSY, *«Wirklichkeit» in der Rechtsdogmatik*, JZ 1991, pp. 213-222, indicando que la dogmática ha de tener en cuenta las consecuencias reales que produce la aplicación del Derecho en un ámbito dado, incorporando los enunciados empíricos relativos a tales consecuencias a la elaboración conceptual (p. 218 y ss.), siempre en el marco jurídico establecido (p. 216-217).

[218] HASSEMER, *Einleitung. Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht*, en Hassemér (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Strafrecht. Fälle und Lösungen, Neuwied / Darmstadt 1984, pp. 1-21, p. 3. Cfr. también DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3* (1989), p. 76-77; POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal*, PG, I, 28 ed., Barcelona 1990, p. 209 y ss, 213 y ss; CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes)*, Madrid 1991, p. 45.

incide directamente en la definición de sus propios fines[219] e implica, para la dogmática, la existencia de un ámbito de autonomía en la elaboración conceptual[220]. Con todo, y pese a lo evidente de las afirmaciones anteriores, lo cierto es que ni juristas ni cultivadores de las ciencias sociales han tenido siempre en cuenta los límites mínimo y máximo, respectivamente, de las posibles aportaciones de la sociología, psicología, etc, a la ciencia normativa del Derecho penal[221]. En el caso de las ciencias sociales, ello puede responder a dos razones, en parte contrapuestas: Por un lado, resulta que, de modo no infrecuente, desde ellas se pretende establecer una vinculación del Derecho a los conocimientos empíricamente obtenidos. Como expone NAUCKE, describiendo esta postura, «lo fáctico adquiere el carácter de algo valioso. La aceptación de hechos confiere sentido. La esperanza —que yo veo como error— reside en que el conocimiento de lo real comportará automáticamente un actuar jurídico-penal correcto»[222]. Por otro lado, sucede asimismo, según antes se indicó, que las ciencias sociales no se agotan en la vertiente de análisis empírico de los procesos que acaecen en el seno de la sociedad, sino que pretenden ser también «ciencias de una sociedad humanitaria que contempla la dignidad de la persona, de una sociedad razonable,

---

[219] Naturalmente, como veremos, en esta definición normativa de fines pueden incidir, en gran medida, las aportaciones empíricas de las ciencias sociales, como objeto complementario de valoración. Sin embargo, por otro lado, debe tenerse presente que —como se señalará— cuando desde las ciencias sociales se procede a valorar la materia penal, adoptando posturas de abierta crítica frente al Derecho penal, no se puede alegar una legitimación empírica directa de los argumentos (el plano empírico no conlleva una determinada opción valorativa), sino que debe fundamentarse axiológicamente la propia opción, en plano de igualdad con las fundamentaciones axiológicas del Derecho penal convencional.

[220] Cfr. BOCKELMANN, *Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie*, en Gedächtnisschrift für G. Radbruch, Göttingen 1968, pp. 252-259, p. 253-254, 256, indicando que el penalista elabora sus conceptos teniendo en cuenta las investigaciones psicológicas, pero fundamentalmente considerando los fines a cuya consecución tales conceptos han de contribuir. El penalista, por tanto, no tiene que temer que el psicólogo pueda estar en condiciones de privarle de sus funciones, que el perito pueda suplir al juez. No es de recibo, pues, la idea de un Derecho penal que queda «sometido» a la psicología. También HASSEMER, en Hassemer (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 13 y ss., indicando que el límite de la incidencia de las ciencias sociales radica en que el jurista posee autonomía para decidir la relevancia que asigna a cada una de las aportaciones de aquéllas; aparte se refiere a consideraciones procesales.

[221] Algunas de las páginas más interesantes escritas sobre esta cuestión corresponden a WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 39, donde pone de manifiesto que los conceptos sociológicos han de experimentar necesariamente una transformación al situarse en un contexto y contemplarse desde una determinada perspectiva valorativa, y p. 49-50, donde alerta sobre lo erróneo de hacer de la sociología el «Derecho natural» de nuestro tiempo. Es decir, de advertir en ella contenidos vinculantes de modo absoluto para el jurista. Lo cual, dicho sea de paso, nos llevaría a una falacia naturalista, pues de lo fáctico (ser) no cabe derivar una consecuencia normativa concreta (deber ser).

[222] Críticamente, NAUCKE, *La Filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales* (trad. Queralt Jiménez), en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 73-96, p. 80, señalando cómo ello implica que esta corriente niega la existencia de un «abismo entre ser y deber ser» por entender que la realidad contiene en sí misma la estructura normativa. Cfr. también BACIGALUPO, *Relaciones entre la dogmática penal y la criminología*, en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 53-70, p. 62, criticando el modo de proceder de Ferri, por no respetar la diferencia entre ser y deber-ser, ni el principio que establece que del ser no puede derivarse el deber-ser.

de una mejor sociedad»[223]. Ello significa que los cultivadores de tales disciplinas frecuentemente presentan, además, una concepción valorativa acerca de la desviación y de los sistemas para su control que, en general, se muestra como alternativa a la propia del Derecho penal[224]. Así, muchas de ellas no han dejado de albergar la oculta (o manifiesta) pretensión de sustituir al delito y la pena, y con ellas al Derecho penal de cuño valorativo, por la «desviación» y la «terapia» como expresiones neutras de un control social de base empírica. Todo ello, además, con la idea de que ése es el único modo posible —absolutamente acertado, por su cimentación empírica— de construir los mecanismos punitivos en una sociedad, sin admitir alternativa alguna.

4. Lo anterior, comprensiblemente, ha dificultado tanto una auténtica cooperación interdisciplinaria como, mucho más, la adopción por la ciencia dogmática del Derecho penal de recursos metodológicos propios del ámbito extrajurídico. Sin embargo, en el último cuarto de siglo ha sido posible advertir una significativa variación en la actitud de los penalistas ante las llamadas «ciencias sociales». En efecto, el movimiento de «retorno a VON LISZT», una de cuyas más significativas manifestaciones fue el Proyecto Alternativo de Código penal alemán de 1966, trajo consigo una postura de generalizado anti-idealismo, de orientación realista y empírica del Derecho penal[225]. Así se generó, entre otras consecuencias, algunas de ellas ya mencionadas, un renacimiento en la atención prestada por parte de la dogmática a las disciplinas extrajurídicas[226].

> Es lo correcto hablar de renacimiento en este caso, dado que ya en la obra de VON LISZT pueden advertirse significativas influencias sociológicas[227]. Ciertamente, éstas no alcanzan a la dogmática sino sólo a la Política Criminal o la Penología; no debe olvidarse, a este respecto, que al Derecho penal y su ciencia normativa les corresponde, en el planteamiento global de VON LISZT, el papel de «barrera infranqueable de la política criminal». Con todo, a partir de este autor, y a medida que la dogmática ha ido advirtiendo la necesidad de «orientarse al problema» los razonamientos con elementos sociológicos han ido ocupando un lugar cada vez más importante en el análisis y solución de los problemas penales. Manifestaciones de ello son, en la propia obra de VON LISZT, la noción de bien jurídico, la concepción de la antijuricidad como dañosidad social, así como la consideración del concepto (psicológico) de culpabilidad como la expresión de una actitud asocial del autor, entre otras[228]. La tendencia

[223] Así la descripción de NAUCKE, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 75.

[224] Se advierte claramente en BESTE, KritV 1989, p. 177.

[225] Sobre el realismo, el empirismo, como elección epistemológica propia del Derecho penal orientado a las ciencias sociales, cfr. NAUCKE, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 76 y 77.

[226] WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 30. Aunque, naturalmente, la repercusión en la dogmática sea siempre menor que la que se produce en la Política criminal y en la teoría de las consecuencias jurídicas.

[227] Cfr. al respecto BACIGALUPO, en MIR PUIG (comp.). *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 58. Según este autor, las transformaciones producidas en la dogmática penal en tal momento histórico se deben, más que a nuevos conocimientos criminológicos, a «una disposición espiritual hacia una consideración empírica, sociológica y antropológica del delito».

[228] Al respecto, WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 35. Pero cfr. *supra* las matizaciones efectuadas a propósito de la obra de VON LISZT.

a la incorporación de los contenidos de las ciencias sociales —ahora ya claramente en la dogmática— prosiguió con el neokantismo. En efecto, pese a que éste partía de la radical separación de la realidad social y el mundo de los valores y las normas, la construcción teleológica de los conceptos que es característica de este movimiento favoreció la entrada de consideraciones psicológicas y sociológicas en el pensamiento penal. Ejemplos de ello: la teoría de las «*Kulturnormen*» de M. E. MAYER; el descubrimiento de los elementos normativos del injusto (entre los cuales se cuentan naturalmente los que aluden a valoraciones o sentidos sociales); la concepción material de la antijuricidad; y el concepto normativo de culpabilidad, con la especial referencia a la importancia de los «*begleitende Umstände*»[229]. En todos estos y otros campos es patente la posibilidad de incidencia de puntos de vista sociológicos[230].

5. Así pues, el progresivo «*Durchbruch zur sozialen Wirklichkeit*»[231], la tendencia —cada vez más perceptible, según se ha señalado— a orientar el discurso dogmático a la realidad de los problemas penales, ha traído consigo la generalizada consideración en éste de puntos de vista propios de las ciencias sociales. Estas han comenzado a tenerse en cuenta al menos en dos aspectos diversos. Por un lado, el del *objeto*, puesto que los resultados de las investigaciones de las ciencias sociales se han tomado como objeto de valoración junto a los aspectos más específicamente técnico-jurídicos. Por otro lado, el relativo al *método*, en la medida en que no pocas cuestiones dogmáticas se han tratado de analizar a partir de la metodología de determinadas ciencias sociales. Los ejemplos de lo primero son numerosos: en general, todos los estudios sobre temas dogmáticos integran hoy, como un elemento constitutivo, la valoración político-criminal de determinadas aportaciones de las ciencias sociales o empíricas. Probablemente, la llamada «doctrina social de la acción» fundada por Eberhardt SCHMIDT, marque uno de los puntos iniciales de esta intensificación. Ya en época más próxima a nuestros días, y a título meramente indicativo, pueden citarse sobre todo, diversos trabajos que tienen por objeto los conceptos jurídico-penales de acción, dolo y culpabilidad, en los que desempeñan un papel determinante las investigaciones de la psicología humana[232], así como los estudios sobre la propia categoría de la culpabilidad a partir de considerar las aportaciones del psicoanálisis[233]; entre

[229] O «circunstancias concomitantes» que serían la base de la doctrina de la «inexigibilidad».

[230] Cfr. sobre ello, por ejemplo, WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 36.

[231] La expresión es de WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 40. Cfr. también MÜLLER-DIETZ, en *Strafrechtsdogmatik*, p. VI; MAIHOFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, en Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für H. Henkel zum 70. Geburtstag. Berlín-New York 1974, pp. 75-87, especialmente p. 85 y 87.

[232] Cfr. básicamente PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Wien 1964; SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Lübeck 1967; SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck 1972; DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 4.ª ed., 1977.

[233] Cfr. sobre ello GIMBERNAT, *Estudios*, 3.ª ed., p. 146 y ss. Del interés que el tema despertó en su día en Alemania es muestra significativa el trabajo, ya citado, JÄGER, *Strafrecht und psychoanalytische Theorie*, Henkel-FS pp. 125-140. También la obra, antes citada y dedicada en concreto a otra cuestión, de HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, que, en su p. 46, señala concretamente que «la

otros[234]. En lo que hace a lo segundo, se advierte tal tendencia en trabajos como el de BEHRENDT, que pretende elaborar una teoría general del delito de orientación y con metodología psicoanalítica[235], el de BARWINKEL, con una teoría de la comisión por omisión de base sociológica[236] y, sobre todo, en el Tratado de JAKOBS, en el que las categorías sistemáticas, sometidas a una normativización (funcionalización), se llenan de contenido recurriendo a la teoría sociológica de los sistemas[237].

6. Por supuesto, me ciño aquí a la relación entre *dogmática* y ciencias sociales. Pues, evidentemente, el campo en el que las investigaciones de las ciencias sociales han tenido un eco más significativo ha sido en el de las teorías generales sobre el Derecho penal, el de las teorías de la pena[238] o del bien jurídico, etc. Estas, ámbito tradicional de especulaciones filosóficas, han sufrido una intensa conmoción como resultado de las aportaciones de la sociología, psicoanálisis, antropología, y de las propias críticas a las tesis clásicas surgidas de estas disciplinas[239]. De ello, sin embargo, habrá ocasión de ocuparse en un próximo capítulo. Baste, pues, aquí tan sucinta referencia, dado que estas páginas se dedican primordialmente a la incidencia de las ciencias sociales en el método dogmático y aquellos temas quedan evidentemente fuera de la conformación del sistema de la teoría del delito, la obra dogmática por excelencia. Ello, aunque, desde determinadas perspectivas metodológicas, puedan constituir un presupuesto de la misma e incidir en su contenido: así, desde luego, en las sistemáticas teleológicas, ya aludidas, y cuyas concreciones en las diversas categorías sistemáticas habrán de examinarse también más adelante. Como ejemplos de una teorización de la pena (y las funciones del Derecho penal) o del objeto de protección jurídico-penal que tiene en cuenta de modo

---

penetración en las causas psicosociales de la delincuencia no puede permanecer sin efectos en el sistema y la dogmática de nuestro Derecho penal» remitiendo (nota 14) a los intentos de algunos autores de someter a revisión la concepción tradicional de la culpabilidad. Resulta también muy interesante en esta línea el trabajo de LÜDERSSEN, *La imputación individualizadora de lesiones de bienes jurídicos: un límite infranqueable para las alternativas de la pena* (trad. MIR PUIG), en MIR PUIG (comp.) *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellatetra 1982, pp. 171-190. Otros temas del sistema dogmático del Derecho penal afectados por las investigaciones psicoanalíticas son la tipicidad y los elementos subjetivos: cfr. sobre lo primero, HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 46 y nota 12 y JÄGER, Henkel-FS, p. 136; sobre lo último, JÄGER, *Henkel-FS*, p. 137-138; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia 1990.

[234] Cfr. por ejemplo BUSTOS RAMÍREZ, *Revisión crítica de la teoría de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa*, en MIR PUIG (comp.) *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 191-213.

[235] BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*. Baden-Baden 1979.

[236] BARWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin 1968.

[237] Ello se advierte, por ejemplo, en la doctrina de la autoría, de la culpabilidad, de las posiciones de garantía en la omisión, etc. Cfr. JAKOBS, AT, p. V, 397,660, entre otras.

[238] Así BESTE, KritV 1989, p. 152.

[239] Cfr. sobre ello MIR PUIG, *Introducción*, p. 295 y ss., inclinándose por una acogida en el pensamiento jurídico-penal de la «dirección sociológica» básicamente a partir de los postulados de Luhmann. Sobre la necesidad esencial de atender a las ciencias sociales para la construcción de las finalidades preventivas a que debe tender el Derecho penal, HASSEMER, en Hassemer (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 9 y ss, 18.

central las perspectivas de las ciencias sociales, pueden referirse las obras de HAFFKE[240], JAGER[241], CALLIESS[242] o AMELUNG[243], en Alemania, y de GIMBERNAT ORDEIG[244] o LUZÓNPEÑA[245] en España; especial mención, por la polémica suscitada, merece JAKOBS con su concepción de la prevención de integración desde la perspectiva de la teoría de los sistemas[246].

7. El tema de las relaciones entre Derecho penal y ciencias sociales, sin embargo, no sólo ha trascendido a través de la asunción individual por los penalistas, en algunos casos, de los resultados o del método de la investigación de estas ciencias extrajurídicas. Se ha producido, además, una profunda reflexión teórica (metodológica)[247] acerca de las posibles ventajas e inconvenientes de un Derecho penal orientado en tal sentido.

Esta ha tenido lugar sobre todo en la década de los setenta y muy especialmente en el marco de la Universidad de Frankfurt. Al respecto, cabe mencionar, como fundamentales, las siguientes obras: NAUCKE, *Über die juristiche Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt 1972; LÜDERSSEN/SACK (comp.), *Abweichendes Verhalten*, Frankfurt, tomos I (1974), II (1975), III (1976/1977) y IV (1980); LÜDERSSEN/SACK (comp.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, tomos I y II, Frankfurt 1980; los trabajos de HASSEMER, LÜDERSSEN y NAUCKE en la obra compilada por MIR PUIG, *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982; y, en fin, el libro de HASSEMER, LÜDERSSEN y NAUCKE *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, aparecido en 1983 con la versión alemana de aquellos trabajos[248]. En otro plano, por la adopción de perspectivas estrictamente criminológicas, pero referido a la misma cuestión, cabe mencionar el Simposio del «Arbeitskreis Junger Kriminologen» celebrado en 1980 sobre el tema «Sozialwissenschaften im Strafrecht-Forschung, Lehre, Praxis» que generó buen número de trabajos publicados en el «Kriminologisches Journal» de 1981[249]. También desde puntos

---

[240] HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 49 y ss.

[241] Cfr. por ejemplo, JÄGER, *Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft*, en Lüderssen/Sack, Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1, Frankfurt 1975, pp. 107-127. También, JÄGER (Hrsg.). *Kriminologie im Strafprozess. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*. Frankfurt 1980.

[242] CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt 1974, p. 35 y ss., 75 y ss.

[243] AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt 1972, p. 358 y ss.

[244] GIMBERNAT, *Estudios*, 3.ª ed. p. 148 y ss.

[245] LUZÓN, *Prevención general y psicoanálisis*, en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 141-157.

[246] JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed, Ap. 1 n.º marg. 4 y ss.

[247] Cfr. CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 29, 49 y ss., 52, mostrándose contrario a seguir un método «aditivo» y favorable a una opción «integradora» de disciplinas.

[248] Asimismo la obra ya citada, compilada por HASSEMER, *Sozialwissenschatten im Strafrecht*. En un ámbito jurídico general, aunque con significativas aportaciones relevantes para el Derecho penal, cabe mencionar también el tomo primero de la colectánea compilada en dos tomos por D. GRIMM, *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, 2.ª ed., 1976.

[249] Cfr. al respecto, K. F. SCHUMANN/GIEHRING/KLEIN-SCHONNEFELD/PONGRATZ/C. SCHUMANN/VILLMOW, *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, KJ 1981, pp. 164-170.

de vista básicamente criminológicos y sociológicos, puede mencionarse el Festschrift für Lieselotte Pongratz —München 1986—, compilado por H. Ostendorf, que lleva el significativo título de «Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften».

8. En estas y otras obras[250] los autores penalistas, con independencia de su actitud más o menos favorable a una integración de Derecho penal y ciencias sociales, comparten algunas reservas sobre los eventuales perjuicios que la asunción incondicional de tal metodología podría causar a nuestra disciplina (tanto a la dogmática del delito, como a otros aspectos de la misma). Así, por ejemplo, se alude a la posible pérdida de garantías y límites valorativos en la imposición de la pena, a la disolución de la dimensión garantística de las categorías del sistema del Derecho penal, e incluso a la propia desaparición del Derecho penal, que vendría a ser sustituido por un sistema de control terapéutico de base «empírica». La idea de fondo es, por tanto, un cierto temor a que la efectiva recepción de las ciencias sociales en el ámbito penal conlleve que las mismas invadan espacios de necesario carácter valorativo. En efecto, por mucho que se asimilen los resultados de las investigaciones de las ciencias sociales, lo que sin duda habrá de contribuir a un mayor realismo de la dogmática y, en general, de los mecanismos de aplicación del Derecho penal, no es en absoluto de recibo una eventual desaparción de la decisiva vertiente normativa propia del Derecho penal. Así, por ejemplo, el juicio de atribución de responsabilidad no puede pasar a ser una cuestión empírica, que haya que decidir con argumentaciones empíricas y de la que esté ausente toda consideración valorativa, eludiéndose así la cada vez más difícil fundamentación axiológica de la imposición de la sanción penal. Un ejemplo probablemente ilustrativo a este respecto es la incorporación por JAKOBS de la teoría sociológica de los sistemas en la construcción de buen número de categorías de su concepción del delito. Desde esta perspectiva, la afirmación, por ejemplo, de la existencia de culpabilidad no se presenta ya como el producto de un juicio valorativo, sino como la forma de resolver una situación de conflicto social no «procesable», «asimilable» por la sociedad de otro modo (por ejemplo, a través del sometimiento del sujeto a tratamiento psiquiátrico). Todo ello, con el único fin de estabilizar el sistema social. Como apunta Armin KAUFMANN[251], desaparecen de un planteamiento así el deber ser, los valores, una teleología de la justicia, reduciéndose todo a una constatación empírica de la «*Systemnützlichkeit*» (utilidad al sistema) de la tesis adoptada.

A mi entender, los riesgos implícitos en tal planteamiento, patentes de modo creciente, se han expuesto acertadamente por KREISSL. Según este autor, el incremento del recurso a argumentos de —pretendida, añadimos aquí— base

[250] Cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, Madrid 1990, p. 38 y ss., 43 y ss.

[251] Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, p. 292 y 293, donde somete a crítica a la teoría de los sistemas de Luhmann.

empírica en Derecho penal se debe al carácter cada vez más pluralista y menos integrado de la sociedad, que hace difícil una fundamentación normativa de la criminalización y la descriminalización, y lleva a caer en la tentación del empirismo y a sustituir, como «*leit motiv*», la idea de sanción del comportamiento individual merecedor de pena por la idea de «logro del equilibrio en la sociedad» concebida como sistema complejo[252]. La pérdida de referencias normativas da lugar a un creciente pragmatismo, cuyos peligros no cabe ignorar[253].

9. Así pues, una valoración realista de los posibles efectos de las ciencias sociales sobre el Derecho penal, en general, y sobre la dogmática de la teoría del delito, en particular, no puede dejar de poner de manifiesto sus efectos ambivalentes: Por un lado, la asunción o recepción de argumentos procedentes de las ciencias sociales produce un indudable efecto de «realismo» en el sistema jurídico[254]. En la medida en que tales ciencias sociales tienen por objeto el comportamiento humano, desde diferentes perspectivas, deben tenerse en cuenta los resultados alcanzados por ellas como objeto de valoración[255]. Sin embargo, por otro lado, no cabe esperar de las mismas ni un cambio metodológico esencial, ni, mucho menos, el abandono del Derecho penal y su sustitución por otras formas alternativas de control social, como desde alguna de estas ciencias parece proponerse. Ya antes se ha hecho alusión a que un «abandono» del Derecho penal en manos de las consideraciones «científico-sociales» podría favorecer, dada la ausencia de límites y controles valorativos, la aparición de procesos de estigmatización colectiva e hipercriminalización de exclusiva base utilitarista[256].

Valga a este respecto la consideración de que la «ideología del tratamiento» y sus antecedentes en la Escuela positiva y en las tesis de la defensa social responden, en buena medida, a una orientación del Derecho penal (básicamente en los aspectos de la culpabilidad y del sistema de sanciones) a las ciencias sociales. De ahí que, tras el manifiesto fracaso de tal ideología la tendencia general parezca haberse hecho algo más reticente ante las posibles aportaciones de las ciencias sociales a nuestra disciplina.

---

[252] KREISSL, *Vom Nachteil des Nutzens der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, ZfRS 9 (1988), Heft 2, pp. 272-289, p. 283 y ss.

[253] KREISSL, ZfRS 9 (1988), 2, p. 281.

[254] Un tema que estimo de gran interés, en cuyos detalles sin embargo, no es posible entrar aquí, es el de la relación entre la tendencia hacia una normativización de las categorías del delito y la orientación del Derecho penal a las ciencias sociales. Una y otra no son, como pudiera parecer a primera vista, dimensiones contrapuestas. De hecho, ya se ha dicho que la normativización, por lo general, requiere una orientación de las categorías a los fines del Derecho penal. La concepción que de éstos se tenga puede, sin embargo, estar directamente condicionada por consideraciones propias de las ciencias sociales. La relación que JAKOBS establece entre funcionalización de las categorías y concepción de la función del Derecho penal desde perspectivas de la teoría sociológica de los sistemas es buena prueba de ello.

[255] Valen a este respecto, de alguna manera, las consideraciones, antes mencionadas, de WELZEL, en el sentido de que las ciencias que se ocupan del mismo objeto no pueden alcanzar conclusiones contrapuestas sobre el mismo.

[256] KREISSL, ZfRS 9 (1988), 2, p. 289.

10. Para evitar tan negativas consecuencias, la dogmática penal debe adoptar una postura prudente[257] ante las aportaciones de las ciencias extrajurídicas : tener, ciertamente, en cuenta tales investigaciones de modo permanente; pero, a la vez, impedir que aquéllas y sus argumentaciones propias puedan llegar a asumir el papel de fundamentar la atribución de responsabilidad. Esta, por mucho que, para eludir fundamentaciones a veces de gran dificultad y apoyar ampliaciones del ámbito de intervención punitiva, se presente como producto de una investigación empírica, es siempre una decisión valorativa. En consecuencia, la argumentación que la sustente ha de ser también de naturaleza valorativa, por más complicado que ello vaya resultando a medida que la sociedad contemporánea pierde sus elementos tradicionales de integración en este plano.

> Como señala atinadamente García-Pablos, debe huirse del «...*sociologismo* de quienes emplazan el Derecho en el terreno neutro y relativo de los 'sistemas sociales', preocupados sólo de la funcionalidad o disfuncionalidad para los mismos de las 'diversas condiciones'. Olvidando que el ámbito específico del Derecho es el de lo 'normativo' y el de las 'valoraciones'»[258].

d) La orientación a las ciencias sociales. Conclusión.

La *conclusión* que debe extraerse de todo lo anterior deriva fundamentalmente de la doble naturaleza que antes se ha atribuido a las disciplinas que hemos dado en llamar «ciencias sociales». Estas son, por un lado, efectivamente disciplinas empíricas; por el otro, sin embargo, sus cultivadores suelen realizar además proposiciones valorativas, normalmente críticas respecto al Derecho penal, sobre el sistema de penas, las teorías de los fines de la pena o del bien jurídico, e incluso sobre la configuración de categorías de la teoría del delito. La actitud que la ciencia del Derecho penal, en general, y la dogmática del delito, en particular, ha de adoptar respecto a tales aportaciones es, asimismo, doble. Por un lado, evidentemente, ha de tener muy presentes, a la hora de construir su sistema de proposiciones valorativas, las aportaciones empíricas de las ciencias sociales, que le suministran nuevas informaciones sobre ciertos ámbitos de su objeto y la ponen en contacto con la realidad social, algo importante en una

---

[257] Como señala García-Pablos, RFDUC 63, otoño 1981, p. 37: «Tan nefasto me parece el oscurantismo que aisló, durante mucho tiempo, a nuestra ciencia de la realidad social, como la frívola recepción de todo dato procedente del mundo empírico, amparada en el prejuicio positivista de la exactitud y superioridad de las ciencias naturales respecto a las del espíritu». También Kaiser, *Strafrecht und Psychologie*, en Grimm (comp.) Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, tomo 1, 2.ª ed., 1976, pp. 195-214, p. 210, estima necesario relativizar la integración de aspectos empíricos, que, además, no siempre llevan el sello de la seguridad, mediante una permanente observancia de los principios jurídico-políticos fundamentales (humanidad, libertad, proporcionalidad e igualdad).

[258] García-Pablos, RFDUC 63, otoño 1981, p. 35. En el mismo sentido, De la Cuesta, *Eguzkilore 3* (1989), p. 77-78.

disciplina «práctica». Con todo, no debe olvidarse que estos datos, por sí solos, ni deben ni pueden tener repercusión alguna en el sistema del Derecho penal; por el contrario, han de ser sometidos a un juicio de valor para situarlos en el contexto propio de la ciencia normativa, valorativa, del Derecho penal[259]. Ello, naturalmente, implica una cierta relativización de la incidencia en la dogmática —y en todo el Derecho penal— de los enunciados empíricos procedentes de las ciencias sociales. Como se verá *infra* en relación con las proposiciones de la criminología, es preciso aquí un factor de mediación, que viene constituido por la Política criminal.

> Como señala García-Pablos, no existe «...una *zona neutra*, ni unos resultados *inequívocos* y *asépticos*. No hay tales 'bancos de datos'. (...) asistimos hoy a un proceso de desmitificación del dato, de *problematización* del mismo. Se quiera o no se quiera, el dato también requiere de una *teoría* y de una *interpretación*, sin las que sería material inservible, apto sólo para el 'cementerio de cifras'»[260].

Por otro lado, la dogmática debe también —evidentemente— prestar atención a los juicios valorativos que proceden de las «ciencias sociales» y que sus cultivadores formulan sobre la base de sus estudios empíricos relativos a diversos aspectos del fenómeno delictivo o punitivo. Sin embargo, parece obvio que la actitud ante una y otra faceta de la actividad de los científicos sociales no debe ser idéntica: la empírica, con los límites y matizaciones que hemos establecido, vincula, debe tenerse necesariamente en cuenta; la valorativa, en cambio, se sitúa en el mismo nivel que las valoraciones que efectúen los propios juristas y no puede aspirar a prevalecer automáticamente sobre éstas. Ciertamente un juicio de valor realizado teniendo en cuenta datos empíricos podrá pretender gozar de mayor «autoridad» que otro basado en meras consideraciones de razón o de intuición; sin embargo, no podrá imponerse sobre otro juicio de valor en sentido contrario —por ejemplo, uno que se realice del «lado» de los juristas— si éstos también han tenido presentes los datos empíricos. Las valoraciones realizadas por los cultivadores de las ciencias sociales son, de hecho, «política criminal» (elaborada «desde fuera») que no posee mayor legitimidad, en absoluto, que la que pueda hacerse desde las filas de los penalistas. En efecto, la Política criminal, como conjunto de proposiciones valorativas (expresión de un deber-ser), no puede obtenerse como derivación necesaria de ciertas constataciones empíricas (pertenecientes al plano del ser), sino que sólo puede derivarse de otras premisas valorativas. Ciertamente, todas ellas tendrán por objeto datos de la realidad, pero los mismos no condicionan su contenido[261]. La decisión político-criminal,

---

[259] Cfr. sobre esto, Hassemer, en Hassemer (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 9.

[260] García-Pablos, RFDUC 63, otoño 1981, p. 37.

[261] Ya se ha señalado que de una determinada constatación empírica propia de la sociología, por ejemplo, la elevada cifra negra en un determinado delito, no se desprende con carácter necesario ninguna

sea quien sea quien la tome, no deriva inmediatamente del resultado de una investigación empírica, sino que requiere la realización de una «opción valorativa». Su presentación como algo puramente empírico es una mistificación que conviene descubrir y rechazar.

> Señalado todo lo anterior, se comprenderá que una labor de gran importancia es la de distinguir, en el seno de las proposiciones que emanan de las ciencias sociales, cuáles son empíricas y cuáles son valorativas. Ello resulta difícil por dos razones, básicamente: por un lado, porque es relativamente común que lo que en sí es valorativo se presente como empírico para conseguir una aceptación general[262]; por otro lado, porque en ocasiones se presenta como empírico un resultado que en realidad no está suficientemente contrastado, y que debería ofrecerse como mera hipótesis[283]. En todo caso, resulta obvio que la cooperación de Derecho penal y ciencias sociales, una vez transcurridos los años de euforia, debe afrontarse con reservas que la hagan verdaderamente eficaz para ambas partes y respetuosa con la diversidad de enfoques, sin producirse ninguna tergiversación ni manipulación[264].

e) En especial, la relación entre Dogmática y Criminología.

1. Examinados los problemas que plantea la relación entre dogmática y ciencias sociales, conviene aludir ahora a la recepción por aquélla de los resultados empíricos de las investigaciones criminológicas, dada la innegable proximidad «por razón del objeto» existente entre dogmática y criminología[265]. También aquí, sin embargo, al igual que de modo general en la relación entre Derecho penal y ciencias sociales, se han dado y continúan produciéndose significativas tensiones. Así, junto a una dogmática que tradicionalmente ha dado la espalda a la criminología[266], se han sucedido en la criminología diversos intentos de sustituir al enfoque dogmático (valorativo-normativo, jurídico, en suma) del delito por

---

conclusión político-criminal: cfr. sobre esto ZIPF, *Introducción a la Política criminal*, Madrid 1979, p. 12-13: así, la extensa cifra negra en el aborto se emplea como argumento en favor de la despenalización, mientras que en la criminalidad económica se emplea como argumento para una lucha más intensa.

[262] Cfr. sobre esto MÜLLER-DIETZ, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 115 y 145 y ss. Como apunta GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 37, «detrás de una tesis, aparentemente neutra, se esconde, a veces (y como alguien ha dicho), la trampa propagandística de quienes sólo pretenden ratificar unos postulados ideológicos de modo que la verificación del dato no cumple más que la pobre función de coartada».

[263] Cfr. en relación con el psicoanálisis, JAGER, *Henkel-FS*, p. 129 y 132.

[264] Cfr. al respecto los esclarecedores trabajos de BÖLLINGER, *Sozialwissenschaften im Strafrecht: Resignation und Abstinenz*, KrimJ 1981, pp. 171-177; y de WALTHER, *Wissenschaftstheoretische Probleme und Perspektiven der Integration: Zur Präzisierung des Verhältnisses von (Straf-) Rechtsdogmatik und Sozialwissenschaften*, KrimJ 1981, pp. 185-206.

[265] Cfr. sobre esto WÜRTENBERGER, *De geistige Situation*, p. 39; EL MISMO, *Kriminalpolitik*, p. 43; BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 38.

[266] Cfr. críticamente WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 9; también, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 32-33.

otro «criminológico» y, por ello, pretendidamente «empírico»[267]. Ambas cosas resultan rechazables. Por un lado, parece claro que, en la actualidad, ni el Derecho penal ni, en particular, la dogmática del delito —que pretende abrirse a la realidad social— pueden construirse al margen de los datos que les proporcione la criminología en tanto que ciencia de los factores empíricos de la desviación delictiva[268]. En efecto, cualquier construcción preventiva (orientada a fines) del Derecho penal ha de atender a las informaciones que le proporciona la criminología sobre los efectos que puede tener una pena en la vida futura del autor o sobre la eficacia intimidatoria o estabilizadora de determinadas conminaciones penales[269]. Por añadidura, valen las mismas afirmaciones a propósito de una dogmática orientada a fines, que ciertamente precisa, de modo especial, adquirir conocimientos empíricos sobre el autor y la víctima[270]. Sin embargo, de otro lado, debe también reiterarse que las decisiones centrales del Derecho penal, y, en concreto, las propias de la dogmática del delito (por ejemplo, la que versa sobre la atribución de responsabilidad) son decisiones valorativas. Ciertamente, tales valoraciones podrán tener en cuenta, en mayor o menor medida, los datos empíricos que suministren la Criminología[271] u otras ciencias sociales; sin embargo, ello no puede desvirtuar en ningún caso la naturaleza de las decisiones: lo que es esencialmente valorativo no puede presentarse cómo producto de la investigación de la realidad[272]. Del *ser* no se deriva el *deber ser*, y los resultados de una investigación criminológica pueden dar lugar a decisiones valorativas contrapuestas, en función de la diversidad de las premisas axiológicas de que parta el jurista (o el científico social, si es éste quien procede a valorar)[273]. Todo ello exige una suma pureza metodológica a la hora de integrar

---

[267] Sobre esto y lo anterior, AMELUNG, ZStW 92 (1980), p. 45-47. Es significativo que algunos autores hayan llegado a preguntarse «qué deja en pie la criminología del Derecho penal». Así H. KAUFMANN, *Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, JZ 1962, p. 193 y ss., concluyendo en p. 197 que la criminología deja en pie todavía el edificio del Derecho penal; cfr. también BRAUNECK, *Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, MschrKrim 46 (1963), p. 193 y ss.

[268] Así la define HASSEMER, *Fundamentos*, p. 32.

[269] HASSEMER, en Hassemer (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 10-11. Cfr. también sobre ello AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, ZStW 92 (1980), pp. 19-72, p. 32-33; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal* PG, I, 2.ª ed., p. 201 y ss.

[270] Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, p. 40-41. Cfr. asimismo MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 316-317.

[271] Cfr. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 31 y ss., 37. La Criminología es una ciencia de hechos, no normativa, que se mueve a caballo de las ciencias de la naturaleza y del espíritu (p. 38 y 40). Sobre la misión de la criminología, de aportar datos a la política criminal, SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminologie als Herausforderung der Kriminalpolitik*, KritV 1990, pp. 313-326, p. 314.

[272] Como señala WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 39, la criminología por sí sola no puede determinar qué es antinormativo y, por ello, delito.

[273] Las ciencias sociales, y entre ellas la criminología, operan con criterios de idoneidad y eficacia (criterios económicos en sentido amplio), lo que obviamente no es suficiente para la ciencia normativa del Derecho penal. Para ésta son decisivos los principios garantísticos formales y materiales del Estado de Derecho, básicamente la idea de proporcionalidad en sentido amplio: Cfr. sobre esto HASSEMER, en Hassemer (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 19.

en el sistema las conclusiones dogmáticamente relevantes que pueda aportar la ciencia criminológica.

> Como señala BERISTAIN, «los penalistas, los Magistrados deben acercarse a los criminólogos; pero no para cederles, ni por un momento, sus togas, su misión —difícil— de juzgar y valorar la culpabilidad y la responsabilidad de los hombres, sino únicamente para recibir de ellos el fruto maduro de las investigaciones psicológicas, económicas, sociológicas, etc., con las que enriquezcan su visión humana y científica de la vida y del hombre, de lo permitido y lo prohibido, de lo normal y de lo anormal»[274].

2. A mi juicio, la necesaria colaboración de dogmática y criminología ha de pasar ineludiblemente por el «puente» de a Política criminal[275]. Se trata de formular claramente los resultados (empíricos) de la investigación criminológica propiamente dicha. A continuación, deben integrarse todos esos datos, junto con aquéllos de los que previamente se disponga, en un contexto general valorativo, a fin de que contribuyan a adoptar las decisiones de las que resultará el contenido (variable) de las premisas político-criminales, desde las más generales hasta las más específicas. Finalmente, debe dejarse «penetrar las decisiones valorativas politicocriminales en el sistema del Derecho penal»[276]. Este modelo, sin embargo, requiere una reconstrucción del concepto y funciones de la moderna Política criminal (*de base criminológica*) que la alejan por igual de la tradicional Política criminal *racionalista* y de la Política criminal *positivista* del modelo de VON LISZT[277]. Frente a la primera, y de conformidad con la segunda, la Política criminal actual no puede configurarse como un entramado de postulados valorativos dictados por la razón, prescindiendo de los datos empíricos; por el contrario, debe asentarse sobre los mismos, pues, de lo contrario, constituiría un conjunto de meras peticiones de principio[278]. No obstante, a diferencia del segundo modelo —y más próxima, por ello, al primero— las concretas decisiones de la moderna Política criminal no resultan con carácter necesario de los datos empíricos obtenidos por la criminología. Como ha señalado, con razón, KÜHL, el cultivador de la Política criminal ha de tomar los datos empíricos y operar luego a partir de principios jurídico-políticos (como los de humanidad, proporcionalidad, libertad, igualdad, eficacia, etc)[279]. Así, los enunciados de la Política criminal, en tanto

---

[274] BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 38-39.

[275] Cfr. en este sentido MIR PUIG, *Introducción*, p. 306, 325 y 345-346; BESTE, KritV 1989, p. 169 y ss. Cfr. también DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3* (1989). p. 78.

[276] ROXIN, *Política criminal*, p. 33. A juicio de MIR PUIG, *Introducción*, p. 324 y ss, y 346, la concepción realista de la ciencia del Derecho penal como «ciencia social» y de sus conceptos como elementos que cumplen una determinada función social, prepara perfectamente el ámbito sistemático para la integración de consideraciones político-criminales.

[277] En este sentido, GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 36.

[278] Cfr. al respecto MIR PUIG, *Introducción*, p. 307 y ss. Crítico sobre el hecho de que el cultivador de la política criminal no consulte al criminólogo, SCHÜLER-SPRINGORUM, KritV 1990, p. 315.

[279] KÜHL, *Wertordnung oder Freiheitsordnung? Zur Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Kriminalpolitik*. GA 1977, pp. 353-365, p. 355.

que expresan un deber-ser, no pueden ver su contenido condicionado de modo vinculante por enunciados empíricos, sino que son, de modo inmediato, manifestación de la autonomía de la misma como «ciencia valorativa»[280]. En suma, pues, la Política criminal actual opera mediante la valoración (desde concretas perspectivas jurídico-políticas) de los datos empíricos suministrados por la criminología[281]. Las valoraciones resultantes actuarán «*de lege ferenda*» como criterios rectores de la reforma legal. Sin embargo, como ya se ha señalado, cumplen también una función dogmática (*de lege lata*) tanto en los tipos de la Parte Especial como en el sistema de la teoría del delito[282]. En lo que se refiere concretamente a esta última, la conformación de un sistema no deductivo-axiomático, sino «abierto» (a la realidad social y a las valoraciones políticas) permite la incidencia directa de la política criminal (e indirecta de la Criminología) en la elaboración de categorías y conceptos[283]. La integración de dogmática y política criminal expresa, por tanto, el modo en que tiene lugar actualmente la colaboración de la criminología con la dogmática[284].

3. Un ejemplo satisfactorio del modelo enunciado de dogmática atenta a las investigaciones empíricas (en este caso, las de la Victimología) es el representado últimamente por la llamada «Victimo-dogmática» o dogmática orientada al comportamiento de la víctima. En efecto, la victimología ha demostrado la existencia de víctimas cuyo comportamiento actúa como factor co-causal de la producción del delito. Este es el dato empírico. A partir de ahí, es ya tarea políticocriminal la de valorar si ello ha de implicar y en qué casos, una atribución de corresponsabilidad a la víctima en el delito, y cómo puede ello repercutir en la responsabilidad criminal del autor. Finalmente, la dogmática habrá de traducir en estructuras categoriales y sistemáticas tales valoraciones. Como se advierte, se toma el dato empírico como objeto de valoración, pero la valoración en sí corresponde a la dogmática-político-criminal, y no puede ser sustituida por consideraciones criminológicas o victimológicas[285].

---

[280] Como señala MIR PUIG, *Introducción*, p. 310, «debe pasarse de una Política criminal 'tecnocrática' a una Política criminal 'política'»; cfr. también TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade*, p. 11.

[281] MIR PUIG, *Introducción*, p. 306: A la Política criminal le corresponde la función de «fijar las premisas *axiológicas* del Derecho penal en base a la contemplación de las conclusiones obtenidas por la Criminología acerca de la *realidad* del delito y de la pena».

[282] Sobre estas dos modalidades de valoración, cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 307 y ss.

[283] Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 306 y 346.

[284] Así también, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 186-187; GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 36. Un reciente intento de conformar el sistema del Derecho penal a partir de las aportaciones de la criminología es el de SCHEFFLER, *Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems —unter Berücksichtigung wissenschaftstheoretischer Voraussetzungen und des gesellschaftlichen Strafbedürfnisses*, Frankfurt 1987. Cfr., por lo demás, sobre las posibilidades de cooperación entre Derecho penal y Criminología, los importantes trabajos de D. KRAUß, *Kriminologie und Strafrecht*, (pp. 233-266) y de SCHEWE, *Strafrecht und Kriminologie* (pp. 267-287), en D. Grimm (comp.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, tomo 1, 2.ª ed., 1976.

[285] Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la «victimodogmática»*, en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio BERISTAIN, San Sebastián, 1989, pp. 633-646.

4. Vistas así las cosas, se comprenderá al pronto que la asunción dogmática de postulados criminológicos sea más fácil respecto a enunciados de la criminología «standard» —que permanece en la actualidad, si bien con una significativa ampliación de perspectivas y métodos[286]— que respecto a los de la llamada «criminología crítica» sostenida por un sector de los criminólogos actuales[287]. En efecto, no debe olvidarse que la criminología tradicional se caracterizó —durante el período en que la dogmática la tuvo en cuenta— por desempeñar una función auxiliar respecto a la misma, proporcionándole al sistema una base ontológica y naturalística[289]. En realidad, la criminología «etiológica», al centrarse en el estudio empírico del hecho delictivo, resultaba tener exactamente el mismo objeto material que la dogmática (y el Derecho penal, en general), lo que posibilitaría una directa toma en consideración de sus proposiciones[290]. En cambio, la criminología crítica abandona este objeto para pasar a centrarse tanto en la conducta desviada como en los sistemas sociales establecidos para su control; y ello, además, con una vocación no tanto cognoscitiva como valorativa y de transformación social[291]. Si a lo anterior se añade que —lógicamente— resulta muy discutible la determinación de dónde se hallan las fronteras de lo empírico y lo político-ideológico en los enunciados de la criminología radical, se comprenderá la enorme dificultad de una colaboración entre la misma y la dogmática. En realidad, cabe estimar que los criminologos críticos abandonan —al menos en parte— el plano de los estudios empíricos del hecho criminal para pasar a conformar una teoría «crítica» (ideológica), valorativa, por tanto, del fenómeno punitivo[292]. Podría decirse, pues, que lo fundamental en ella es la formulación

---

[286] Cfr. KAISER, CPC 1988, p. 55, aludiendo a la conformación en la actualidad de un equilibrio de perspectivas: análisis empírico del delito, delincuente, víctima, instancias del control social. BARATTA, *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, en MIR PUIG (comp.), La reforma del Derecho penal II, Bellaterra 1981, pp. 25-61, p. 53, alude a la denominada «criminología multifactorial» como la preferida por los juristas. Se trata, a su juicio, de «aquella criminología que, manteniendo todos los equívocos relacionados con el paradigma etiológico positivista, renunció al mismo tiempo a seguir contextos teóricos amplios, como lo hiciera la criminología liberal en sus mejores días».

[287] Sobre esto último, de modo general, cfr. BACIGALUPO, en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 65 y ss.; BESTE, KritV 1989, p. 169.

[288] Cfr. BARATTA, en *La reforma del Derecho penal II*, p. 29, donde indica cómo en el período de entreguerras se imponen en la dogmática corrientes que sostienen su independencia respecto de consideraciones sociológicas y antropológicas.

[289] Cfr. sobre esto BARATTA, en *La reforma del Derecho penal II*, p. 26 y 27, señalando la «convergencia de la dogmática y la criminología en la legitimación del sistema»; GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 33.

[290] BACIGALUPO, en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 66.

[291] Lo pone de relieve GARCÍA-PABLOS, RFDUC 63, otoño 1981, p. 34-35; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 149-150. Como señala BESTE, KritV 1989, p. 169, desde esta perspectiva la criminología se concibe como ciencia del Derecho penal y de sus alternativas.

[292] Cfr. al respecto GROSSO GALVÁN, *Necesidad de la existencia de una criminología radical: contribución y carencias en las teorías criminológicas actuales*, CPC 1983, pp. 367-383, p. 383: «Los análisis empíricos de la realidad social no tienen valor en sí mismos si no son interpretados y valorados, y cuando lo son ya están ideológicamente impregnados de soluciones determinadas». Esto es, a mi juicio,

de una teoría político-criminal global cuya proposición fundamental —cuya última pretensión— no es la reforma sino la propia desaparición del Derecho penal tal como hoy se conoce. Es precisamente esta circunstancia, que propicia que la Criminología crítica tenga por objeto de análisis al propio Derecho penal y sus instituciones[293], entre ellas la dogmática jurídico-penal, la que dificulta hasta imposibilitar una colaboración fructífera[294]. Pues, en efecto, resulta que, simplificando al máximo, la criminología crítica no sólo pone en cuestión a la dogmática, sino al propio marco general en que la misma se desenvuelve. No obstante ello, naturalmente, la ciencia normativa del Derecho penal puede y debe tener muy presentes los análisis críticos (valorativos) que se le dirigen desde las filas de la criminología crítica. Estos, en efecto, pueden ayudar a poner de relieve en algunos casos que la conceptualización dogmática no responde a los principios valorativos del Estado en que se ubica y, en consecuencia, reforzar la faceta «crítica» inherente a toda dogmática que pretenda estar abierta a la realidad social.

> En este sentido ha señalado BACIGALUPO que «es de suponer que estos puntos de contacto (*entre la dogmática y la criminología radical —sociología del control social—*) se darán allí donde la investigación sociológica de la reacción social al delito sirva para demostrar que los instrumentos conceptuales de la Dogmática penal frustran en su aplicación práctica la realización de los principios de los que depende la legitimidad de la reacción penal en un Estado democrático»[295].

---

cierto. Pero no obsta a la necesidad de expresar con claridad cuándo las proposiciones que se formulan son empíricas y cuándo valorativas. A mi juicio, ello no sucede siempre en el ámbito de la criminología crítica. Al contrario; es frecuente leer que lo expresado en tal o tal enunciado «refuta» algún principio tradicional del Derecho penal, cuando lo cierto es que lo valorativo ni puede «refutar» ni ser «refutado» sino que se encuentra en otro nivel: el argumentativo. La Criminología crítica es, en realidad, expresión de una Política criminal alternativa. Muy significativo, al respecto, es que en K. F. SCHUMANN, *Kriminologie als Wissenschaft vom Strafrecht und seinen Altemativen*, MschrKrim 70 (1987), pp. 81-88, p. 87, se destaque la importancia de estrategias de investigación «cualitativas» por encima de las cuantitativas. Vid. además BESTE, KritV 1989, p. 176 y ss.

[293] Cfr. en términos clarificadores sobre esta orientación K. F. SCHUMANN, MschrKrim 70 (1987), pp. 81-88, passim. En España, CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 46 y ss, 49, 52 : «Más bien la Dogmática está subordinada a la nueva Criminología, dado que la primera se convierte en objeto de estudio de la segunda».

[294] En el mismo sentido, desde la óptica de la Criminología crítica, BARATTA, en *La reforma del Derecho penal II*, p. 42 y 43. Vid. también BACIGALUPO, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 66.

[295] BACIGALUPO, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 69; sobre la función crítica de la dogmática, p. 70. Cfr. también GROSSO GALVÁN, *Nueva criminología y dogmática jurídico-penal*, CPC 1980, pp. 47-73, p. 71 y ss. SCHUMANN/GIEHRING/KLEIN-SHONNEFELD/PONGRATZ/C. SCHUMANN/VILLMOW, KrimJ 1981, p. 167 y 168, advierten mayores posibilidades de cooperación entre Derecho penal y criminología crítica y fijan la misma los siguientes ámbitos: *en primer lugar*, el de un debate diferenciado sobre la base de legitimación del Derecho penal como medio idóneo de resolución de conflictos sociales; *en segundo lugar*, el de las estrategias de la política criminal, en el que la cooperación se hace más difícil; bastante más difícil, pese a estimarse que el jurista está muy necesitado de la cooperación en él resulta, en tercer lugar, la cooperación en el ámbito de la concreción del contenido de normas jurídicas en el marco del Derecho vigente, abonando las soluciones menos dañosas (ponen como ejemplo la interpretación restrictiva de la cláusula de reincidencia —ya derogada en Alemana—, del «Vollrauschtatbestand» o de las concep-

C) El sistema de la dogmática penal como «sistema abierto». Consideración de la crítica al supuesto carácter «reaccionario» de la dogmática.

a) Introducción.

1. La crítica de «idealismo» dirigida a la dogmática jurídico-penal normalmente se ha visto acompañada de un reproche de contenido directamente político, según el cual la actividad dogmática mostraría un carácter decididamente *reaccionario*[296]. En efecto, ciertas opiniones han sostenido que el formalismo conceptualista supuestamente inherente a toda construcción dogmática provoca no ya una neutralidad de esta disciplina ante el devenir histórico y las exigencias sociales, sino una actitud claramente refractaria a la evolución.

> Como señala WÜRTENBERGER, aludiendo al juicio que sobre la dogmática penal emitían los cultivadores de las «ciencias sociales» ya desde finales del S.XIX : «La persona del dogmático del Derecho penal era considerada como un obstáculo para el desarrollo y realización efectiva de las nuevas concepciones político-criminales, basadas en la sociología, la psicología y la criminología. Los médicos, biólogos, sociólogos y criminólogos exigían continuamente la eliminación de la idea de culpabilidad en Derecho penal, la abolición de la medida de la pena, la sustitución de las penas por medidas educativas o incluso por métodos de la teoría del aprendizaje»[297].

Formulado en estos términos el reproche, parece claro que algunas de las consideraciones efectuadas en el apartado anterior deben de haberlo desvirtuado en buena medida. Pues si, ciertamente, el sistema del Derecho penal en la actualidad da entrada en su seno al pensamiento problemático, a las valoraciones de la Política criminal y a los resultados (a veces, incluso al método) de las investigaciones propias de las ciencias sociales, no parece tan sencillo advertir en él una conformación reaccionaria o contraria a los avances obtenidos en el tratamiento de los problemas penales de la sociedad. Otra cosa es que, una vez tomados en consideración los datos proporcionados por las investigaciones empíricas, desde las filas del Derecho penal, y en legítimo uso de su autonomía en el plano axiológico, pueda llegarse a conclusiones valorativas divergentes de las alcanzadas, en tono crítico, por los propios investigadores sociales. Pero eso, en sí mismo, no justifica críticas como las referidas.

---

ciones del dolo); *finalmente*, el ámbito de las resoluciones concretas. Vid. asimismo BUSTOS RAMÍREZ, *Criminología crítica y Derecho penal, en Control social y sistema penal*, Barcelona 1987, pp. 15-29, que entiende que la aportación de la criminología crítica puede consistir en poner al sistema en tensión y en el límite de sus posibilidades, en una línea de garantismo máximo y Derecho penal mínimo (p. 29).

[296] Cfr., respecto a esta crítica, WELZEL, *Maurach-FS*, p. 4; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 160; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 184; MIR PUIG, RJCat 1978, p. 661.

[297] WÜRTENBERGER, *Kriminalpolitik*, p. 33.

2. La crítica que apunta a un supuesto «carácter reaccionario» de la dogmática, al igual que la que alude a su «idealismo» tiene pues, probablemente, plena justificación frente a una concepción estrictamente positivista de la misma que la reduzca al mero conocimiento de la ley[298], o bien frente a una construcción deductivoaxiomática de la misma en la que, además, las premisas básicas posean significativos rasgos metafísicos. En cambio, se hace difícil dirigirlas a una dogmática de orientación realista y político-criminal, como la que se va conformando, de modo cada vez más preciso, en un significativo sector de la doctrina contemporánea. Con todo, aprovecharemos la mención de esta crítica de reaccionarismo para analizar con cierto detalle alguno de sus posibles motivos —excluidos los ya contemplados *supra*—. Concretamente, será preciso, por un lado, aludir a la relación existente entre *dogmática y Derecho positivo;* por otro lado, a la vinculación o no de la *dogmática a las estructuras lógico-objetivas;* finalmente, convendrá aludir al significado que puede tener en nuestros días la tradicional pretensión dogmática de *neutralidad.* A la vez, todo ello nos será de utilidad para continuar perfilando las características fundamentales de un «sistema abierto del Derecho penal».

b) Dogmática y Derecho positivo. Bases de una dogmática de orientación valorativa.

1. Uno de los pretendidos argumentos de la crítica que califica a la dogmática jurídico-penal de «reaccionaria» tiene como base la vinculación tradicionalmente existente entre dogmática y Derecho positivo. En efecto, la propia expresión «Dogmática», de connotaciones teológicas, puede tener su origen en la consideración de los preceptos del Derecho positivo como «dogmas» frente a los cuales no cabría adoptar una postura discrepante[299]. De conformidad con esto, resulta natural que, en las concepciones del positivismo formalista, la función esencial de la dogmática apareciera constituida por la *interpretación y sistematización* de las proposiciones del Derecho penal positivo, mientras que la «crítica», aunque se mencionara junto a las otras dos funciones, no constituía, en realidad, un momento propio del método dogmático. Ello, en efecto, respondía perfectamente al modelo positivista, para quien lo valorativo, es decir, las decisiones políticas,

---

[298] Cfr. sobre esto GÜNTHER, *Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel,* en Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, Köln 1989, pp. 541-554, p. 541, aludiendo a la conocida propuesta de Montesquieu en «De l'Esprit des Lois» (1748).

[299] Cfr. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft,* Tübingen 1973, p. 7 y 9. Sin embargo, el término «dogmática» puede tener otros sentidos: entre ellos el kantiano, según el cual es dogmático lo que tiene carácter probatorio de modo estricto a partir de principios seguros y *a priori* [cfr. sobre ello HRUSCHKA, *Das Strafrecht neu durchdenken ! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law,* GA 1981, pp. 237-250, p. 238 nota 2].

habían de quedar reservadas al poder legislativo, mientras que al poder judicial (y, por supuesto, al jurista teórico) le correspondía, en esencia, una actitud meramente cognoscitiva de las leyes[300]: Según tal concepción, la «obtención del Derecho aplicable» (*Rechtsfindung, Rechtsgewinnung*) tiene lugar mediante un procedimiento deductivo —la subsunción— de base genuinamente objetiva, en el que no se ven implicados factores subjetivos del jurista[301]. Sin embargo, la propia evolución dogmática a lo largo del S. XX ha ido poniendo de manifiesto que las cosas no son tan claras como aquel esquema pretendía[302]. Al contrario, se ha ido mostrando que la labor dogmática requiere decisiones y tomas de posición por parte del jurista que no tienen cabida en el simplismo de la concepción positivista clásica[303]. Ello ha generado un nuevo estado de opinión. Así, puede señalarse que, en la actualidad, la tesis según la cual el objeto de la dogmática aparece representado de modo esencial por el Derecho positivo, se encuentra ya en trance de decidida superación[304].

> Por este motivo, estimo incorrectas las afirmaciones de BARATTA, quien dirige su reproche a toda dogmática por igual, olvidando que en la moderna dogmática se dan corrientes que, sin dejar ser perfectamente calificables de «dogmáticas», no muestran las características del positivismo. Señala concretamente el autor italiano que «...la situación de la jurisprudencia dentro de las ciencias humanas es comparable solamente con la teología, que es la ciencia que goza de menor autonomía respecto a su objeto. En efecto, al igual que la teología en los textos sacros, la jurisprudencia está obligada a ver en la ley la revelación de una voluntad (no importa que sea la voluntad del legislador o la voluntad de la ley) a la que debe rendir pleitesía convirtiéndola en su oráculo. Semejante voluntad constituye para la jurisprudencia no sólo un hecho que

---

[300] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 18.

[301] Arthur KAUFMANN, *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, en Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag, tomo 1, München 1982, pp. 537-548, ofrece (p. 537-538) una muy clara descripción de la concepción positivista del proceso de obtención del Derecho.

[302] Cfr., por ejemplo, sobre esto KRAHL, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, Frankfurt 1986, p. 398-399: «desde Montesquieu algo ha cambiado en las representaciones acerca de si es posible llevar a cabo una absoluta vinculación a la ley. En este punto, la Metodología (...) ha prestado una valiosa contribución para concienciar acerca de los límites de un modelo silogístico de aplicación del Derecho. Sin embargo, con ello el principio del nullum crimen no ha perdido nada de actualidad, antes bien al contrario....

[303] Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, en Festschrift für U. Klug zum 70. Geburtstag, tomo I, Köln 1983, pp. 169-186, p. 169; también, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 29.

[304] Aunque, según HRUSCHKA, GA 1981, p. 238, —seguramente con razón— ello no constituye doctrina dominante; lo dominante seguiría siendo un positivismo aparentemente inquebrantable. En términos matizados, MORILLAS CUEVA, en *Libro-Homenaje al Prof. BERISTAIN*, p. 600, indicando que, si bien es dominante la tesis de que el objeto de la ciencia jurídico-penal es el Derecho penal positivo, ello no debe entenderse en sentido radical, pues también ha de ocuparse de la realidad social que produce la norma, los intereses que protege, los fines que persigue, etc. Cfr. también recientemente TORÍO LÓPEZ, en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, II*, p. 387: «Ha quedado atrás el criterio de que el derecho positivo es la materia exclusiva de la reflexión jurídico-penal»; p. 391 : «la vinculación de la construcción jurídico penal a la base legislativa positiva se ha debilitado».

> hay que explicar e interpretar, sino un principio de autoridad al que debe permanecer necesariamente subordinada». Por más amplio que sea el espacio de intervención en la interpretación de la ley y elevado el nivel de las construcciones jurídicas conceptuales, el plano de abstracción de la ciencia del derecho respecto de la ley permanece siendo relativamente bajo. Se trata, por así decirlo, de una abstracción de segundo grado, subordinada a las abstracciones preestablecidas por la ley sobre la materia a regular. La integración de la materia regulada —datos sociales y ontológicos— dentro del discurso jurídico sobre la ley, solamente puede realizarse en la medida en que esa materia se utilice para interpretar la voluntad de la ley, pero no para criticarla»[305]. Como podrá observarse, la dogmática contemporánea, en sus sectores más dinámicos, sí es capaz de integrar esos aspectos cuya ausencia critica BARATTA.

En efecto, y contra lo que parecen indicar las afirmaciones de BARATTA, son ya muchos los autores que, desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido, de modo más o menos expreso, que el objeto central de la reflexión dogmática jurídico-penal no son los textos legales de un determinado Derecho positivo nacional, sino algo diverso de éstos[306].

2. Esta toma de posición, que implica una concepción de la dogmática como trascendente a la mera exégesis lógico-literal de las leyes, conecta directamente con la mejor tradición jurídica europea[307]. En efecto, y como MIR PUIG ha puesto claramente de relieve, antes de la producción del fenómeno codificador nadie consideraba que la actividad de elaboración jurídica hubiera de centrarse en la interpretación de las leyes vigentes. Estas aparecían muy fragmentadas territorialmente, imperfectas, a menudo desproporcionadas, de modo que los esfuerzos de los juristas se centraban más bien en la búsqueda de criterios y en la construcción de sistemas derivados de la razón que actuaran como complemento o incluso como sustitutivo de la legislación[308]. Esta situación, que se inicia en el Derecho romano[309], permanece durante la Edad media, alcanzando uno de

---

[305] BARATTA, en *La reforma del Derecho penal II*, p. 44-45.

[306] HRUSCHKA, JZ 1985, p. 8: El objeto de la ciencia del Derecho penal no es la elaboración e interpretación de la Parte general del Código penal del país de que se trate, sino que, en el caso de las teorías generales del delito, tiene por objeto algo diferente: en concreto, el concepto de la infracción del deber imputable» (*zurechenbare Pflichtverletzung*), en cuyo estudio las leyes vigentes no desempeñan el papel principal. Cfr. también SCHÜNEMANN, Klug-FS, I, p. 169, que señala cómo el positivismo identificaba el método de obtención del Derecho aplicable (*Rechtsgewinnung*) con la interpretación de la ley, mientras que hoy existe acuerdo en entender que ésta última no es más que uno de los pasos en el proceso de obtención del Derecho.

[307] MIR PUIG, RJCat 1978, p. 651; HRUSCHKA, GA 1981, p. 239: «Mit den strukturanalytischen Überlegungen dieser oder ähnlicher Art steht die heutige Strafrechtslehre in einer Denktradition und baut teilweise auf der Arbeit von Jahrtausenden auf».

[308] Un claro ejemplo de esta actitud es CARRARA, *Programa*, t. I, vol 1, 2.ª ed. esp., p. XIII: «...el Derecho debe tener una vida y unos criterios preexistentes a los acuerdos de los legisladores humanos; criterios infalibles, constantes e independientes de éstos y de las utilidades codiciosamente anheladas por ellos. Así, según el primer postulado, la ciencia del Derecho criminal debe considerarse como un orden de razones que emanan de las leyes morales jurídicas, y que obligan a los mismos legisladores».

[309] En realidad, ya antes. Como ha puesto de relieve HRUSCHKA, GA 1981, p. 239 y ss., los análisis de estructuras, que, a su juicio, constituyen la función esencial de la dogmática, se hallan presentes ya en

sus puntos más álgidos en la Escuela del Derecho natural racionalista[310]. El triunfo del liberalismo conduce, sin embargo, con la plasmación en los nuevos Códigos de los ideales liberales e ilustrados, a un enfoque radicalmente diferente de la relación que debe existir entre el Derecho positivo y el jurista. Con la finalidad de salvaguardar al máximo el principio de legalidad, se trata entonces de impedir toda actividad de elaboración jurídica del contenido de los Códigos que trascienda a su exégesis; estos cuerpos legales se entienden precisos, completos y autosuficientes. Es paradigmático, a este respecto, lo sucedido con el Código penal francés de 1810[311].

3. Sin embargo, en algunos países, por circunstancias políticas, la aparición del «Código nacional» sufre considerables retrasos. Es el caso de Alemania o Italia, en donde las dificultades para lograr la unidad nacional impiden que el Código penal aparezca antes de 1871, en Alemania (*Reichsstrafgesetzbuch*), o de 1889, en Italia, con el Código Zanardelli. En éstos, el desarrollo científico tiene lugar, a lo largo de todo el siglo XIX, sin referencia a un concreto cuerpo de leyes vigentes (pues éstas siguen siendo fragmentarias)[312]. Ello impide que el posterior advenimiento del positivismo pueda romper definitivamente con todo lo anterior y configure una ciencia jurídica estrictamente sujeta a la exégesis del Derecho positivo.

> Como señala MIR PUIG, «al conectar a fines de siglo con el positivismo, nunca pudo superar del todo la ciencia jurídico-penal francesa su cometido esencialmente aclaratorio de las leyes vigentes. En cambio, cuando las ciencias alemana e italiana reciben el positivismo, cuentan con una tradición que éste ya no puede destruir: a la ciencia jurídica no compete sólo la reproducción de la ley, sino su elaboración racional. En esto consiste la verdadera dogmática»[313].

Aristóteles; luego ya, por supuesto, también en el Digesto, las obras de los glosadores, Santo Tomás, hasta Pufendorf.

[310] Cfr. MIR PUIG, RJCat 1978, p. 652-653.

[311] Cfr. al respecto MIR PUIG, RJCat 1978, p. 654.

[312] Es el caso de la Escuela clásica en Italia, o de las Escuelas hegelianas y posthegelianas del Derecho penal, en Alemania.

[313] MIR PUIG, RJCat 1978, p. 656. Hay que señalar que este diverso alcance de la codificación en Francia y en Alemania tiene significativas consecuencias. Estas afectan, desde luego, al objeto de la ocupación científica de los penalistas desde entonces hasta nuestros días, que en Alemana ha sido muy preferentemente la dogmática, mientras que en Francia, ante el escaso interés de la exégesis de los textos legales, se ha desviado hacia la política criminal y cuestiones sociológicas. También, sin embargo, han tenido repercusión sobre el modelo de formación del jurista en la Universidad: el modelo francés, que ha incidido en buena medida en España, lleva a una concepción según la cual el jurista ha de conocer «las leyes» los enunciados legales (como se comprueba en las oposiciones a jueces o fiscales, por ejemplo); el modelo alemán, en cambio, parte de una concepción según la cual el objeto del aprendizaje jurídico no son las leyes, sino las estructuras y conceptos jurídicos, que gozan de una permanencia en el tiempo y de una extensión en el espacio superior, sin duda, a la de esas leyes, y que, de algún modo, se muestran independientes de ellas.

4. En el ámbito penal —y por ceñirnos a este siglo— son manifestación de esta tendencia anti-positivista, en primer lugar, los autores de la corriente finalista. En efecto, fueron éstos quienes, de modo muy especial, advirtieron que el positivismo jurídico condena a la ciencia del Derecho penal —como a cualquier ciencia jurídica— al «provincianismo»[314], procediendo —como es sabido— a situar el objeto central del análisis de la dogmática en las llamadas «estructuras lógico-objetivas» de carácter atemporal y supranacional[315]. A ellos se ha aludido ya y todavía será preciso hacer alguna referencia más. Sin embargo, debe reiterarse que esta concepción tampoco se ha impuesto en la doctrina crítica con el positivismo[316]. Así, el sector «antipositivista» de la dogmática penal, al optar por el abandono del positivismo estricto, ha discurrido más bien por otros cauces. Cuáles hayan de ser éstos, es algo que precisa de cierto análisis. Antes, sin embargo, debe expresarse cuáles son las críticas dirigidas a la dogmática positivista, a fin de dilucidar si con la atribución de un nuevo objeto a la dogmática es posible superarlas sin problemas. Las objeciones a la dogmática de cuño positivista son, por expresarlo en la forma más sintética posible, de tres clases: Por un lado, se le reprocha *su ineptitud para cumplir las funciones de una «disciplina práctica»* —para orientarse a la realidad de los problemas penales, para alcanzar soluciones justas (político-criminalmente satisfactorias) o para incorporar el cambio socio-cultural—. Por otro lado, y desde una perspectiva sustancialmente diferente, se observa su *inidoneidad para afrontar un análisis científico* de la materia normativa jurídico-penal[317].

---

[314] Sobre el «provincianismo» del positivismo jurídico, HRUSCHKA, GA 1981, p. 242.

[315] De todos modos conviene poner de manifiesto que en las materias en las que pierde intensidad la vinculación de las estructras lógico-objetivas, concretamente, en las correspondientes a la Parte Especial y la teoría de la Pena, tampoco se sostiene desde el finalismo la tesis de que el Derecho positivo constituye el objeto central de examen. Así, señala Armin KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, p. 102 y 110, que en tales ámbitos lo decisivo es la incidencia de valoraciones y datos empíricos. Ello se expresa señalando, por un lado, que las leyes, por sí solas, no proporcionan criterios suficientes de interpretación, debiendo recurrirse a la antropología, la filosofía, la psicología, el Derecho natural, la sociología, la criminología u otras ciencias. Además, se constata, por otro lado, que de la ley en sí apenas se extrae nada y que toda interpretación implica desarrollar un particular concepto sobre el Derecho correcto; una idea asumida hoy de modo general por las modernas teorías de la interpretación.

[316] Muy claramente crítico Arthur KAUFMANN, *Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis*, en Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, Köln 1989, pp. 1-13, p. 1 : «Sea cual fuere el lugar que uno ocupe en la discusión acerca de lo 'ontológico' en el Derecho, tanto más habría de tener por cierto que el Derecho no tiene que ver, o, en todo caso, no de modo esencial, con lo ontológico-sustancial, lo lógico-objetivo, lo perteneciente a la materia (*Dinghaft*)». Y añade de modo concluyente (p. 1-2): «El que pretenda conocer el 'Derecho correcto' —sea esto lo que fuere— como se conoce un objeto, un árbol, ha tomado desde el principio la vía errónea».

[317] Esto puede parecer paradójico, por cuanto una de las pretensiones positivistas ha sido la de acometer un estudio científico del Derecho positivo, aislándolo de consideraciones sociales o valorativas. Sin embargo, es algo que, en su día, ya advirtió, von Kirchmann [Cfr. al respecto, por ejemplo, CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 52 y ss.]. Hoy lo pone de relieve HRUSCHKA, GA 1981, p. 243, al apuntar que la afirmación de que la ciencia del Derecho penal es nacional (por su vinculación a un Derecho nacional) constituye una «contradictio in adiecto».

> Sobre esto último son significativas las palabras escritas por HRUSCHKA tras rechazar el «mito» de la «sabiduría» del legislador: «Naturalmente, esto presupone que no sea 'la ley' en sí misma el objeto de las deliberaciones de la *ciencia* del Derecho penal. ¡Y en realidad esto es así! Objeto de las doctrinas de la Parte General del Derecho penal no son las regulaciones positivas surgidas por casualidad en una parte del globo terrestre, que eran ayer diferentes que hoy y mañana volverán a ser distintas. Curiosa ciencia sería por lo demás, aquélla 'cuyo límite fuera un río'[318].

Finalmente, se ha dirigido una tercera crítica, más radical, que afecta al núcleo de la concepción positivista del proceso de obtención del Derecho. Desde esta perspectiva crítica, en la que se han distinguido las corrientes de la *hermenéutica jurídica,* no es sólo que el positivismo no ofrezca una concepción realista ni científica de la dogmática: fundamentalmente, sucede que el positivismo no responde a la realidad del proceso de obtención del Derecho, sino que constituye una tesis «ideológica» —en el sentido de «enmascaradora»—, que oculta tras una pantalla de objetivismo el subjetivismo realmente existente en la actividad de los juristas teóricos y prácticos[319].

5. Las reflexiones acerca de cuál haya de ser el método de una dogmática jurídico-penal superadora del positivismo van menudeando en los últimos años. Sin embargo, difícilmente se plasman en un esquema metodológico completo. Esto último es lo que, sin embargo, nos proporciona la construcción —que estimo sustancialmente correcta— de HRUSCHKA. En efecto, las funciones que debe cumplir una dogmática con la referida pretensión son, como este autor expone, básicamente tres. En primer lugar, la de *analizar las estructuras* subyacentes a los sistemas jurídico-penales de normas. En segundo lugar, la de *efectuar las consideraciones ético-normativas (jurídico-políticas)* que tratan de dar respuesta a la cuestión de qué comportamiento humano es merecedor de pena y cuál no; a este ámbito pertenece asimismo la respuesta al problema de la fundamentación normativa de la pena. Finalmente, la función de *elaborar y comentar el Derecho positivo*[320]. Esta última depende de las otras dos. La segunda, por su parte, de la primera. En cambio, el análisis científico de las estructuras de los problemas jurídico-penales y de sus sistemas de normas es independiente del Derecho positivo y, en lo esencial, también de las consideraciones «ético-normativas»[321]. Ello determina que HRUSCHKA, de forma un tanto absolutizadora, centre en el referido análisis la actividad de la dogmática. Así, por ejemplo, llega a afirmar que el objeto esencial de ésta se halla en el análisis de los problemas jurídico-penales y de su estructura, más que en la aportación de soluciones a los mis-

---

[318] HRUSCHKA, *Strafrecht,* 2.ª ed., p. XVI, citando a Pascal: «Plaisante justice qu' une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà». Cfr. también HRUSCHKA, GA 1981, p. 242.

[319] Cfr. Arthur KAUFMANN, *Coing-FS,* p. 538 y 539.

[320] HRUSCHKA, GA 1981, p. 237.

[321] HRUSCHKA, GA 1981, p. 237.

mos[322]. En otras palabras, en el análisis lógico de las estructuras del sistema de categorías que puede subyacer a cualesquiera regulaciones jurídico-positivas de la materia jurídico-penal[323]. Esta delimitación del objeto esencial de la dogmática tiene su *leit motiv* en el intento de conseguir una dogmática «científica» lo cual le lleva a proponer como meta última de la misma la elaboración de un sistema completo y libre de contradicciones tanto lógicas como axiológicas, siguiendo el modelo de la geometría[324]; esto último, obviamente, salvadas las distancias, dado que la teoría estructural del Derecho penal no es ni puede ser una matemática. La conclusión alcanzada es que la dogmática del Derecho penal se convertirá en ciencia en la medida en que comience a examinar todos los casos —no sólo los de la tradición y los de la jurisprudencia— y los agrupe por estructuras, de modo que una solución sólo sea satisfactoria cuando resulte aplicable a todos los supuestos de la misma estructura, sin contradicción lógica ni axiológica[325]. La meta es la consecución de una «teoría de las estructuras del Derecho penal», en la que cada problema ocupe el lugar correspondiente en el seno de un sistema completo y libre de contradicciones[326]. Este sistema conformaría el marco en el que es preciso adoptar decisiones valorativas (propuestas de solución)[327]. En efecto, dado que éstas no se suprimen con la «sistematización» —aunque sí puedan reducirse parcialmente—[328], ha de ser también función de la dogmática el desarrollo de una «ética jurídica normativa» que se ocupe de tales valoraciones determinantes[329].

6. Este último aspecto es el esencial en el planteamiento de otros autores que, al igual que HRUSCHKA, sostienen la concepción antipositivista de la dogmática jurídico-penal que aquí se comparte. Estos, en efecto, se han ocupado menos (o incluso nada) de la *función de análisis de estructuras* que compete a la dogmática, dirigiendo, en cambio, su atención de modo central a las *conside-*

[322] HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XIII; también p. XVI: «En la doctrina de la Parte General del Derecho Penal no se trata —o, al menos, no en primera línea— de las regulaciones jurídico-positivas, sino de la *materia* de la regulación. No de las *respuestas* que la ley, en sus proposiciones jurídicopositivas, da a determinadas cuestiones, sino precisamente de estas *cuestiones*. No de las soluciones a los problemas, sino de los *problemas*».

[323] HRUSCHKA, GA 1981, p. 241. Ejemplos de este análisis de estructuras, llevados a cabo por el propio HRUSCHKA en su obra '*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*', son la teoría de los casos de error, la teoría del concurso, o la teoría de las situaciones de necesidad. Su discípulo Jan C. JOERDEN prosigue esa misma línea de investigación en sus obras '*Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*', Berlin 1986, y '*Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*', Berlin 1988. En esta última ocupa un lugar central el estudio de las estructuras de la causalidad y de la participación.

[324] HRUSCHKA, GA 1981, p. 242; cfr. las observaciones que, a propósito de la posibilidad y necesidad de la construcción de tal sistema, efectúa el propio HRUSCHKA, JZ 1985, p. 2 y ss.

[325] HRUSCHKA, JZ 1985, p. 7.

[326] HRUSCHKA, GA 1981, p. 244.

[327] HRUSCHKA, JZ 1985, p. 7.

[328] HRUSCHKA, JZ 1985, p. 8.

[329] HRUSCHKA, GA 1981, p. 244.

raciones valorativas que es preciso realizar a propósito de la atribución de responsabilidad penal. El punto de partida —correcto— de tal concepción se halla en la estimación de que los textos legales no proporcionan en sí mismos bases suficientes de solución de los problemas jurídico-penales, sino que es absolutamente ineludible que el jurista tome las correspondientes decisiones[330]. Así pues, la dogmática penal tendrá por objeto básico, en sus enunciados más abstractos, la expresión de las características generales que *debe* reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena. A continuación, y mediante nuevas tomas de posición valorativas, pretenderá derivar de ahí, plasmándolo en otros enunciados situados a un nivel inferior de abstracción, qué tratamiento jurídico-penal debe darse a determinadas estructuras problemáticas. Todo ello, desde luego, no se obtiene por vía inductiva de los tipos de la Parte Especial de los Códigos penales, que describen las acciones punibles en particular, ni tampoco se deduce de determinadas estructuras ontológicas del obrar humano. Tampoco resulta de una mera interpretación —en el sentido positivista— de las disposiciones contenidas en la Parte General del Código penal. Sin embargo, pese a tal aparente carencia de bases para los enunciados dogmáticos, tampoco puede concluirse que en este ámbito domine un «decisionismo» de conformidad con el cual dichos enunciados podrían ser expresión arbitraria de meras opiniones[331]. Por ello, es preciso investigar las fuentes a partir de las cuales se obtienen las premisas valorativas fundamentales de la dogmática. Como señala BACIGALUPO, se trata de centrar el debate en «los puntos de partida de las cadenas argumentales de las fundamentaciones jurídico-penales» que no se hallan en el Derecho positivo, sino en determinadas premisas valorativas trascendentes al mismo, cuyo contenido puede variar[332]. Planteadas así las cosas, debe entenderse que el objeto de la dogmática se halla esencialmente —además de en el análisis de estructuras al que aludía HRUSCHKA y que luego comentaremos— en la discusión racional de las referidas premisas valorativas, desde las que se construye el sistema y se da solución a los problemas. Algo que, tradicionalmente, había quedado fuera de los debates propios de la dogmática pero que, en la actualidad, se hace imprescindible, si se pretende posibilitar el control de la racionalidad de las diferentes alternativas axiológicas de construcción y disponer la base de la opción por una de ellas[333].

---

[330] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 13; similar ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 143. Cfr. también CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 60-61.

[331] Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, en Revista jurídica de Castilla-La Mancha, n.º 1, agosto 1987, pp. 97-110, p. 98: La evidente relación íntima entre ciencia penal e ideología «no autoriza a tomar como punto de partida los valores que a cada cual mejor parezcan y convengan».

[332] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 16 y 25.

[333] Cfr. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 29; también BACIGALUPO, *La ciencia del Derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu*, en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Beristain, San Sebastián 1989, pp. 459-469, p. 467: «...cabe señalar la inminencia de la incorporación de una problemática nueva y hasta ahora ajena al contenido del discurso metodológico de la dogmática penal: la cuestión de las decisiones previas, sus condiciones y sus límites».

7. La discusión sobre las premisas valorativas de construcción del sistema dogmático plantea dos significativos problemas. Por un lado, el relativo a cómo se obtienen, cuál es la fuente de tales premisas del sistema de la teoría del delito, y cómo se concretan posteriormente las mismas en las diversas categorías y su problemática específica. Por otro lado, el relativo a cómo puede controlarse científicamente —o, al menos, en términos de racionalidad— la opción por unas determinadas premisas, en lugar de otras, así como sus sucesivas concreciones. A esta última cuestión se dedicarán apartados posteriores con algún detalle. En cuanto a la primera, en cambio, conviene efectuar ya aquí algunas consideraciones. Así, debe afirmarse que, «a priori» pueden ser varios los referentes valorativos a partir de los cuales cabe conformar las premisas básicas del sistema[334]. La cuestión es, pues, decidir cuál de ellos debe tomarse como criterio esencial. Por mi parte, y no sin tener presente que este problema metodológico merece un estudio mucho más detallado que el que aquí es posible realizar, estimo, *en primer lugar*, que la obtención de esos valores de referencia no puede ser puramente especulativa, producto de un mero ejercicio de la razón[335] (como ocurriera en la política criminal racionalista), o de un personal «sentimiento jurídico» sin bases precisas[336]. Ello, según creo, presentaría algunos inconvenientes insuperables. Por un lado, una cierta postergación de las referencias del Derecho positivo —tanto legal como constitucional— que, si bien no conforman el centro de la ocupación de la dogmática, según se ha dicho, sí establecen los límites de toda construcción «de lege lata», como tendremos ocasión de comprobar. Por otro lado —y esto es lo esencial— generaría una pluralidad de planteamientos subjetivos desde cuya base — dada la remisión a principios abstractos o valores ideales— sería muy difícil proceder a un control de la arbitrariedad y a una discusión racional que posibilitara la obtención de alguna forma de consenso[337].

---

[334] Cfr. al respecto BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 33 y ss; también BACIGALUPO, en *Libro-homenaje al Prof. Beristain*, p. 468-469. En este último trabajo, las alternativas a la construcción positivista del sistema —en la línea de VON LISZT— son reducidas por el autor a tres: la construcción de base ontológica de WELZEL; y las construcciones valorativas de ROXIN (orientación a fines político-criminales) y de NAUCKE (racionalismo con base en la tradición iusnaturalista).

[335] Un esquema así es, según creo, el propuesto por NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich praktischen allgemeinen Straftatlehre*, 1979, p. 13,14 etc. Cfr., asimismo, NAUCKE, *Einführung*, 4.ª ed., p. 240 y ss. Sin embargo, ello debería matizarse en la medida en que el propio NAUCKE admite que el sistema cumple una función de conexión del Derecho penal con las valoraciones sociales cambiantes; así, en p. 243: «El sistema del delito se cuenta entre los ámbitos de la Parte General del Derecho penal no fijados en absoluto por la ley. Se trata de un descubrimiento de la ciencia del Derecho penal, ante todo de la de los siglos XIX y XX. Las profesiones jurídico-penales prácticas toman, según sus necesidades, las conclusiones de la labor sistematizadora del delito. El sistema del delito, no constreñido por la ley, constituye, en cuanto que tiende a la racionalidad de la aplicación del Derecho, un mecanismo de transmisión al Derecho penal de valoraciones sociales modificadas».

[336] Cfr. al respecto, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 34.

[337] Cfr. en este sentido GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, AFD nueva época, 111, 1986, pp. 151-182, p. 171; PUIGPELAT MARTÍ, *Sobre la ciencia del Derecho y el discurso racional*, AFD nueva época, III, 1986, pp. 229-246, p. 239, citando a Alexy, y señalando que ello «en primer lugar, presupone la aceptación de ciertas premisas filosóficas discutibles, en segundo lugar no parece fácil poder deducir de este orden de valores proposiciones normativas concretas».

En segundo lugar, considero que asimismo es de muy difícil tránsito la vía que parte —como criterio de corrección— de unos valores objetivos y absolutos, que, a la vez, puedan resultar accesibles al conocimiento (*Wertbewußtsein*)[338]. Ambas razones conducen, casi por necesidad, a la adopción —por un lado— de concepciones relativistas acerca de los valores que podrían tomarse como punto de partida, y a exigir —por otro lado— para la acogida de unos valores en lugar de otros una apoyatura superior a la puramente especulativa o intuitiva del «sentimiento jurídico». Por esta razón, ha habido sectores doctrinales que han propuesto acudir a los valores socio-culturales que, en un determinado momento histórico, están vigentes en una sociedad. Ello, sin embargo, dada la conformación pluralista y conflictiva de las sociedades de nuestro ámbito cultural, parece constituir un término de difícil averiguación y concreción[339]. Mayor fundamento y viabilidad tiene, por tanto, la propuesta de tomar como referencia básica el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución.

> La andadura por esta vía fue iniciada en nuestro país tempranamente por MIR PUIG, quien, en 1975-1976 —esto es, tres años antes de la instauración de un régimen constitucional en España—, ya proponía como principio metodológico fundamental en materia penal el criterio del «Estado social y democrático de Derecho»[340], que constituye la idea normativa rectora de todos los ordenamientos constitucionales de nuestro entorno. Posteriormente, el propio MIR PUIG extraía las consecuencias de este enfoque metodológico para el ámbito concreto de la dogmática de la teoría del delito[341]. De modo paralelo, otros autores, en España y fuera de España, emprendieron caminos similares, si bien con menor incidencia en la dogmática del delito[342]. Ya más recientemente, ARROYO ZAPATERO ha expresado con gran claridad las bases en que se apoya este punto de vista: «...vivimos en una sociedad, por supuesto escindida, pero en la que nos hemos dotado de unas reglas de convivencia política y de desarrollo de la misma en unos valores-marco sobre los que existe un amplio consenso, reglas y valores que se formulan en la Constitución. La Constitución viene así a sentar las bases de solución del problema de los valores en la ciencia jurídica: Si no resulta posible una actividad científico-jurídica sin juicios de valor, sin ideología, si se trata de decidir el objeto de conocimiento y una metodología, estimo que la Constitución nos ofrece presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalistas y los métodos, o mejor, los valores en el método, de los que nos hemos de servir para el conocimiento de

[338] Cfr. sobre esto, aludiendo a la ética material de los valores de Max Scheler y Nicolai Hartmann —y concluyendo lo insostenible de la misma—, ZIPPELIUS, *Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen,* en Festschrift für H. J. Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, pp. 1-10, p. 3.

[339] En este sentido, con Alexy, PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, 111, 1986, p. 238-239.

[340] MIR PUIG, *Introducción,* p. 141 y ss., p. 301 y ss, p. 315 y ss.

[341] MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho,* 1.ª ed. Barcelona 1979, 2.ª ed. Barcelona 1982.

[342] Cfr. las referencias en ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha,* n.º 1, agosto 1987, p. 99. Muy clara es, sin embargo, la pretensión de orientación constitucional de la teoría del delito en BRICOLA, *Teoria generale del reato (separata del Novissimo Digesto Italiano),* Torino 1974.

aquél»[343]. En consecuencia, «es con referencia a la Constitución, en sus conexiones técnico-jurídicas y valorativas con el sistema penal, como se ha de establecer el deber ser del concepto y del método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las consecuencias jurídicas, el sentido de la dogmática, del sistema, etc»[344].

8. Lo anterior muestra, según creo, el punto de partida correcto. En efecto, en las sociedades democráticas contemporáneas no parece legítimo conformar las premisas valorativas de la dogmática del delito[345] prescindiendo de los principios plasmados en los textos constitucionales, que son la máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en tales sociedades. Sin embargo, tampoco debe sobrevalorarse el papel de la Constitución en este ámbito, pretendiendo hallar en ella la fijación concreta y definitiva de las premisas básicas del razonamiento dogmático[346]. La Constitución, en realidad, no constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática *de lege lata*[347], pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad[348], puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes[349]. Las concreciones del principio de «proporcionalidad»[350] o del de «humanidad», entre otros, son buena prueba de ello. Ese carácter relativamente «abierto» de la Constitución en lo que respecta a posibles construcciones en el ámbito jurídico-penal puede afirmarse no sólo a propósito de las elaboraciones —por su propio «tecnicismo» más distantes de aquélla— de la dogmática del delito, sino incluso respecto a la cuestión de los fines del Derecho penal o de los principios que regulan el ejercicio legítimo del *«ius puniendi»*. La discusión, que no puede estimarse cerrada, sobre

---

[343] ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 99.

[344] ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 100. En sentido similar, LAMARCA PÉREZ, *Posibilidades y límites de la dogmática penal*, CPC 1987, pp. 527-561, p. 548-549 y 551: «Diríase, pues, que un cierto programa de política criminal, sin duda pluralista y flexible, ha cristalizado normativamente en el texto constitucional, de modo que su ponderación en el trabajo dogmático representa un deber inexcusable y no un discutible recurso a criterios extrasistemáticos». DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3* (1989), p. 57.

[345] Así como tampoco la dogmática de la Parte Especial, ni la teoría de las funciones del Derecho penal en general.

[346] Cfr. a este respecto NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 17 y, en concreto, nota 10, alertando sobre el peligro de presentar como producto de una interpretación técnica (positivista) de la Constitución conclusiones sobre las cuestiones básicas del Derecho penal que «hasta la entrada en vigor de la Ley Fundamental, sólo se trataban y sólo podían tratarse si se disponía de capacidades y conocimientos filosóficos, políticos y de Derecho natural». Con este cambio, se obtienen planteamientos muy alejados de la coloración moral y política que es inherente al objeto. En España, cfr., por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 538 y 548.

[347] Y, obviamente, también «de lege ferenda» siempre que la construcción no pretenda la modificación tanto de la norma penal correspondiente como de la propia Constitución.

[348] Así, DEPENHEUER, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg 1988, p. 4-5.

[349] Como señala, siguiendo a Alexy, PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, III, 1986, p. 239: «en las normas jurídicas cristalizan puntos de vista valorativos distintos y no es claro, a veces, cuál es el valor que expresa una norma. No significa esta objeción que los valores contenidos en el ordenamiento jurídico no sean relevantes en orden a la decisión, sino que se hace necesario determinar con más precisión las formas y las reglas en base a las cuales ellos pueden ser utilizados para justificar las decisiones».

[350] NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 17: «El principio de proporcionalidad está vacío, y únicamente conduce a conclusiones cuando éstas se conocen de modo previo a apelar al mismo».

la teoría referible en materia de fines de la pena constituye buena prueba de ello. Pero no es esto todo. Además, por otro lado, no puede existir duda acerca de la dificultad de traducir los postulados abstractos —y vagos— de la Constitución en concretas consideraciones dogmáticas jurídico-penales. Todo ello conduce, a mi juicio, a la inevitabilidad de admitir que las cuestiones básicas del Derecho penal, ya sean éstas las que conforman los principios del ejercicio legítimo del *ius puniendi*, ya las premisas valorativas de la atribución de responsabilidad penal (en el caso de que se estime que una y otras son diferentes) son una materia propia de la filosofía jurídica[351], por mucho que tales razona-mientos filosóficos se produzcan en el interior del marco constitucional. Así pues, en definitiva, la toma de posición ante el problema de la legitimación del *ius puniendi*, con la opción entre concepciones utilitaristas y no utilitaristas (con todas las posiciones intermedias que se quiera) de la legitimación del Derecho penal, requiere una toma de posición filosófico-jurídica[352]. Asimismo, es precisa una toma de posición de esta índole a la hora de decidir si las premisas básicas de la dogmática del delito se orientan a la tesis acogida acerca de la función legitimadora del Derecho penal o se construyen con independencia de la misma. Naturalmente, esa toma de posición filosófico-jurídica habrá de ser argumentada a fin de posibilitar un control (en este caso, axiológico) de la racionalidad de la misma. Por lo general, se tratará de criterios muy influidos por los principios y valores culturales dominantes en un determinado momento en el ámbito en que se sitúa el dogmático.

9. El carácter filosófico-jurídico de estas cuestiones explica, a mi juicio, que, incluso en el seno de un modelo constitucional dado, y desde luego con pretensión de compatibilidad con el mismo, se sostengan tesis diversas respecto a las dos cuestiones arriba mencionadas. Dejaremos aquí sin comentar la primera de ellas, de la que se ocupa el capítulo siguiente, para hacer, en cambio, alguna observación a propósito de la segunda, que incide de modo directo en la naturaleza del método constructivo de la dogmática. Las premisas valorativas en las que se asienta toda construcción dogmática pueden obtenerse, incluso dentro del marco constitucional, de fuentes diversas. Es, pues, teóricamente posible proceder a una construcción valorativa del sistema dogmático desde bases «apriorísticas»[353], es decir, con otras palabras, no teleológicas. Sin embargo, lo cierto es que muchos autores —en realidad, el sector más significativo de la nueva dogmática orientada a consideraciones valorativas— han creído hallar el instrumento de mediación

[351] Cfr. en este sentido HASSEMER, *Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik —am Beispiel des Strafrechts*, ARSP Beiheft 44. Rechts— und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Stuttgart 1991, pp. 130-143, p. 131. Vid. además WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 17; sobre la repercusión de la progresión del pensamiento filosófico en la teoría del delito, cfr. también GALLAS, *La teoría*, p. 5.

[352] En esa medida puede criticarse a las tesis funcionalistas radicales, que se rigen por criterios de eficiencia, marginando el aspecto filosófico de la legitimidad o no de actuar en una determinada línea [HASSEMER, ARSP Beiheft 44, p. 140]. Así, la posición de Jakobs, por ejemplo, en tanto que muestra de una teoría penal meramente orientada a las ciencias sociales (en este caso, concretamente a la teoría sociológica de los sistemas) y falta de la referencia valorativa que proporcionan los «principios».

[353] Cfr. sobre esta cuestión TORÍO LÓPEZ, en *Libro-homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, I, p. 417 y ss.

entre el orden constitucional de valores y la dogmática de la teoría del delito en la doctrina de los fines del Derecho penal, sosteniendo, en consecuencia, concepciones teleológicas del sistema del hecho punible[354]. En efecto, la incidencia de los principios constitucionales en el ámbito de los fines del Derecho penal es perceptible con relativa facilidad y, aunque, como se ha dicho, no sea posible formular una doctrina unívoca al respecto que excluya toda polémica, sí cabe argumentar, de modo directo, al menos la compatibilidad de la propia construcción con la Constitución. Por otro lado, parece que la teoría de los fines del Derecho penal ha de incidir necesariamente en la doctrina del delito, dado que el Derecho penal atiende a tales fines precisamente mediante la atribución —o no atribución— de responsabilidad por la comisión de un delito; en otras palabras, la teoría del delito es un instrumento, uno de los más importantes, de cumplimiento de los fines del Derecho penal. Por todo ello, es postura —según creo— mayoritaria, entre los autores que optan por una construcción dogmática de base valorativa, la de tomar como referencia de la construcción conceptual y sistemática la esfera teleológica[355], esto es, la relativa a los fines que legitiman la intervención punitiva del Derecho penal[356]. Este punto de vista, que es el que se comparte aquí y se tratará de desarrollar en los sucesivos capítulos relativos a los fines del Derecho penal y a la teoría del delito, se apoya en una constatación metodológica esencial: concretamente, que el sentido de las instituciones se aprehende del mejor modo al ponerlas en relación con el fin al que sirven. Además, desde el punto de vista de una concepción «realista» del sistema del delito, parece claro que la orientación del mismo a los fines político-criminales del Derecho penal —configurados sobre la base y en el marco de la Constitución— proporciona el más firme soporte posible. No en último lugar, es de importancia aquí una consideración de índole práctica. Concretamente, la de estimar que esta modalidad de orientación del sistema «a las consecuencias» presenta significativas ventajas de concreción y

[354] Sobre la incidencia en la dogmática jurídico-penal de decisiones del político-criminal o del constitucionalista, así como sobre la importancia de la «imagen de hombre» (*Menschenbild*) de la que se parta, MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, p. 136.

[355] Críticamente sobre este proceder, sin embargo, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 33-34, dada «la vinculación de este criterio con los conocimientos de las ciencias empíricas de la criminalidad y la poca capacidad de éstas en la actualidad para pronosticar resultados concretos»; también COBO/VIVES, PG, 2.ª ed., p. 89, por entender que «la dogmática reclama un fundamento valorativo absoluto, precisamente para poder llevar a cabo la tarea de crítica social» que le corresponde. Próximo, en cambio, desde una perspectiva metodológica general, JØRGENSEN, *Fragment und Ganzheit in der juristischen Methode*, en Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, pp. 57-68, p. 64: «El Derecho no puede contemplarse sólo como un sistema de reglas, sino que debe concebirse como un conjunto de preceptos que, dado que tienen por finalidad la regulación del comportamiento humano, deben ser explicados también teleológica y pragmáticamente»; de lo cual desprende que las decisiones jurídicas han de tener en cuenta los fines de las reglas y las consecuencias de las diversas interpretaciones.

[356] Aunque dentro de esta postura, que estimo mayoritaria, se den construcciones sustancialmente diferentes entre sí. Sin pretensión alguna de exhaustividad, considérense los sistemas de ROXIN y JAKOBS, en Alemana, y de MIR PUIG, en España, que, partiendo de la premisa metodológica común de una orientación teleológica (o funcional) de la construcción dogmática del sistema, llegan a configuraciones diferentes de las categorías.

posibilidad de control frente a otras tesis alternativas, que, en general, adolecen de un excesivo intuicionismo...

> Como señala, para la teoría general del Derecho, GARCÍA AMADO, «se estima que la remisión a las consecuencias como pauta valorativa sirve para aumentar la racionalidad de las valoraciones, en cuanto que permite la discusión con una referencia precisa y controlable, contrariamente a lo que ocurriría cuando la justificación de la valoración que conduce a la decisión remite a principios abstractos o valores ideales, en cuyo caso no habría referencia posible para el control de la arbitrariedad valorativa»[357].

10. La opción por una construcción dogmática de base teleológico-funcionalista debe acompañarse, sin embargo, de una precisión aclaratoria de alguno de los malentendidos que respecto a aquélla suelen producirse. Así, como se señaló más arriba, debe distinguirse entre la orientación del sistema dogmático del delito a la teoría de los fines (o modelo de legitimación) del Derecho penal y la adopción, en este último ámbito, de una concepción funcionalista o utilitarista de la misión del Derecho penal en la sociedad. La construcción teleológica del sistema dogmático tiene, ciertamente, como premisa necesaria la acogida de la idea de que el Derecho penal no se legitima *a priori*, sino que se legitima por la forma en que tenga lugar su incidencia en la sociedad, pero esta incidencia no tiene por qué ser entendida en términos utilitaristas, sino que éstos pueden y deben verse corregidos o incluso postergados por otras consideraciones de valor. Teóricamente, un sistema teleológico del delito puede tener como objeto de referencia tanto una legitimación utilitarista del Derecho penal como una legitimación utilitarista matizada como, en fin, una fundamentación no utilitarista del mismo[358]. Debe distinguirse, asimismo, entre el principio teleológico de elaboración del sistema y la llamada «*Folgenorientierung*» (u «orientación a las consecuencias» en sentido estricto), que alude a una interpretación de los tipos o a una elaboración categorial realizada desde la perspectiva de las consecuencias externas empíricas de la misma[359]. La diferencia, de gran importancia, radica, por un lado, en que en la orientación teleológica de la elaboración del sistema se toman en consideración, junto a las consecuencias «externas» de una determinada construcción categorial o interpretación (efectos describibles empírica-

---

[357] GARCÍA AMADO, AFD nueva época, 11,1986, p. 171.

[358] Como se pone de manifiesto en el libro, ya antes citado, de Michael BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden 1981, en el que, a una orientación a las consecuencias del criterio jurídico-penal de responsabilidad presidida por el principio de utilidad (p. 19 y ss.), se contrapone otra orientación del mismo a las consecuencias presidida por principios de justicia (p. 41 y ss.).

[359] Es fundamental sobre esta cuestión el trabajo de HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, en Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag, tomo I, München 1982, pp. 493-524, p. 510 y ss. Otras referencias, más generales, en BUND, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg 1983, p. 181. También, críticamente, LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. De Otto Pardo), Madrid 1974, p. 61 y ss.

mente, que se producen en un marco espacio-temporal y son accesibles a través de una metodología empírica[360]), también otras consecuencias «internas» (efectos intrasistemáticos, que resultan de poner en relación la interpretación o elaboración propuesta con otras disposiciones del legislador u otros elementos de la construcción dogmática)[361]. Además, en la orientación teleológica no todo son referencias a «consecuencias» internas o externas, *sino que ocupan un papel central las referencias a fines valorativos*. Esto significa, que, en aquélla, junto a la toma en consideración de las consecuencias empíricas (de prevención, en sentido estricto, por ejemplo) se produce también una orientación al cumplimiento de aquellos principios y valores cuyo respeto, junto a la propia dimensión preventiva-utilitarista, constituye el fin o complejo de fines —en términos, también, de justificación o legitimación— del Derecho penal[362]. La distinción entre una construcción teleológica del sistema y una construcción del mismo «orientada a las consecuencias empíricas» resulta de la máxima trascendencia. En efecto, la orientación de la construcción teórica del delito a las consecuencias empíricas que se puedan derivar de la adopción de uno u otro criterio implica una funcionalización absoluta de las decisiones y una minimización —por no decir que un bloqueo absoluto— de la incidencia de valores y principios[363]. Estos, ciertamente, pueden y suelen mostrarse «disfuncionales», por así decirlo, desde la perspectiva de la eficacia empírica de una determinada concepción jurídico-penal[364]. Por otro lado, desde una óptica metodológica, en la construcción de las propuestas dogmáticas a partir exclusivamente de las consecuencias empíricas de las mismas puede darse de nuevo la rechazable «falacia naturalista»[365], tratando de obtenerse el *deber ser* (la construcción dogmática prescriptiva) de un *ser* (las eventuales consecuencias empíricas de la construcción) que, además, y debido a la inseguridad de los juicios de pronóstico, tampoco resulta incontestable[366]. En estas

---

[360] HASSEMER, *Coing-FS*, p. 513.

[361] HASSEMER, *Coing-FS*, I, p. 513. Cfr. sobre esto también la detallada exposición de LUHMANN, *Sistema jurídico*, p. 76 y ss. Sobre todo ello (control de las consecuencias jurídicas y control de las consecuencias sociales), AMELUNG, ZStW 92 (1980), p. 39-40.

[362] En esa medida la propuesta que realizo atiende, según creo, a la exigencia de HASSEMER, ARSP Beiheft 44, p. 140-141, de que la moderna ciencia penal, orientada a las ciencias sociales, atienda también, y de modo fundamental, a los principios valorativos que deben inspirar la intervención del Derecho penal.

[363] Cfr., al respecto, sobre la vulneración del principio de igualdad, LUHMANN, *Sistema jurídico*, p. 74. Esta desatención de aspectos valorativos se da como he señalado, según creo, en el planteamiento de Jakobs, al orientarse la construcción del sistema dogmático del delito a una concepción de base empírica, la teoría de los sistemas, acerca de la función del Derecho penal en sociedad. El sistema del delito se funcionaliza, pues, a partir de una concepción asimismo sociológico-funcionalista acerca de la misión del Derecho penal (la teoría de los sistemas). En cambio, cuando Muñoz Conde trata de establecer las bases de una «teoría del error orientada a las consecuencias» [cfr. MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Valencia 1989, p. 117 y ss.] realmente lo hace —a mi entender— desde la perspectiva de las consecuencias internas que el propio legislador, o, en todo caso, el sistema dogmático, atribuyen a una determinada institución (muy claro en p. 128), lo que responde más bien al esquema teleológico.

[364] Cfr. críticamente HASSEMER, Coing-FS, p. 522 y ss.

[365] Cfr. PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, 1986, p. 239.

[366] Al respecto, cfr. GARCÍA AMADO, AFD nueva época, III, 1986, p. 171.

páginas se acoge la perspectiva teleológica, que recibirá la correspondiente concreción en los próximos capítulos relativos a los fines del Derecho penal y a la construcción de las categorías del delito. El punto de partida de tal orientación es entender que la legitimación del Derecho penal no se produce sólo por razones de eficacia empírica, sino también, y sobre todo, por su conformidad con una dimensión de valor. Por ello, nuestra orientación del sistema dogmático del delito a los fines del Derecho penal no conforma —conviene reiterarlo una vez más— una construcción puramente consecuencialista (orientada a las consecuencias externas) sino que íntegra plenamente el enfoque «orientado a los principios» (deontológico)[367]. En realidad, pues, la construcción conceptual y sistemática de las categorías del delito en Derecho penal ha de tener como referencia el punto de síntesis —no establecido de modo permanente, sino variable en el tiempo— de la tensión entre eficacia empírica y racionalidad valorativa que puede legitimar la intervención penal. Por lo demás, la opción que aquí se realiza en favor de una construcción del sistema orientada al complejo (con significativas tensiones internas) de fines del Derecho penal no pretende dar por finalizado el importante debate metodológico que tiene por objeto las cuestiones reseñadas. Este debate se halla, por el contrario, justamente en sus inicios y abierto a cualquier nueva aportación que contribuya a la concreción del método de la dogmática postpositivista. En ésta, el único punto de acuerdo absoluto sigue siendo, todavía, el relativo a la imposibilidad de una construcción con apoyo exclusivo en el Derecho positivo y a la necesidad de desplazar el centro del interés científico a la discusión racional sobre las premisas valorativas materiales en que se asienta el sistema.

11. En suma, pues, —y por volver al tema que aquí nos ocupa de modo esencial— parece posible afirmar que, a juicio de la doctrina más moderna que ha estudiado estos problemas metodológicos, el Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo —obligado por el principio de legalidad— de las construcciones dogmáticas[368], pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de

---

[367] Muestra los rasgos de ambos enfoques NEUMANN, *Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik*, en ARSP Beiheft 44, pp. 248-259, p. 249, 255 y ss. (analizando la dogmática del estado de necesidad). Por mi parte, trato de conformar una síntesis, en términos dialécticos, de ambos aspectos, que no niega, antes bien resalta su carácter contrapuesto.

[368] Cfr. GARCÍA AMADO, AFD nueva época, tomo I, Madrid 1986, p. 153 : «Los términos legales señalan sólo un marco más o menos amplio dentro del que la decisión ha de recaer, es la suya una función meramente limitativa» (citando a W. Kilian y F. Müller). En el ámbito jurídico-penal, MIR PUIG, RJCat 1978, p. 653, 659 y 660; JAKOBS, AT, 2.ª ed. Ap. 4, n.ª marg. 45: «gesetzliche Rahmenbestimmung»; HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XVIII y XIX; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 118: «El Derecho penal positivo fija, ciertamente, un marco que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un límite infranqueable para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina»; TORÍO LÓPEZ en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, I, p. 388 y 390; MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik* p. 122. En sentido similar, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 25, señalando que el único límite que se pone a las decisiones valorativas del intérprete es «que el texto del Derecho positivo pueda presentarse como *deducible* del fundamento elegido».

impedir las construcciones *de lege lata* que desborden el marco de los sentidos posibles[369] de los términos de la ley[370]. Con todo, el grado de vinculación de la ley sobre las elaboraciones de la dogmática es sustancialmente diferente en lo relativo a las construcciones de la Parte Especial (dogmática de los delitos en particular) y de la Parte General (teoría general del delito). Así, mientras que en aquéllas las descripciones típicas establecen un marco significativamente estrecho que limita las elaboraciones doctrinales posibles[371], en la Parte General, y en la obra dogmática por excelencia, la teoría del delito, las cosas son diferentes[372]. El grado de la vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos. Un ejemplo de ello es la coexistencia en Alemania, con un mismo Derecho positivo (el previo a la reforma que entró en vigor en 1975), del causalismo y el finalismo, o, más cerca, la coexistencia en España, con el vigente Código penal, de doctrinas que sostienen la sistemática causalista, de otras que se adhieren de modo más o menos ortodoxo a las tesis finalistas y, en fin, de obras impregnadas en mayor o menor medida de consideraciones teleológico-funcionalistas[373]. La conclusión es que, por muy insistente-

---

[369] No es infrecuente leer que la vinculación del Derecho positivo la ejerce el «sentido literal posible». Ello es incorrecto: lo que vincula es el tenor literal (*Wortlaut*), o en otras palabras, los posibles sentidos de éste (*möglicher Wortsinn*), pero no hay un «sentido literal posible». Tal expresión sólo puede aceptarse como abreviatura de «los posibles sentidos que permite el tenor literal». Sobre ello, DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 3 y nota 9.

[370] Ciertamente, la determinación de cuál es el alcance del «sentido posible de los términos» requiere, por su parte, una interpretación que, como se verá, según las tesis de la moderna hermenéutica jurídica, siempre estaría condicionada por las propias valoraciones del intérprete. Insistiendo, sin embargo, en la importancia de la sujeción al tenor literal del texto legal como límite a a construcción de lege lata, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XVII-XVIII: «Nosotros, como lectores de un texto —el texto legal— no podemos disponer libremente sobre el sentido de las palabras, y eso no lo puede modificar ninguna «interpretación» ni siquiera aunque se adorne con atributos como «teleológica», «tópica», «dialéctica» o «análogas»; «La racionalidad de nuestro lenguaje depende de que nos orientemos a los significados del lenguaje ordinario y el acuerdo acaba tan pronto como se infringe este postulado».

[371] Cfr. de todos modos, ESSER, *La interpretación* (trad. Rodríguez Molinero), AFD nueva época, I, 1986, pp. 41-73, p. 62: «La resolución nunca es simplemente ofrecida por la ley, ni el juicio de valor se ha de extraer plenamente de la norma; y esto porque esta última ni siquiera puede establecer anticipadamente todos los criterios de juicio necesarios para aplicar el Derecho».

[372] Cfr. JAKOBS, AT, 2.ª ed, Ap. 4, n.º marg. 16; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 118-119: «Cuanto más generales son los principios a considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del Derecho positivo»; TORÍO LÓPEZ en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, I, p. 402: «La teoría general del delito se halla vinculada en medida menor aún al derecho positivo. Puede afirmarse que en alto grado se ha desenvuelto extra legem o por vía consuetudinaria. El sistema vigente carece con frecuencia de referencias a los problemas (...) o proporciona puntos de apoyo accidentales o escasamente significativos (...) para la formación del concepto».

[373] En este sentido, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 28-29; TORÍO LÓPEZ en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, I, p. 409: «Sobre un mismo código penal han podido desenvolverse la concepción clásica, neoclásica, finalista o contemporánea —teleológica, funcional, postfinalista— del sistema penal. En el mismo momento histórico, por otra parte, pueden coexistir teorías del delito diferentes»; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 143.

mente que se haya intentado, resulta bastante difícil descalificar a cualquiera de esas posiciones a partir de argumentar su incompatibilidad con el Derecho positivo[374]. La dogmática, en su actividad de construcción, es, pues, significativamente «libre» respecto de las regulaciones del Derecho positivo.

12. En cualquier caso, las anteriores afirmaciones no deben ser malinterpretadas. El Derecho positivo forma, evidentemente, «parte» del objeto de la dogmática[375]. Sin embargo, su misión consiste fundamentalmente en establecer sobre las construcciones dogmáticas una vinculación de orden meramente «negativo»[376]. Es tal vinculación «negativa» la que precisamente permite distinguir la elaboración dogmática de otras elaboraciones puramente ideales acerca del hecho punible[377]. Lo que ocurre es que el Derecho positivo en sí no constituye desde luego el núcleo, la parte decisiva, del objeto de la dogmática. Este no aparece constituido por algo tan contingente en el espacio y en el tiempo como puede ser un Derecho positivo nacional vigente en un momento concreto. Basta echar una ojeada a la Historia para advertir cómo modificaciones legislativas, incluso de amplio alcance, no traen consigo un cambio en las construcciones sistemáticas y cómo, a la inversa, las teorías y las construcciones categoriales cambian, pese a que no se modifique el marco constituido por el Derecho positivo. Por otro lado, en el ámbito espacial resulta fácil constatar que los presupuestos básicos de la dogmática son comunes a buen número de países, en otras palabras,

---

[374] A título meramente ejemplificativo puede citarse la discusión acerca de si es compatible con el texto del art. 6 bis a) III del CP sostener una «teoría del dolo» en materia de error de prohibición, o bien es obligado reconocer en el mismo una toma de posición favorable a las teorías de la culpabilidad. Tal polémica, a mi juicio, no ha podido resolverse de modo definitivo en favor de esto último, como han puesto de relieve las argumentaciones de MIR PUIG y COBO/VIVES, por ejemplo.

[375] Lo subraya AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo 1987, p. 8. Como señala asimismo BAUMANN, *Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele (1985)*, en sus Beiträge zur Strafrechtsdogmatik AT, Bielefeld 1987, pp. 45-56, p. 56, en expresión alemana muy gráfica «Strafrechtsdogmatik hat einen Spielraum (...), aber einen «Spiel»-raum hat sie nicht».

[376] Es decir, no imponiendo una tesis concreta, sino limitándose a descartar algunas como incompatibles con el marco de sentidos posibles de sus términos. De «Grenzfunktion» o «Grenzwirkung» habla F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3.ª ed., Berlin 1989, p. 125, 182 y ss, 184, 185, 193-194. Cfr. también KOCH/RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, p. 194; ZIPPELIUS, *Auslegung als Legitimationsproblem*, en Festschrift für K. Larenz zum 80. Geburtstag, Munchen 1983, pp. 739-749, p. 743 y 744; CHRISTENSEN, *Was heisst Gesetzesbindung? Ene rechtslinguistische Untersuchung*, Berlín 1989, passim, donde se sostiene que la vinculación ejercida por la ley es una vinculación del «texto» de ésta: cfr. en especial p. 290 y ss. Un texto que, antes del proceso de obtención/concreción del Derecho, posee vigencia, pero no significación (p. 300). Así se entiende que «entgegen der positivistischen Annahme einer Subsumtion unter vorgegebene Bedeutungen kann der Text nicht das automatische Subjekt einer formlogischen Ableitung sein, sondern nur die aktive Leistung des wirklichen Subjekts beeinflüssen» (p. 301); «Der Normtext ist dabei nicht nur Ausgangspunkt, sondern auch rechtsstaatliche Grenze der Konkretisierung «(p. 304). Describiéndolo, DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 15 y 16, 32.

[377] Así lo señala MIR PUIG, PG, 3.ª ed, p. 118: La teoría del delito no es «fundamentalmente, una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser —no es una construcción iusnaturalista— sino una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste».

que la dogmática es una disciplina «supranacional»: Si en Alemania, Austria, Suiza, Italia, España, Portugal, Grecia, Iberoamérica, Escandinavia, Europa del Este, Japón y Corea, etc. se opera esencialmente con el mismo sistema de categorías, ello es porque la vinculación ejercida por el correspondiente Derecho positivo no es lo suficientemente intensa como para impedir una creación relativamente libre de las diversas premisas básicas y de las proposiciones sucesivamente derivadas de éstas[378]. Más bien sucede todo lo contrario, y es que el Derecho positivo de los países mencionados (y otros) va aproximándose de modo continuo, en la medida en que las sucesivas reformas traducen en preceptos legales nociones fundamentales de la evolución dogmática, una vez que éstas se han convertido en patrimonio doctrinal común[379]. En definitiva, pues, el objeto central de la dogmática, como ya hemos apuntado y trataremos de mostrar más adelante de modo detallado, no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino, más bien, *un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico-estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas*[380].

> Dada la reseñada base valorativa de sus cadenas argumentales, parece obvio que no puede hablarse de que la dogmática sea reaccionaria apelando a su vinculación estricta a un concreto Derecho positivo. Sin embargo, tampoco debe ignorarse que los dogmáticos han propiciado en buena medida tal crítica,

---

[378] Cfr. HRUSCHKA, GA 1981, p. 242: «El interés en la positividad del Derecho 'positivo' alemán acaba poco después de Flensburg o de Aachen, y ya se ha extinguido cuando se pisa Basel o Salzburg. Lo que continúa siendo interesante más allá de estas fronteras son las consideraciones teórico-estructurales y las ético-normativas, que están detrás del Derecho penal «vigente» en Alemania». También, TORÍO LÓPEZ en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, I, p. 418: «La teoría general del delito es un cuadro de respuestas racionales a los problemas que plantea la realidad criminal. Podría —y con toda seguridad, tendría— que ser elaborada con una visión menos tetritorial o más cosmopolita, prescindiendo de toda referencia a cualquier sistema positivo. (...) El presente, cuando se trata de la unificación legislativa de grandes espacios jurídicos, llama precisamente en esta dirección».

[379] Piénsese, por ejemplo, en la acogida legal de las regulaciones del error de tipo y del error de prohibición, decenios después de que fueran categorías empleadas de modo general por doctrina y jurisprudencia. Cfr., en este sentido, MIR PUIG, RJCat 1978, p. 658; TORÍO LÓPEZ en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, I, p. 402: «La legislación suele caminar tras la teoría (...). Es la legislación penal la que se deduce de la teoría jurídica del delito. No sucede al revés, como se sostuvo por el positivismo jurídico»; MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, p. 125 y ss., 128 y ss., 130-131.

[380] Como señala MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 119: «La decisión ...habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas, de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural». Por otro lado, «la decisión final en favor de uno u otro valor de ninguna manera está prefigurada por el derecho positivo» [TORÍO LÓPEZ en *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, I*, p. 403-404; cfr. también p. 408]. Similar BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 25: «en realidad, las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado no parten o, si se quiere, no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que se considera que la ley positiva reconoce su fundamento» y p. 29: «...la labor dogmática requiere decisiones y toma de posiciones por el intérprete que no tienen cabida dentro del concepto de ciencia jurídico-penal tradicional».

dado su constante empeño en ocultar sus premisas axiológicas, en presentar sus construcciones como derivaciones «necesarias» de la ley y en descartar de plano cualquier tesis innovadora apelando, en primera instancia, a su incompatibilidad con dicha ley[381]. Es ésta la herencia del formalismo positivista que modernamente se ha revelado como una auténtica mistificación del verdadero proceder de la dogmática. Como ha señalado con razón BACIGALUPO, «por mayor que sea la buena voluntad es evidente que, ajustándose al programa de trabajo contenido en el método de Liszt, nadie podría obtener ninguna de las teorías jurídicas que el propio Liszt formuló»[382].

c) La legitimidad de las construcciones de la dogmática postpositivista.

1. La significativa libertad que hemos predicado a propósito de las construcciones dogmáticas, y el carácter subjetivo-valorativo que las mismas muestran[383] (por mucho que, evidentemente, aspiren a conseguir un consenso intersubjetivo), genera algún problema de importancia. En efecto, la superación del concepto positivista de dogmática jurídico-penal, y, en general, del concepto positivista de ciencia jurídica, ha provocado que se plantee como cuestión polémica la de si realmente puede afirmarse que el Derecho positivo es apto para fijar un «marco» a la construcción dogmática *de lege lata* y para sentar consiguientemente las bases de la distinción entre elaboraciones *de lege lata* y *de lege ferenda*. El tema, que guarda relación con una de las cuestiones más debatidas en la ciencia jurídica: a saber, la distinción entre interpretación y creación analógica del Derecho[384], ha sido objeto de un renovado análisis en los últimos decenios, obteniéndose resultados que permiten cuestionar las convicciones tradicionales.

2. La doctrina clásica en este punto ha venido siendo —ya lo hemos reflejado— significativamente clara. En Derecho penal está prohibida la construcción analógica (*in malam partem*). La labor del dogmático o del aplicador del Derecho está, pues, limitada, por el «sentido de los términos de la ley» o, como otros señalan, por el «tenor literal» de ésta[385]. Ahora bien, tan cierto como esto es

---

[381] En este sentido, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 30.

[382] BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, p. 23.

[383] Cfr., por ejemplo, Arthur KAUFMANN, *Einige Bemerkungen zur frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, en Festschrift für P. Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, pp. 67-73, p. 71

[384] Creo, en efecto, que el problema del Derecho positivo como marco de las construcciones dogmáticas *de lege lata* (con la consiguiente posibilidad de distinguir entre éstas y las construcciones *de lege ferenda*) es próximo «mutatis mutandis» al problema de la posibilidad de distinguir entre interpretación y analogía. Ciertamente, la creación analógica *in malam partem*, al estar prohibida en Derecho penal, sólo podría sostenerse como propuesta *de lege ferenda*, y no, en cambio, como elaboración jurídica *de lege lata*. Cfr. BAUMANN, *Beiträge*, p. 45.

[385] Cfr., además de los citados supra, BAUMANN, *Der natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht* (1958), en sus Beiträge, pp. 3-7, passim y p. 7; EL MISMO, *Beiträge*, p. 52, 54; SCHÜNEMANN,

que la doctrina y la jurisprudencia han tendido, con diversa fundamentación, a liberarse de la referida vinculación, tanto en sus declaraciones teóricas, como sobre todo, en la concreta resolución de casos[386]. Así, se ha pretendido señalar, por ejemplo, que la vinculación no la puede producir el tenor literal, sino la «ratio» del precepto. Sin embargo, en la medida en que la «ratio» del precepto sólo puede obtenerse al final del proceso interpretativo, parece difícil que pueda representar un límite para esa interpretación o construcción de la que es producto. Abundando en esta línea, y concretamente en lo relativo a la interpretación del Derecho positivo y a la aplicación del mismo por los jueces, se han ido alcanzando conclusiones que, en buena medida, suponen un rechazo de la referida posibilidad de que el Derecho positivo establezca un marco perceptible de delimitación de la construcción jurídica producida en el seno de la ley[387]. A ello ha contribuido, por un lado, la *«jurisprudencia retórica»*[388]. En efecto, ésta, en abierta oposición a la «tesis de la subsunción» como explicación de la estructura del proceso de obtención y aplicación del Derecho, ha sostenido, entre otras cosas: 1) que la ley es, desde un punto de vista técnico, únicamente un medio de ayuda para el jurista y, además, con un valor cuestionable; 2) que contribuye en forma muy limitada a la tarea de ordenación y resolución de conflictos sociales[389]; o 3) que la interpretación de la ley, en sí, constituye un elemento más de los muchos que integran el proceso de obtención del Derecho y, además, su alcance debe contemplarse con amplio escepticismo, dadas las aportaciones de la *filosofía analítica del lenguaje* que han puesto de manifiesto la esencial vaguedad y porosidad de los términos que integran los lenguajes naturales[390]. En consecuencia, si la racionalidad de la dogmática ya no puede alcanzarse por la vía de la referencia

---

Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht. Berlin/New York 1978, p. 4; DOPSLAFF, *Wortbedeutung und Normzweck als die massgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen*, Frankfurt 1985, p. 195. Describe también esta doctrina SCHMIDHÄUSER, *Strafrechtliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, en Gedächtnisschrift für W. Martens, Berlín-New York, 1987, pp. 233-244.

[386] Sobre ello, describiendo la situación en términos críticos, VELTEN/MERTENS *Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens*, ARSP 1990, pp. 516-543, p. 516; también BAUMANN, *Beiträge*, p. 5, 50-51; NEUMANN, *Der «mögliche Wortsinn» als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, en Eike von Savigny y otros, Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, Münnchen 1976, pp. 42-59, passim, p. 42, 48; VON SAVIGNY, *Konflikte zwischen Wortlaut und Billigkeit in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, en Juristische Dogmatik, pp. 60-78, passim, p. 76. Lo describe asimismo SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 234, 237-238, pero concluyendo (p. 239) que no es que tal práctica sea inconstitucional, sino que el mandato de determinación, en su vertiente dirigida al juez, está sobredimensionado.

[387] Como señala SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 169-170, la idea del positivismo tradicional, según la cual resultaba sencilla la distinción entre la interpretación y la creación del Derecho *praeter* o *contra legem* se pone en duda ante la constatación de la falta de claridad semántica de la ley.

[388] Sobre esta corriente y sus variantes, cfr. GARCÍA AMADO, AFD nueva época, III, 1986, p. 154 y ss.; NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, p. 54 y ss, en especial p. 64 y ss; PAWLOWSKI, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, Heidelberg 1986, p. 68 y ss.

[389] Cfr. sobre esto y lo anterior HAFT, *Juristische Rhetorik*, 3.ª ed., München 1985, p. 9.

[390] Cfr. la descripción que hace de esto SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 170.

directa al Derecho positivo, se tratará de asentarla en una «teoría de la argumentación», en un entramado de esquemas argumentales que sirvan para justificar la adopción de una decisión en lugar de otra[391].

> Cómo señala Arthur KAUFMANN, «la *Hermenéutica jurídica*, como doctrina de las condiciones trascedentales de la comprensión de textos lingüísticos, ha sido capaz de explicar lo que ya otras corrientes habían descubierto, a saber, que el instrumento decisivo del método jurídico no es la subsunción, sino la retórica y el argumento. Obtención del Derecho significa en primer lugar y ante todo *argumentar correctamente en un sistema abierto*»[392].

3. En efecto, la relativización del papel del Derecho positivo ha alcanzado su culminación mediante las aportaciones de la «hermenéutica jurídica»[393]. Esta, ciertamente, concretando nociones hermenéuticas generales, ha advertido acerca de la inevitabilidad de que el sujeto que interpreta un texto jurídico (en lo que aquí interesa, una disposición del Derecho positivo), al hacerlo, inserte en el acto interpretativo su «prejuicio» o «precomprensión» (*Vorverständnis*) acerca del objeto[394]; en otras palabras, ha mostrado la necesidad de realización de un juicio de valor previo sobre lo que se quiere comprender[395]. Ello tiene varias repercusiones. Por un lado, resulta que el propio proceso interpretativo cambia de naturaleza: pasa de entenderse como un acto más o menos mecánico de subsunción a entenderse como un proceso al que el propio intérprete aporta algo sustancial[396]. De ahí la expresión «círculo hermenéutico» (*hermeneutischer Zir-*

---

[391] Cfr., por ejemplo, Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 70-71; HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Auslegung*, Königstein/Ts. 1982, p. 199 y ss.

[392] Arthur KAUFMANN, en *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 3. Cfr. asimismo Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 72 : «La decisión jurídica no es el resultado de una subsunción a partir de la ley, sino que más bien aparece determinada por la concurrencia ordenada de más o menos numerosos argumentos. Según el principio de la argumentación deben admitirse básicamente todos los argumentos. La meta es la creación de un consenso intersubjetivo».

[393] Cfr. la descripción de Arthur KAUFMANN, *Coing-FS*, I, p. 540 y ss. También el instructivo texto de SCHROTH, *Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion*, en KAUFMANN/HASSEMER (Comp.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 1981, p. 188-198; así como, en general, el análisis de los diversos aspectos implicados aquí que se realiza en los trabajos compilados por HASSEMER (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur KAUFMANN zum 60. Geburtstag*, Heidelberg 1984. Por lo demás, PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 41 y ss; AARNIO, *The rational as Reasonable*, p. 67 y ss.

[394] Cfr. al respecto ESSER, *La interpretación* (trad. Rodríguez Molinero), AFD nueva época, I, 1986, pp. 41-73, p. 67 y ss. [La obra básica sobre esta cuestión sigue siendo la del propio ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt 1970]; también, Arthur KAUFMANN, *Coing-FS*, p. 540-541; SCHROTH, en *Einführung*, p. 196; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 11; vid. asimismo JAKOBS, AT, p. 62 y ss. En España, OLLERO TASSARA *Derecho y sociedad*, Madrid 1973, p. 23 y ss; asimismo, estimo especialmente interesante el trabajo de QUESADA VEGA, *El papel de la precomprensión en la interpretación del Derecho*, en La Ley 1985-3, pp. 982-986.

[395] Cfr. QUESADA VEGA, *La Ley* 1985-3, p. 984.

[396] Como señala JØRGENSEN, en *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, p. 61, existe el reconocimiento general de que «el lenguaje no es un reflejo pasivo de la realidad, sino una acción activa que reelabora la realidad de conformidad con las metas de los hombres. El lenguaje y los conceptos son, como Heidegger ha expresado, intencionales; por ello uno no puede describir una realidad cuyo fin le sea desconocido».

kel)[397], que alude a la auténtica naturaleza del proceso interpretativo, como un proceso en el que «sin un juicio previo acerca de la necesidad de ordenación y la posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede en absoluto expresar lo que se pregunta: la solución justa»[398]. El proceso de obtención del Derecho adquiere, pues, como se ha dicho, un carácter subjetivo-valorativo y el texto, el Derecho positivo, pierde su condición de «fuente exclusiva» de la decisión. Sin embargo, todo ello es de la máxima importancia en relación con el tema que aquí nos ocupa, pues su acogida incondicionada podría llegar a flexibilizar hasta la anulación el límite representado por el Derecho positivo —al que antes habíamos calificado de «marco»— frente a las elaboraciones conceptuales-valorativas del dogmático. En efecto, de seguir el planteamiento hermenéutico hasta el final, resultaría que la propia determinación de cuáles sean los términos de ese marco (los límites de la construcción *de lege lata*) se vería afectada por las representaciones valorativas previas *(Vorverständnisse)* del jurista mismo. En tal caso, evidentemente, no podría constituir una barrera «externa» a la configuración valorativamente «libre» de los tipos y de las categorías del sistema[399]. Esto es, en efecto, lo que se ha sostenido por los defensores de las tesis hermenéuticas. Según ellos, dada la ambigüedad de los lenguajes naturales, el sentido posible de los términos legales no puede constituir barrera alguna para la interpretación o, por añadidura, para la construcción dogmática[400]. Sobre todo cuando, además, todo proceso interpretativo se tiene por indefectiblemente analógico[401]. La conclusión es, pues, que ya en el plano ontológico no puede existir la frontera marcada por el tenor literal *(Wortlautgrenze)*[402].

---

[397] Proceso circular que, como señala OLLERO, *Derecho y sociedad*, p. 24, «...lejos de implicar un negativo círculo vicioso de orden lógico, va a revelar una circularidad ontológica» esto es, una condición necesaria del proceso de comprender. Cfr. también Arthur KAUFMANN, *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Festschrift für P. Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, pp. 67-73, p. 68 citando a Heidegger como punto de partida de estas consideraciones sobre la «circularidad hermenéutica»; por lo demás, SCHROTH, en *Einführung*, p. 198.

[398] ESSER, AFD nueva época, III, 1986, p. 68, también p. 70: «Para la interpretación en el Derecho lo decisivo será dirigirse al texto interpretable con una cierta expectativa de hallar una posibilidad de solución a cuestiones de conflictos, y que esta expectativa delimite y manifieste las posibilidades de interpretación; cfr. asimismo QUESADA VEGA, *La Ley* 1985-3, p. 983.

[399] Cfr. la exposición, en términos polémicos, del problema en HASSEMER, *Fundamentos*, p. 335. Críticamente, VELTEN/MERTENS, ARSP 1990, p. 519 y ss.

[400] Paradigmáticamente, HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik*, passim, en especial p. 138 y ss., 159 y ss.; DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 38 y 55, 41.

[401] Así Arthur KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»* (1965), en su Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt 1972, pp. 272-320, p. 278-279 y 305-306. Sobre ello, críticamente, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 17, 19: la prohibición de analogía en Derecho penal es lógicamente realizable y tiene sentido desde una óptica teleológica. Vid. también SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 240.

[402] Cfr. notas anteriores y DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 45. Una crítica de signo diferente al valor del tenor literal como límite es la que le dirige SCHMIDHÄUSER. Este autor, a partir de su concepción, que en su momento estudiaremos, acerca del amplio desconocimiento de los ciudadanos sobre el contenido exacto de las disposiciones penales, entiende que debe prescindirse de la rígida concepción clásica del mandato de determinación y sustituirla por un mandato de «relativa» determinación [SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen/Zürich 1988, p. 48]. En otros términos, que debe permitirse

4. Tal concepción del proceso de obtención del Derecho, sin embargo, ha sido advertida como parcialmente insatisfactoria por algunos autores. Así, se ha puesto de relieve que su introducción en sustitución de las tesis interpretativas clásicas ha redundado en una mengua de la racionalidad del Derecho. Según este punto de vista, la inexistencia de principios de ordenación entre los diferentes argumentos y criterios que han reemplazado a la tesis de la subsunción asentada en los cánones savignianos[403], provoca que toda la teoría se convierta en una petición de principio y que se halle ausente por completo una base real para predicar la cientificidad[404]. Con todo, el aspecto anterior, sobre el que existe un intenso debate del que daremos cuenta más adelante, tampoco es lo más importante. Lo esencial es que, al introducirse todas las referidas matizaciones y filtros en la relación entre el texto legal y la toma de posición doctrinal o judicial, se plantea el problema relativo a la posible falta de *legitimación democrática* de las decisiones (judiciales o dogmáticas). Esta cuestión es especialmente importante —desde perspectivas prácticas— en lo que se refiere a las decisiones judiciales[405], pero también afecta, sin duda, a las proposiciones valorativas de la dogmática[406].

> En efecto, dado que el juez (como el dogmático) carece de una legitimación democrática directa, la legitimación de sus decisiones dependerá de la posibilidad de mostrarlas como consecuencias necesarias de una decisión de otra instancia (concretamente, del legislador), que sí se halle legitimada directamente, o, al

---

que el juez desborde el tenor literal (*Wortlauttabestand*) cuando ello sea necesario por razones de justicia, teleológicas, configurándose un «*Auslegungstabestand*» (tipo de interpretación) más amplio, aunque deba intentarse alcanzar la máxima proximidad con el tenor literal [SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 243-245]. La tesis de SCHMIDHÄUSER tendría alguna justificación si el sentido principal de la vinculación de la interpretación o de la actividad dogmática al tenor literal fuera de carácter informativo, esto es, de seguridad jurídica de los ciudadanos a través del conocimiento directo de lo prohibido. Como podremos comprobar, tal conocimiento se obtiene casi siempre de modo indirecto y es, por ello, impreciso. Sin embargo, junto a este sentido la vinculación al tenor literal tiene fundamentalmente un sentido de legitimación democrática de las decisiones. Dado que tal legitimación la tiene sólo el legislador, intérprete y dogmático han de «tomarle la palabra a aquél» [VELTEN/MERTENS ARSP 1990, p. 517] y ajustarse rigurosamente al significado del texto en que aquél plasma su mensaje normativo. De lo contrario, como señala DOPSLAFF, *Wortbedeutung und Normzweck*, p. 195, no habría ni previsibilidad objetiva de la sanción penal, ni limitación de la arbitrariedad; en cambio (p. 220), esto garantiza la vinculación a la ley, la división de poderes y la seguridad jurídica.

[403] Para advertir esto basta confrontar Arthur KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 3, donde señala que el número de posibles argumentos no es limitado sino, en principio, ilimitado: «No son sólo los cuatro canones de Savigny, sino acaso también la orientación a los resultados, la equidad, la seguridad jurídica, los intereses individuales y supraindividuales, la génesis de la norma, los principios generales, la conformidad con la Constitución, la practicabilidad, la naturaleza de las cosas, etc, etc». Y sobre el valor y rango de cada argumento decide el propio intérprete.

[404] Al respecto señala SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 172, radicalmente, que ni la teoría de la argumentación ni la teoría consensual de la verdad (Habermas) ni la ética de la comunicación consensual (Apel) han supuesto en realidad una ganancia en racionalidad para la ciencia del Derecho. Al contrario, la idea de ciencia del Derecho propia del positivismo legal se ha sustituido por nada (p. 170).

[405] SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 173. En línea similar PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 63 n.º marg. 123 y 124, y p. 72 n.º marg. 140.

[406] Subraya que al dogmático le vinculan los mismos límites que al juez, AARNIO, *The Rational as Reasonable*, p. 230.

> menos, como no incompatibles con los términos de la decisión legislativa. Ello exigiría que la decisión del juez se explicara en amplia medida por la del legislador, es decir, que aquélla apareciera como una consecuencia científicamente contrastable de aquélla[407]. Sin embargo, tal posibilidad, que no ofrecía problemas teóricos en el marco del razonamiento positivista de la subsunción sobre la base de un silogismo[408], comienza a plantearlos tan pronto como aquel modelo es abandonado por estimar que no responde a la realidad de la obtención del Derecho[409].

Evidentemente, ni la conceptualización de la «jurisprudencia retórica» ni la de la «hermenéutica jurídica» parecen facilitar la fundamentación de esa legitimación a que hacíamos referencia. Al contrario, las tesis de esta última acerca de la incapacidad del idioma para delimitar el ámbito de la interpretación y para distinguir, por tanto, entre interpretación y analogía más bien parecen teorizar la apropiación de funciones legislativas por el juez[410]. De ahí que, desde una perspectiva esencialmente preocupada por el principio de legalidad, SCHÜNEMANN haya insistido en la tesis de que, en efecto, toda construcción doctrinal o jurisprudencial tiene su límite en los términos legales y el sentido que a los mismos se asigna desde el «lenguaje ordinario» (*Umgangssprache*), constituido aquí en metalenguaje del lenguaje jurídico (o, a veces, también ordinario) mediante el que se comunican el legislador y la jurisprudencia o la ciencia dogmática[411]. Pero la suya no es una postura aislada. Al contrario, en los últimos años menudean tomas de posición próximas que, en lo que sigue, trataremos de analizar, siquiera sea brevemente.

5. La idea es, pues, que debe seguir siendo posible determinar el límite de la construcción *de lege lata* mediante al recurso al «sentido posible» de los términos legales (*möglicher Wortsinn*)[412].

> Como se habrá podido constatar, la adopción del criterio del «ámbito de posibles sentidos de los términos legales» como límite entre interpretación y construcción analógica o, desde un punto de vista diferente, entre construcción *de lege lata* y *de lege ferenda*, no representa novedad alguna. Más bien, este

---

[407] Así PROTT, *Are There Objective Criteria for Legal Reasoning?*, en Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo, Berlin 1984, pp. 303-312, p. 305-306, indicando, desde una perspectiva anglosajona, que en Alemania (y, añado yo, en todos los sistemas jurídicos continentales) «es esencial que el litigante contemple el fallo como dictado por el Estado y por la ley, y no como algo al arbitrio del juez». Sobre ello también DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 10-11.

[408] Aunque este modelo fuera incorrecto.

[409] De ahí que el propio PROTT, *Tammelo-GS*, p. 311, indique que, dado que es evidente que el juez goza de un ámbito de disposición, es preciso que se desarrollen una serie de criterios básicos del razonamiento justificatorio de las decisiones.

[410] SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 174 y 180, criticando aquí directamente a las tesis que aluden a una incapacidad del uso del lenguaje para distinguir entre interpretación y analogía.

[411] SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 19; EL MISMO, *Klug-FS*, I, p. 176. También DOPSLAFF, *Wortbedeutung*, p. 219-220.

[412] SCHÜNEMANN, Klug-FS, I, p. 180.

criterio ha estado siempre presente en el debate doctrinal, siendo acogido por la generalidad de la doctrina[413]. Sin embargo, es lo cierto que la entrada en juego de las tesis hermenéuticas en combinación con las tesis del análisis del lenguaje lo han dejado en difícil situación, al constatarse primero la incapacidad de los términos legales, por sí solos, para fijar una frontera precisa, y la necesidad de que una ulterior fijación de límites sea producto de una actividad interpretativa —en el sentido hermenéutico—, sometida por tanto a la precomprensión y a la circularidad, sin que resulte posible, consiguientemente, que la misma se configure como límite frente a la actividad creadora del juez o del dogmático. En otras palabras, si el límite ha de ser interpretado (valorativamente, en términos hermenéuticos), dicho límite no podrá operar frente a la interpretación (valorativa, tal como la concibe la hermenéutica) de la que es producto.

Todo lo anterior determina que un sostenimiento en la actualidad del criterio de la «*Wortlautgrenze*» (límite representado por el tenor literal) haya de adaptarse, por un lado, a las nuevas circunstancias propiciadas por las disciplinas de análisis del lenguaje, que han mostrado la vaguedad esencial de los términos de que se sirve el legislador, y deba, por otro lado, tratar de resolver la objeción relativa al sometimiento del límite interpretativo a la interpretación creadora a la que alude la hermenéutica. Para ello —se ha afirmado— es preciso proceder a una revitalización —o reconstrucción— de la tradicional «interpretación gramatical» (que puede denominarse mejor «*alltagssemantische Interpretation*»)[414].

6. La cuestión fundamental es qué queremos decir cuando afirmamos que el dogmático o el aplicador del Derecho se hallan vinculados por «el tenor literal», «el sentido posible de los términos» o «el significado natural de las palabras», entre otras expresiones al uso, cada una de las cuales encierra un matiz diferente[415]. Pues bien, en primer lugar parece claro que el marco que vincula al intérprete no lo constituye el *mero ámbito lexicológico* de cada uno de los términos, esto es, el conjunto de posibles significados de los términos en

[413] Cfr. por ejemplo ya SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung*, p. 48, indicando que, si bien por sí solo no basta para la construcción conceptual, el «sentido posible de los términos constituye el límite de las hipótesis interpretativas»; en el planteamiento de este autor, como es sabido, es la función de protección de bienes jurídicos la que incide de modo decisivo en la elaboración conceptual del Derecho penal (p. 50). Cfr. además y junto a los ya citados *supra*, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 316 y ss. En España, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 150 y ss; también MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, p. 215; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 228. Modernamente, por ejemplo, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XVIII; GARCÍA AMADO, AFD nueva época, 1986, p. 170 : «...el problema a resolver es el de cómo hacer razonable la decisión dentro de los márgenes que las normas legales dejan libres, pero no fuera de ellos. Y de esta voluntad de no negar el principio de la vinculación a la ley, sino de dejarlo dentro de los límites reales en que puede operar, se deriva, por ejemplo, la regla argumentativa a que alude ALEXY cuando establece que los argumentos que traigan a colación la vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico tienen preferencia frente a otros argumentos, salvo que razones de peso permitan entender lo contrario».

[414] SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 182.

[415] Críticamente, HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik*, p. 33-34.

cuestión que nos proporcione un diccionario[416]. Más bien habrán de tenerse en cuenta, además, las reglas de un correcto uso del idioma, lo cual implica atender a la sintaxis, a la semántica y al contexto —en sentido estricto, textual[417]— en que se encuentre la concreta expresión[418]. En cambio, parece claro que en la fijación del marco representado por el sentido de los términos de la ley no puede atenderse al «contexto situacional»[419], pues, en la medida en que obviamente intervendría en su definición el intérprete, nos hallaríamos de nuevo ante la imposibilidad de definir un marco que operara de modo intersubjetivo. En conclusión, la concepción que toma como marco el sentido de los términos a partir de las reglas de un correcto uso del lenguaje dispone de un criterio intersubjetivo[420], dinámico[421] y practicable, que puede y debe constituir la barrera externa, infranqueable, de toda aplicación o construcción dogmática del Derecho.

7. Lo anterior es importante en cuanto que sitúa en un primer plano las consideraciones de análisis del lenguaje, el cual, dada la vinculación del principio de legalidad a una descripción efectuada con palabras, resulta sin duda un elemento esencial a la hora de decidir el sometimiento de las construcciones dogmáticas —e interpretaciones judiciales— al mismo. Al respecto deben hacerse, sin embargo, *dos observaciones* fundamentales. La *primera* es que la afirmación de la importancia —a los efectos que aquí interesan— de un análisis de los términos del Derecho positivo desde la perspectiva del lenguaje ordinario no altera la impresión general, obtenida a partir de las aportaciones de la Herméutica, de que en la obtención de una «interpretación acabada» o de una construcción dogmática ya conclusa los decisivos son los aspectos subjetivo-valorativos que se expresan, entre otras, en las nociones de precomprensión y circularidad hermenéutica[422]. En efecto, un análisis meramente linguístico de los términos de

---

[416] Así, por ejemplo, BAUMANN, *Beiträge*, p. 6; VELTEL/MERTENS. ARSP 1990, p. 517.

[417] «*Innersprachlicher Kontext*»: VELTEN/MERTENS. ARSP 1990, p. 548.

[418] DOPSLAFF, *Wortbedeutung*, p. 139 y ss, 195; VELTEN/MERTENS ARSP 1990, p. 518, 529, 530-531, 532, 541-542. Sobre la distinción entre «significado lexicológico» y «significado textual», argumentando en favor de que la misma prueba la imposibilidad de que el sentido de los términos cumpla una función de límite, HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik*, p. 117 y ss.

[419] Como pretende HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik*, p. 139, aludiendo a que el significado textual debe comprender la situación. Por mi parte, advierto que, si se atendiera a un contexto situacional, el mensaje del legislador resultaría indeterminable y no habría posibilidad alguna de obtener la deseable seguridad jurídica, intersubjetividad. Por eso el criterio debe ser el de las reglas objetivas de un correcto uso del idioma en un contexto idiomático general (no situacional).

[420] DOPSLAFF, *Wortbedeutung*, p. 138; VELTEN/MERTENS, ARSP 1990, p. 518.

[421] Pues las reglas del correcto uso del idioma varían: BAUMANN, *Beiträge*, p. 6-7; VELTEN/MERTENS, ARSP 1990, p. 524. Críticamente, DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 45, objetando la incertidumbre que ello supone. Sin embargo, sucede que la propia evolución de las reglas es conocida.

[422] Se reconoce con ello además el dato ontológico de que el razonamiento humano —y, por añadidura, la interpretación de textos legales— opera en términos analógicos. Ocurre simplemente que ese «modus operandi» analógico se constriñe al marco lingüístico establecido. Como señala SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, Berlin/New York 1986, p. 127 y 128 y ss, una cosa es la analogía respecto a la norma (que no se admitiría aquí si fuera in malam partem) y otra cosa la analogía de «rationes decidendi» dentro del marco de la «intensio» (conjunto de propiedades que definen su campo semántico) de los términos legales, que sí sería admisible; sobre esto último, también DOPSLAFF, *Wortbedeutung*, p. 44.

los lenguajes naturales no nos proporcionará todavía una solución definitiva al problema jurídico planteado[423]. Con todo —y ésta es la *segunda observación* que antes anunciábamos— parece que el análisis linguístico, al mostrarnos el campo semántico máximo de un enunciado legal, lo que en otros términos podría denominarse el ámbito de su posible «equivocidad»[424], puede conformar el marco de la actividad admitida al intérprete así como de las construcciones dogmáticas[425].

8. De conformidad con todo lo anterior, en los supuestos de *vaguedad* la doctrina tiende a distinguir, cuando procede al *análisis lingüístico de un término,* tres zonas dentro del campo semántico de mismo: una *zona de seguridad,* en la que se englobarán todos los casos que de modo cierto aparecen incluidos en la *extensio* (referencia empírica) del concepto (esta zona se denomina núcleo de significación, *Bedeutungskern*[426]); otra zona de seguridad, que aludirá a todos los casos que de modo cierto no entran en la *extensio* del referido concepto; y, finalmente, una zona de penumbra, de duda, en la que se incluirán todos los casos de los que no se sabe con seguridad si pertenecen a la *extensio* conceptual o no (campo de significación, *Bedeutungshof*).

> HASSEMER se refiere a estos tres ámbitos hablando de que, respecto a un determinado término lingüístico, se dan «candidatos positivos», «candidatos negativos» y «candidatos neutrales» a integrarse en su campo de significación[427].

Evidentemente, desde el punto de vista de la conclusión de una labor interpretativa el supuesto más problemático se produce cuando las circunstancias del caso o de la particular construcción nos sitúan en este tercer ámbito[428]. Aquí, con mucho mayor motivo que en los supuestos enmarcados en el «núcleo conceptual», parecería ineludible que la precisión venga determinada por un juicio valorativo, ajeno al Derecho positivo en sí, que resuelva la duda en un sentido o

---

[423] Así SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion,* p. 22, indicando la necesidad de recurrir a los «prejuicios» para obtener la solución concreta; también VELTEN/MERTENS, ARSP 1990, p. 529. Esto debe valer para replicar a DEPENHEUER, *Der Wortlaut,* p. 47-48, 50, cuando apunta que atenerse al criterio del «sentido de los términos» desvirtúa la interpretación jurídica como método de obtención del resultado correcto, convirténdola en mero medio de control gramatical. En efecto, que todas las que se hallan fuera del sentido posible de los términos legales sean construcciones no legítimas no quiere decir que las que se hallan dentro sean todas legítimas en idéntica medida. A continuación deben aplicarse los demás criterios para obtener la solución «más plausible».

[424] Cfr. MIR PUIG, *Introducción,* p. 315.

[425] Así, concluyentemente, SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion,* p. 8-9; VELTEN/MERTENS ARSP 1990, p. 529.

[426] También se habla de *Begriffskern* (núcleo del concepto).

[427] HASSEMER, *Fundamentos,* p. 225. También, KOCH/RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre,* p. 198 y ss, 200; HERBERGER/KOCH, *Zur Einführung: Juristische Methodenlehre und Sprachphilosophie,* JuS 1978, pp. 810-817, 812. Crítico, HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik,* p. 34 y ss.

[428] En este sentido, SCHÜNEMANN, *Klug-FS,* I, p. 179.

en otro[429]. De ser esto así, cabría observar que el criterio proporcionado por el tenor literal o el «significado natural de las palabras» (*«natürliche Wortbedeutung»*, esto es, máximo alcance del sentido de los términos legales en su contexto, desde una perspectiva de lenguaje ordinario) no es definitivo, y que su concreción pasa, en estos casos límite, por el propio juicio subjetivo de valoración mediante el que el juez toma una decisión o el dogmático elabora una construcción, con lo que éstos contribuirían a su configuración final. Sin embargo, a mi juicio las cosas no son tan claras, de modo que en principio me inclino por entender que ello no implica de por sí la eliminación de la idea de Derecho positivo como marco, y, en consecuencia, no produce una relativización del principio de legalidad al que deben someterse las construcciones jurídicas *de lege lata*. Por el contrario, estimo razonable pensar que, dado que el mensaje dirigido por el legislador al juez o al dogmático se explica en términos de lenguaje ordinario, el grado de vinculación al que éstos se someten está condicionado por las características esenciales de dicho lenguaje ordinario[430]. Si éste es vago y poroso, tales propiedades condicionarán el tenor de la vinculación: ésta no podrá ser más intensa o precisa de lo que el lenguaje permite[431]. En conclusión, la enorme dificultad que, en muchos casos, conlleva la concreción definitiva de los límites del «campo de significación» de un enunciado no supone una anulación de la vinculación —de la dogmática, en lo que aquí interesa— al «programa» normativo del legislador. Este, por su parte, debe haber contado necesariamente con tal vaguedad y, por tanto, haberla asumido como principio de sus relaciones con la actividad dogmática. En otras palabras, que el marco legal en que se mueven las construcciones dogmáticas sea un marco difuso en el límite no significa que no exista[432].

---

[429] Cfr. Armin KAUFMANN, *Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts* (1962, completado en 1967), en su Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge. Köln 1982, pp. 7-19, p. 9: 'Toda interpretación jurídica que va más allá de la interpretación gramatical remite a fuera del Derecho positivo. (...) en realidad el llamado Derecho positivo no puede proporcionarnos criterio alguno para los casos discutibles».

[430] En este sentido, según creo, también SCHÜNEMANN, *Klug-FS*, I, p. 176. Ya antes SCHÜNEMANN, *Nua poena*, p. 19, indicando que el ámbito del sentido posible de los términos describe el marco en el que sigue habiendo «legitimación» (para el juez o el dogmático) y en el que persiste la motivación, la influencia preventivo-general. En contra DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 43: «no se puede fundamentar cómo la autoridad y legitimación del legislador haya de regir para todo lo que se puede vincular idiomáticamente con sus términos o sus textos. Al legislador no puede imputársele la responsabilidad por todo lo «idiomáticamente posibe»: sólo puede y debe tomarse responsabilidad por las «decisiones»». Pero resulta que, a mi juicio, la «decisión» del legislador es precisamente poner ese texto en circulación, con lo que ha de asumir que su marco viene definido por las reglas de un uso correcto del idioma en el contexto en el que se encuentre ese texto.

[431] Desde la concepción dominante, que aquí desde luego se comparte, sólo el texto, el tenor literal y nada más (no intenciones, «voluntas legislatoris» etc) tiene la autoridad y la fuerza vinculante. Ello es lo que explica, por ejemplo, la posibilidad de una «interpretación conforme a la Constitución» que el legislador ordinario ni siquiera tuviera presente. Esta no plantea problemas porque todos los sentidos resultantes de un uso correcto del idioma están abarcados por la legitimación democrática. Alude a ello, aunque discrepando, DEPENHEUER, *Der Wortlaut*, p. 23 y ss.

[432] Creo, en efecto, que cabe estimar generalmente compartida la idea de que si bien la distinción entre una creación del Derecho dentro del marco literal de la ley y una creación fuera del marco legal no

El ámbito de la duda (aquél en el que no nos hallamos claramente ante un «candidato negativo», por acoger la terminología de HASSEMER) continúa siendo, según entiendo, un ámbito legítimo para la construcción dogmática *de lege lata*[433].

9. *En conclusión*, pues, aquí se estima posible —con las matizaciones efectuadas— seguir manteniendo la idea inicial de que los términos del Derecho positivo constituyen el marco de la construcción dogmática y que, por lo tanto, ésta —en su modalidad creadora *de lege lata*— no carece de una legitimación democrática, siendo factible una distinción entre construcciones dogmáticas *de lege ferenda* y *de lege lata*, al igual que entre interpretación y analogía. El criterio ha de ser el de que la totalidad del «*Bedeutungshof*» es admitido en la ley como posible marco de construcciones o interpretaciones lícitas *de lege lata*. Ciertamente, siempre quedarán casos dudosos, en el límite del «campo de significación» del concepto, entre «candidatos neutrales» y «candidatos negativos». Sin embargo, a mi juicio, en tanto en cuanto subsista esta inseguridad cabe afirmar que seguimos moviéndonos en el seno del sentido literal posible y, por tanto, una construcción que se apoye en ese margen de duda continuará siendo una construcción legítima «de lege lata»[434]. Sólo cuando una construcción aparezca claramente excluida por el sentido natural de los términos legales, habremos abandonado decididamente el ámbito «de lege lata»[435].

10. El análisis que venimos realizando de la relación entre dogmática y Derecho positivo, unido a la mención, antes efectuada, de la hermenéutica jurídica como disciplina que se ocupa de las condiciones de la comprensión de textos jurídicos (en nuestro caso legales), obliga a efectuar alguna observación incidental acerca de la calificación, frecuente, de la ciencia del Derecho, y, por ende, de la dogmática, como «ciencia hermenéutica»[436]. Por mi parte, creo

---

es 'cualitativa» sino, en todo caso, «gradual» , se da la posibilidad de afirmar que la misma existe : cfr., por ejemplo, incluso HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln 1968, p. 160 y ss., 164; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 337 y 338; también ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid 1986, p. 183-184; ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, RIDPP 1989, pp. 1535-1559, passim y p. 1559; etc.

[433] El propio HASSEMER, *Fundamentos*, p. 335, lo señala: «Se puede decir, con una cierta mayor precisión, que hay siempre analogía cuando el caso que hay que decidir (...) es un candidato negativo de la norma; mientras que habría que hablar de interpretación extensiva cuando el candidato es sólo neutral».

[434] Así SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 21: en los casos de duda, sólo si se desborda claramente el tenor literal se vulnera la prohibición de analogía; también DOPSLAFF, *Wortbedeutung*, p. 138, insistiendo en que la construcción se mantenga en la zona de vaguedad del concepto.

[435] Cfr. LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 318. No obstante, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 500 nota 29, parece mostrarse en contra de entender que el único límite (marco) suministrado por la ley a la actividad dogmática sea el determinado por el «contenido semántico» de los términos legales, aludiendo a una eventual vinculación del dogmático al «contenido normativo» de la ley (fin y valoraciones subyacentes). A mi juicio, sin embargo, dichos fin y valoraciones subyacentes no se extraen de la ley en sí, sino que forman parte del sustrato valorativo (filosófico-jurídico, en última instancia) que adopta el dogmático. Como he dicho antes, éstos sí que son producto de la actividad aplicadora (o dogmática) por lo que no pueden constituir un límite a la misma.

[436] Cfr. sobre esto, por ejemplo, COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 85; BACIGALUPO, en *Libro-homenaje al Prof. Beristain*, p. 463 y ss.

que, *en efecto, lo hermenéutico —la comprensión de textos jurídicos—* es un elemento integrante de la dogmática: muy especialmente, de la dogmática de los tipos de la Parte Especial, pero también de las construcciones de la teoría del delito, si es que éstas desean presentarse como tesis *de lege lata*. Sin embargo, su trascendencia es diferente en uno y otro ámbito. Así, mientras que puede ser central en aquellos ámbitos de la actuación dogmática en que la vinculación al Derecho positivo es mayor —dogmática de los tipos específicos—, cede terreno tan pronto como tal vinculación se hace flexible, cosa que sucede —según se ha señalado reiteradamente— en la teoría del delito. La dogmática de la teoría del delito es, por tanto, algo más —mucho más— que una hermenéutica del Derecho positivo. Definirla en estos últimos términos implicaría establecer una caracterización de su objeto similar —en términos actualizados— a la practicada por Rocco, punto de vista que aquí no se comparte ni tampoco, según parece, en el contexto general actual de las teorías sobre la dogmática. Más bien, la dogmática del delito debe verse como una construcción «libre», a partir de determinadas premisas valorativas, de los presupuestos de la atribución de responsabilidad penal por un hecho y de las consecuencias de éstos en niveles inferiores de abstracción. Ahora bien, su presentación como una teoría «de lege láta» exige sostener su compatibilidad con la comprensión (hermenéutica) de los enunciados del Derecho positivo (frecuentemente muy genéricos) relativos a esta materia.

> *En efecto, la mayoría de las cuestiones dogmáticas centrales, como, por ejemplo, la problemática de la exigibilidad, el contenido del dolo, la teoría de la imputación objetiva, etc., no pueden presentarse pura y simpemente como productos hermenéuticos*[437]*. Más bien, lo que ha sucedido en las modernas codificaciones (Alemania, Austria, Portugal, etc.) es que la legislación incorpora aquellos aspectos de la teoría del delito sobre los que se ha alcanzado un consenso generalizado*[438].

De todos modos, ni siquiera la afirmación del carácter hermenéutico de la dogmática, que, como se ha señalado, es más ajustada para las elaboraciones realizadas sobre los diferentes tipos delictivos, podría permitir en general una crítica a la misma basada en una sumisión al Derecho positivo. Dado el carácter subjetivo-valorativo del proceso hermenéutico y la vaguedad y porosidad de los términos legales, ni siquiera en los supuestos en que el Derecho positivo parece constreñir de modo aparentemente más intenso al intérprete puede hablarse de un sometimiento definitivo de éste a aquél. Por tanto, la acusación de reaccionarismo dirigida a la dogmática con base en su presunta sumisión servil al Derecho positivo carece de base.

---

[437] Como señala Torío López, *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, II, p. 402, los Códigos carecen «con frecuencia de referencias a los problemas (por ejemplo a la punibilidad de la comisión por omisión) o proporcionan puntos de apoyo accidentales o escasamente significativos (por ejemplo, a la relación de causalidad) para la formación del concepto. En otros casos el concepto existe en el derecho positivo, pero no es una noción cerrada, lógicamente definitiva. El trabajo teórico puede reorientarlo, atribuyendo nueva fisonomía a la figura legislativa originaria (por ejemplo, teorías de la codelincuencia y de la tentativa)».

[438] Así también Torío López, *Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, II, p. 402.

11. En definitiva, pues, puede concluirse que la dogmática no tiene por objeto el Derecho positivo de una determinada nación. Esta afirmación se ve confirmada por las modernas doctrinas acerca del método de obtención del Derecho, que se muestran coincidentes en estimar que de la ley, por sí sola, no se extraen criterios suficientes para su interpretación, siendo preciso recurrir a otras disciplinas, empíricas y valorativas, para llegar a una solución. Así, dada la naturaleza subjetiva y valorativa que, tras las aportaciones de la hermenéutica, ha podido predicarse de todo acto interpretativo, ha ido cobrando fuerza la idea de que cada interpretación supone desarrollar un particular concepto acerca del Derecho correcto[439].

> En palabras de Armin KAUFMANN: «La aplicación del Derecho positivo requiere su interpretación; sin embargo, la interpretación remite más allá de la propia legislación positiva; se interesa por verdades que no pueden tomarse del propio Derecho positivo. Así pues, toda interpretación del Derecho positivo significa desarrollar un concepto parcial del Derecho correcto»[440].

Pues bien, creo que todo ello es aplicable perfectamente a la dogmática de los tipos de la Parte Especial del CP y, con mayor motivo, a la dogmática de la teoría del delito. Esta tendrá consiguientemente por objeto la *obtención —desde las propias perspectivas valorativas— del sistema de enunciados generales de una correcta atribución de responsabilidad penal, así como de los enunciados derivados de aquéllos y situados en un nivel inferior de abstracción;* ello, naturalmente, en el marco de la Constitución y la legislación positiva, si es que se trata de una construcción del sistema de enunciados correctos *de lege lata.*

12. Lo pretendido es, pues, la determinación de los criterios (subjetivamente) «correctos» para la atribución de la responsabilidad criminal[441]. Sin embargo, parece obvio que, aunque lo que realmente se busque sea convencer a los demás acerca de esa «corrección», ésta no puede apoyarse en la mera adecuación al Derecho positivo dado que éste opera a modo de marco admitiendo en su seno varias concepciones posibles. No se trata, pues, de obtener la construcción «verdadera», sino de obtener un sistema plausible, que reúna los elementos precisos para alcanzar un consenso intersubjetivo. El consenso, sin embargo, sólo puede alcanzarse a través de la argumentación de la propia propuesta, mediante la prueba de que ésta se atiene a las consecuencias empíricas, respeta los correspondientes principios filosóficos, se muestra conforme con los valores culturales dominantes en la comunidad científica. La pérdida de la supuesta —aunque inexistente— pantalla ideológica del positivismo, determina que las propuestas

---

[439] Armin KAUFMANN, *Tjong-FS*, p. 102.

[440] Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 11.

[441] Está claro que la «corrección» es algo subjetivo, lo que obligará a explicitar «en qué sentido» es correcta, «para qué» es correcta una determinada construcción. De ahí la importancia que atribuimos a la teoría de los fines del Derecho penal en la dogmática del delito.

jurídicas, su defensa y su control, pasen a situarse en el terreno general de la argumentación racional. Este es el marco en el que habrá de juzgarse sobre su cientificidad. De ello nos ocupamos más adelante.

d) Dogmática y estructuras lógico-obietivas.

1. Lo expuesto en los apartados anteriores muestra hasta qué punto resulta difícil dirigir a la dogmática el reproche de un supuesto carácter reaccionario, apoyando tal aseveración en la existencia de una fuerte dependencia respecto al Derecho positivo. Dada la flexibilidad de los vínculos de un Derecho nacional concreto sobre la teoría dogmática del delito, ésta no merece en principio aquel calificativo, salvo que ello se fundamente de modo distinto.

> Naturalmente, debe insistirse en que lo dicho vale fundamentalmente para la teoría del delito. Como ya se ha señalado, en los tipos de la Parte Especial, y dada la descripción generalmente taxativa de muchos de los comportamientos punibles, la vinculación al Derecho positivo es mayor y la posibilidad de una adaptación a los cambios sociales correspondientemente menor. Con todo, es preciso apuntar dos cuestiones: en primer lugar, que se está convirtiendo en una práctica cada vez más frecuente el recurso por el legislador a cláusulas generales o elementos normativos a la hora de proceder a las descripciones típicas, lo que sin duda —siendo criticable (aunque quizá también difícilmente evitable)— relativiza, por otro lado, la vinculación que los términos de la ley puedan ejercer sobre la reconstrucción dogmática del delito; y, en segundo lugar, que, pese al respeto de todas las exigencias de taxatividad, lo cierto es que la mayoría de los términos del lenguaje ordinario suelen ser, como se ha dicho, «vagos» y, además, dado su carácter «poroso», experimentan cambios de significación con el paso del tiempo, lo que continúa proporcionando campos de libertad a la dogmática. En definitiva, pues, la necesaria «fidelidad» dogmática al marco representado por el Derecho positivo correspondiente no obsta a una labor «progresista» mediante la cual los tipos se reconstruyan en un sentido conforme a los parámetros valorativos y culturales de cada momento histórico[442]. Las observaciones de la hermenéutica jurídica, antes referidas, constituyen una razonable explicación de cómo sucede ello.

[442] El caso extremo es el mencionado por GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 161, relativo a cómo debe interpretar el dogmático las disposiciones sobre seguridad del Estado en un país de Constitución fascista. GIMBERNAT concluye que debe procederse a una interpretación lo más restrictiva posible y, en todo caso, negarse a publicar los trabajos en que, llegándose a soluciones dogmáticamente «correctas», éstas resulten extensivas de la punibilidad. Al respecto señala NINO, *Los límites*, p. 83: «Una vez que se advierte que la dogmática jurídica cumple la función preeminentemente normativa y valorativa de reconstruir el ordenamiento jurídico de acuerdo con ciertos ideales de justicia, el problema (...) se desvanece: no hay conclusiones que sean 'dogmáticamente correctas', pero axiológicamente insatisfactorias; el papel del jurista teórico ante leyes injustas es mostrar qué ideales y principios esas leyes contradicen y cuál de sus interpretaciones posibles violentaría menos tales ideales y principios».

A mi juicio, la objeción de «reaccionarismo» sí podría merecer cierto análisis en tanto que dirigida contra aquellas sistemáticas que han pretendido ubicar el objeto de la dogmática en unas supuestas «estructuras atemporales», en «verdades eternas» , como ha sido sustancialmente el caso del finalismo y sus «*sachlogische Strukturen*» (estructuras lógico-objetivas)[443]. Sin embargo, al respecto procede realizar algunas matizaciones. En primer lugar, esta tesis, según *supra* se ha descrito, se halla plenamente superada en los términos de su formulación finalista tradicional. En efecto, por un lado, en la actualidad se estima que el grado de vinculación que pueden ejercer las estructuras lógico-objetivas sobre el sistema dogmático no es tan intenso como creyó el finalismo[444]. Por otro lado, también la propia concepción acerca de esa ontología que condiciona la configuración de las categorías y la construcción del sistema parece haber variado sustancialmente. Finalmente, en los últimos años, dentro del propio finalismo se ha admitido la pertenencia de la «axiológica» a la dogmática, cuyo contenido, por tanto, no vendría dado sólo por el análisis de las estructuras lógico-objetivas. No obstante todo lo anterior, debe, en segundo lugar, resaltarse la necesidad de que en la construcción jurídico-penal se den límites que impidan elaboraciones contrarias a la realidad de las cosas, a la auténtica naturaleza del objeto de regulación.

2. En cuanto a lo primero, ya se han ido señalando los hitos de esta flexibilización de la vinculación de la ciencia a las estructuras del ser, por lo que bastará aquí una referencia sintética. Dicha flexibilización comienza, de hecho, ya en el planteamiento de WELZEL, al admitir éste que el legislador (o el dogmático) puede elegir entre tomar una materia como objeto de regulación (de su construcción) o no, vinculándole su estructura ontológica sólo si opta por acogerla[445]. Ello sucede, por ejemplo, con la decisión acerca de si la construcción del delito ha de tener lugar a partir de la acción o del resultado. Sólo en el caso de que se opte (en virtud de una concepción normológica determinada y, en definitiva, de un concreto punto de vista valorativo) por lo primero, existirá una vinculación de la estructura de la acción sobre todo el sistema. Pero no es únicamente esto. Además, también el propio WELZEL admitió que la adopción de una u otra propiedad de la materia como esencial (por ejemplo, en su caso, la finalidad, de entre las diversas propiedades de la acción) no es algo que imponga en sí dicha materia, sino que también depende de las pretensiones de cada ciencia (de sus criterios valorativos rectores); así, el Derecho se centrará en la finalidad, mientras que la Química, p. ej., puede centrarse en otras propiedades[447]. Las

---

[443] Sobre éste y su forma de concebir el objeto de la dogmática, cfr. recientemente MAIWALD, en BEHRENS/HENCKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, p. 121.

[444] Sobre el tema, tempranamente, ENGISCH, en Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung*, p. 242-243.

[445] Subraya este aspecto STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 17, 20.

[446] Sobre esto, MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, p. 134-135.

[447] Cfr. WELZEL, *Strafrecht und Philosophie*, p. 28 y 29. Lo acentúa STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 27: en la noción de naturaleza de la cosa no «se trata de datos puramente ónticos. Ciertamente,

mencionadas son *relativizaciones* importantes de la vinculación del legislador y la ciencia a las estructuras lógico-objetivas del ser. Más adelante, sin embargo, esa vinculación se ha relativizado de modo significativamente más profundo; ello, al difundirse la convicción de que la vinculación de las estructuras es más bien «negativa»: es decir, al afirmarse que existe un significativo margen de libertad en la configuración de los conceptos, si bien éstos, en todo caso, no pueden estar en contradicción con la realidad (deben ser «*wirklichkeitskonform*»)[448]. Esto último es importante, porque esa realidad con la que los conceptos han de compatibilizarse no es una realidad puramente psicofísica, sino que a la misma pertenecen también los datos socio-culturales, lo cual nos conduce a la segunda de las observaciones que hacíamos en el apartado anterior. En efecto, en los años posteriores al planteamiento de la tesis finalista, se ha puesto radicalmente en tela de juicio —y ello es aquí de la máxima importancia— que las estructuras a que ésta se refiere sean permanentes.

> En palabras de WÜRTENBERGER: «Ya desde un punto de vista científico general no es en absoluto de recibo la idea de que estas estructuras lógico-objetivas, inmanentes a los conceptos jurídicos, constituyan datos «atemporales» y verdades «eternas». Con razón ha señalado Erik Wolf que la afirmación del carácter eterno de tales relaciones estructurales contradice precisamente la moderna ontología y el reconocimiento de la historicidad de todo lo que es; aquellas verdades de la esfera lógico-objetiva son por tanto sólo 'relativamente' vinculantes»[449]

Así pues, es cada vez más general la impresión de que, dado el carácter predominantemente valorativo de la construcción conceptual en Derecho penal, la vinculación de las estructuras lógico-objetivas es sólo relativa y, además, se configura en términos variables en función del contexto socio-cultural.

> Como se ha señalado, el reconocimiento de que la dogmática tiene que ver con valoraciones y no sólo con las estructuras lógico-objetivas se produce en el seno del propio finalismo. Así, Armin KAUFMANN, cuya concepción inicial de la dogmática suponía una reducción de la misma al estudio de las estructuras permanentes del ser[450], amplia al final de su obra el concepto de dogmática, incluyendo en ella, si bien fuera del ámbito nuclear, las consideraciones valo-

---

los datos de hecho a cuya naturaleza se remite se dan en la realidad, son realidades del ser. Pero su sentido, su naturaleza, está respectivamente referido al punto de vista desde el que se las contempla. Tan sólo la especial perspectiva extrae la esencia de la cosa de la masa de datos fácticos preexistentes». Añadiendo (p. 29) que por ello las determinaciones lógico-objetivas son difícilmente traspasables de un sector del Ordenamiento a otro.

[448] Así, por ejemplo, STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 28, señala que la vinculación es genérica, sin prejuzgar ni condicionar regulaciones concretas. Cfr. también CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en sus Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982, pp. 39-59, p. 41.

[449] WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation*, p. 15.

[450] Cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. II y III.

rativas (y otras de índole empírica)[451]. Ciertamente, esta inclusión es parcial, y en ella se muestran todavía significativas reticencias[452]. Pero constituye todo un reconocimiento de la imposibilidad de construir la dogmática sobre bases exclusivamente ontológicas.

3. El papel de las llamadas «estructuras lógico-objetivas» del ser lo van ocupando de modo progresivo, según parece, en la moderna dogmática, las referencias al análisis del lenguaje, los datos semánticos[453]. Así, uno de los límites a la construcción conceptual en Derecho penal viene dado por el sentido atribuido a un determinado término en el lenguaje ordinario (*Umgangssprache*). Del mismo modo, se alude por ciertos sectores doctrinales a las estructuras de la lógica formal, en tanto que expresivas de la configuración del pensar humano, o a las investigaciones empíricas sobre la realidad que constituye la materia del Derecho[454]. Ahora bien, ¿cabe además mantener todavía alguna vinculación de estructuras lógico-objetivas en los términos clásicos? Con todas las matizaciones y reservas formuladas hasta aquí, entiendo que sí. Al respecto, me sitúo próximo a lo que afirma por ejemplo STRATENWERTH, cuando insiste en que, desde luego, toda apelación a las estructuras lógico-objetivas depende de la perspectiva valorativa rectora acogida[455]. Ciertamente, dado que el Ordenamiento está vinculado a los puntos de vista valorativos que se hallan en su base, deberá asimismo respetar las relaciones de hecho (*Sachzusammenhänge*) que se desprendan de tales puntos de vista[456]. Pienso también, por ello, que no nos hallamos ante realidades meramente ónticas, sino ante una «realidad» contemplada desde determinados puntos de vista valorativos. Ahora bien, sentado lo anterior, lo decisivo será si hay algún principio valorativo rector que el Ordenamiento deba acoger por necesidad[457]. Y al respecto estimo posible contestar en términos afirmativos. En efecto, la consideración del ser humano como «persona»[458] portadora de derechos inalienables parece que ha de constituir el marco, nada estrecho[459]

---

[451] Armin KAUFMANN, *Tjong-FS*, p. 108.

[452] En efecto, para Armin KAUFMANN, *Tjong-FS*, p. 110, en el núcleo de la dogmática (Parte General, Teoría del delito) predomina la «Sachlogik» (estudio de las estructuras ontológicas), mientras que la relevancia de las valoraciones y de las consideraciones empíricas se manifiesta fundamentalmente en la dogmática de los tipos de la Parte especial y en la teoría de la pena. Por otro lado, el autor (p. 111) no deja de advertir acerca de las inseguridades que, en el ámbito dominado por valoraciones y datos empíricos, se producen con el cambio social y las diversas necesidades de cada ámbito.

[453] Sobre esta cuestión en la obra de Engisch, cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, en *Métodos*, p. 90.

[454] Cfr. sobre esto MÜLLER-DIETZ, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 150-151, aludiendo a la relación dialéctica en que se encuentran las proposiciones alusivas a la «fuerza normativa de lo fáctico» y «fuerza fáctica de lo normativo».

[455] STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 24.

[456] STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 26-27; CEREZO MIR, en *Problemas fundamentales*, p. 48.

[457] STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 25.

[458] A la concepción del hombre como persona alude STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische*, p. 17 y 18, por ejemplo; ENGISCH, en Arthur KAUFMANN (Hrsg.), *Die ontologische Begründung*, p. 216-218.

[459] Sobre lo que queda decididamente fuera del marco, ENGISCH, en Arthur KAUFMANN (Hrsg.), *Die ontologische Begründung*, p. 209-210; sobre lo que, en cambio, se ve impuesto por el marco ontológico,

pero en todo caso infranqueable, en que se mueva toda construcción jurídico-penal. Y ciertamente la sujeción a ese marco permanente no parece que pueda constituir fundamento para atribuir a la dogmática contemporánea un carácter reaccionario, sino más bien todo lo contrario.

e) La pretensión dogmática de «neutralidad». Consideraciones críticas. Introducción al «sistema abierto».

1. Todo lo anterior, y en concreto la pretensión finalista de vincular la actividad concreta de la dogmática — y del propio legislador— a las estructuras (lógico-objetivas) permanentes del ser, tiene mucho que ver con una de las declaradas convicciones de los dogmáticos de corte «clásico» y que, en buena medida, debe de haber sido la causa directa del reproche de reaccionarismo. Me refiero a la tradicional alusión a que la dogmática se caracteriza por ser una disciplina «neutral»[460]. A la afirmación de la «neutralidad» de la dogmática ha podido llegarse en el ámbito penal por dos vías diferentes: por la del positivismo formalista clásico y por la del finalismo. Ambas perspectivas parten de estimar que la dogmática cumple funciones estrictamente cognoscitivas, en un caso, respecto a los contenidos del Derecho positivo y, en el otro, respecto a las estructuras lógico-objetivas. Todo ello, sin embargo, es en la actualidad objeto de intensa crítica, según se ha ido señalando reiteradamente[461].

> Cómo señala MIR PUIG, «uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas. Hay que rechazar este planteamiento, que *encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y neutral*»[462].

2. En efecto, el contenido de las construcciones dogmáticas, en su práctica totalidad, no surge ni de las disposiciones de la ley ni de las estructuras del ser, sino que, como se ha tratado de poner de relieve, se asienta fundamentalmente sobre decisiones valorativas del dogmático obtenidas a partir de las premisas

---

p. 221 y ss., 224, 228-229, 232, 235, etc. A la amplitud del marco se refiere también CEREZO MIR, en *Problemas fundamentales*, p. 57, 59.

[460] Cfr. al respecto WELZEL, *Maurach-FS*, p. 5, señalando que la dogmática crea un espacio ideológicamente neutral en el seno del Derecho penal, materia especialmente sensible a los aspectos ideológicos. También GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 160, advirtiendo, sin embargo, la posibilidad de que ello dé pie a críticas: «Pero la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen».

[461] Cfr. sobre todo esto y lo que sigue, NINO, *Los límites*, p. 76 y ss.

[462] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 119 (el subrayado es mío).

previamente adoptadas (y que, a su vez, tendrán ineludiblemente un referente axiológico que conviene esclarecer)[463]. Todo ello, no obstante, en el marco del Derecho positivo y sin mostrar incompatibilidad con las estructuras de la realidad[464]. Siendo, pues, valorativo el contenido esencial de las proposiciones dogmáticas, expresión de los principios que —a juicio del dogmático, que, obviamente, se sitúa un contexto social y cultural— *deben* respetarse y de las condiciones que *deben* cumplirse para poder atribuir responsabilidad penal, parece obvio que no puede predicarse la neutralidad axiológica de una actividad así configurada[465]. Esta es, por el contrario, expresión de una decisión —en sentido amplio— política, de una toma de posición trascendente al mero conocimiento, y lo que importa es, precisamente, no ocultar su verdadera naturaleza, sino hacerla objeto central del debate dogmático.

> Con palabras nuevamente de MIR PUIG: «La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido. Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del Derecho penal como cometido del Estado»[466]. Y, complementariamente, de NINO: «El defecto consiste precisamente en no reconocer abiertamente tal carácter normativo de los axiomas de la teoría y, en consecuencia, en eludir la tarea de proveer una justificación valorativa articulada y minuciosa de esos axiomas»[467]. Asimismo, ARROYO ZAPATERO: «esta conexión entre ideas penales e ideologías, por su carácter inevitable, no es grave, lo que sí lo es es el no reconocimiento de dicha relación, pues quienes así operan se incapacitan a sí mismos para reconocer sus vinculaciones valorativas»[468].

3. Con todo, pese a lo expuesto en el párrafo anterior, estimo que la pretensión de hacer de la dogmática una disciplina lo más «neutral» posible es loable[469]. Lo que ocurre es que tal neutralidad ya no puede concebirse como absoluta a partir de una estricta dependencia del Derecho positivo, o de la derivación de sus proposiciones de las estructuras del ser. Consiguientemente, la voluntad de lograr espacios de neutralidad en la dogmática debe expresarse en términos más

---

[463] Cfr. también CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 60-61, 63, 86, etc. Obviamente, todo esto vale fundamentalmente para las construcciones de la teoría del delito. En la dogmática de los delitos en particular, como se ha apuntado ya, concurriendo también en gran medida aspectos valorativos, la vinculación de los términos legales es mayor y el carácter de las proposiciones resultantes menos manfiestamente valorativo. Con todo, estas afirmaciones habrían de matizarse a partir de la idea de la moderna hermenéutica de que toda interpretación es, en sí, expresión de una valoración del intérprete, lo cual nos conduciría al mismo lugar del que procedíamos.

[464] Entre otros límites linguísticos, lógicos, etc, que deben ser respetados.

[465] Cfr. al respecto LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 533.

[466] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 119.

[467] NINO, *Los límites*, p. 79. Cfr. también LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 527, 534 y p. 543, entre otras.

[468] ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 98. También LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 537.

[469] En sentido similar, aunque desde perspectivas algo distintas, LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 537.

realistas y menos absolutizantes de lo que ha sido común. Ciertamente, debe tratarse, por un lado, de alcanzar ciertos ámbitos de real «neutralidad valorativa», pero también de conformarse con cotas modestas —las posibles—, si bien reales y conocidas, de la referida neutralidad. Ello porque, por otro lado, ha de expresarse asimismo de modo claro en qué ámbitos —la mayoría— no cabe hablar de ella, debiendo reconocerse la necesidad de tomar decisiones de índole valorativa, en lugar de afirmar de modo genérico una neutralidad que manifiestamente no existe. Tal reconocimiento constituye el presupuesto de un enfoque realista de los problemas dogmáticos, pues, como se apuntó, obliga al jurista a centrar su atención en las referidas tomas de posición axiológicas y a preocuparse por fundamentarlas racionalmente. Ello ha de significar el inicio de un análisis detallado de las premisas genéricas de las que las mismas proceden, así como de las relaciones que existen entre éstas y otras opciones valorativas realizadas a un nivel inferior de abstracción. De este modo se sentarán las bases de una cierta «controlabilidad», cuya estructura trataremos de analizar más adelante.

4. Lo anterior, sin embargo, requiere una operación sobre cuya dificultad deben existir pocas dudas. En efecto, se trata de separar claramente los elementos de análisis estructural (u otros de carácter descriptivo) y los elementos valorativos que, por lo general, se presentan mezclados en los juicios dogmáticos[470]. A partir de ahí, debe expresarse con claridad cuál es el ámbito —de configuración de las estructuras comunes a cada grupo de problemas— en el que la tarea dogmática puede ser calificada de valorativamente neutra, estableciendo a qué reglas y principios ha de someterse la actividad analítica a realizar. Finalmente, debe definirse el ámbito de discusión valorativa en el que, si no es posible hablar de «neutralidad», sí cabe, pese a todo, establecer las bases de un debate racional sobre los fundamentos de cada opción. El ámbito de plena neutralidad de la actividad dogmática aparece constituido, en mi opinión, por actividades de signo diferente, cuyo denominador común es, sin embargo, la nula incidencia de consideraciones axiológicas: así, por ejemplo, el análisis y aplicación de principios lógicos a los problemas jurídico-penales; el análisis semántico; el análisis de otros principios que rigen el uso correcto del lenguaje[471]; el análisis de las

[470] Cfr. sobre esto HRUSCHKA, GA 1981, p. 248, añadiendo que, además, es preciso tomar conciencia plena de los planteamientos ético-normativos —separándolos del mero decisionismo político— y ofrecer soluciones que se obtengan por una vía intelectualmente satisfactoria. En España, p. ej., LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 537 y 543, entre otros. Vid. sin embargo también BACIGALUPO, *Libro-Homenaje al Prof. Beristain*, p. 466, aludiendo a que las «posiciones superadoras de las concepciones tradicionales de la racionalidad (POPPER, HANS ALBERT, o inclusive NORBERTO BOBBIO) no estiman posible una distinción absoluta entre conocimiento y decisión (o valoración)». No obstante, ello podría referirse, más bien, a una imposibilidad de distinguir, ya en la fase de aportación de soluciones, entre las soluciones posibles («descripción») y la solución por la que se opta («valoración»). Sobre la dificultad, que comparto, de realizar esta distinción, cfr. MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 27.

[471] Sobre esto y lo anterior, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XIV y XV.

estructuras que subyacen a los problemas jurídico-penales y a la aplicación de los preceptos positivos[472], etc.

> Creo que en este ámbito de neutralidad podrían integrarse las operaciones de «interpretación» de enunciados legales, tal como se entienden éstas desde algunas perspectivas de filosofía analítica. En efecto, como ha puesto de relieve en nuestro país HERNÁNDEZ MARÍN, desde tales perspectivas la interpretación no consiste en decir cómo debe ser entendido un determinado enunciado legal, sino que, literalmente, un enunciado interpretativo es un enunciado asertivo metalingüístico por el que se establece una relación de sinonimia entre el enunciado legal y otra oración[473]. Evidentemente, ello designa una operación neutral pues, en principio, cabe afirmar la verdad o falsedad de esa relación de sinonimia sentada[474]; tal operación, además, puede ser útil para delimitar el «marco» de la dogmática a que antes aludíamos[475]. Sin embargo, parece obvio que con ello nos encontramos en una fase muy anterior a la más característica de la dogmática, si por ésta entendemos la elaboración de un sistema de «soluciones» a los problemas de determinación del si y el cómo de la responsabilidad penal de un sujeto[476]. En este mismo nivel se situarían también los llamados «enunciados consecutivos»[477], de que a veces se sirve el dogmático, otros posibles análisis lingüísticos, la elaboración de principios lógicos o de un uso correcto del lenguaje, etc. Asimismo, —aunque ya, según creo, condicionando directamente el sistema de soluciones que se pretenda elaborar— el análisis de las estructuras problemáticas que subyacen a la intervención del Derecho penal. En este punto, como se ha señalado, destacan las aportaciones de HRUSCHKA y sus colaboradores, empeñados en mostrar la posibilidad de análisis valorativamente neutros de las estructuras de algunos de los más importantes conceptos y categorías dogmáticas[478].

---

[472] HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XX y XXI, afirmando que todo ello constituye la «gramática» del lenguaje del Derecho penal, una gramática sobre la que el legislador no puede disponer, sino que la presupone. Por mi parte, he tratado de realizar algún análisis estructural de esta naturaleza en *mis trabajos*, Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español, ADPCP 1982, pp. 663-691, p. 684-685 y Aberratio ictus e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347-386, p. 374-377.

[473] Cfr. ya en HERNÁNDEZ MARÍN, *El Derecho como dogma*, Madrid 1984, p. 23 y ss; asimismo, en HERNÁNDEZ MARÍN, *Métodos jurídicos*, AFD nueva época, III, 1986, pp. 183-190, p. 184; y en HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona 1989, p. 245 y ss. También CID MOLINÉ/MORESO MATEOS, *Derecho penal y filosofía analítica*, ADPCP 1991, pp. 143-178, p. 148-152.

[474] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 248-249.

[475] Sobre los problemas en caso de ambigüedad, HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 247-248.

[476] No hay «soluciones» jurídico-dogmáticas neutrales, como creyera el positivismo.

[477] Estos son, según HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 268 y ss, metaenunciados (enunciados sobre otros enunciados) asertivos no interpretativos que afirman que un enunciado «u» establece un cierto efecto, cualificatorio o prescriptivo, para un individuo determinado o para todos los individuos de una clase. Ej. Según el art. 12 de la Constitución, Luisa Navarro es mayor de edad.

[478] Así, el propio HRUSCHKA, en su obra, reteradamente citada «Strafrecht nach logisch-analytischer Methode» 2.ª ed., se ocupa de las estructuras de las situaciones de necesidad, de las estructuras del error, de las estructuras del concurso, etc. Pero ya antes se había ocupado analíticamente de las estructuras del delito en su libro: HRUSCHKA *Strukturen der Zurechnung*, Berlin-New York 1976. En la actualidad, continúa ocupándose de investigaciones básicas en materia dogmática, de las que es buena prueba el trabajo de HRUSCHKA/JOERDEN, *Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Grunlagenforschung*, ARSP 1987, pp. 93-123. Por su parte, JOERDEN sigue la misma línea metodológica, que se manifiesta en sus trabajos *Der auf die Ver-*

El ámbito neutral de la dogmática es, pues, de gran importancia y conviene que sea desarrollado. Sin embargo, ello no debe conducir a olvidar que esta fase neutral, por sí sola, no aporta respuesta alguna a los problemas jurídico-penales, sino que, por decirlo así, se limita a estructurar analíticamente las bases sobre las que después habrán de recaer las decisiones ético-políticas. Su función es, pues, instrumental, aunque muy importante en la medida en que propicia un significativo incremento de la racionalidad de la actividad dogmática en su conjunto. Al ámbito valorativo pertenece, en cambio, la determinación del sistema de respuestas jurídico-penales a esas estructuras complejas ya analizadas. Es importante reiterar que la respuesta valorativa se ve condicionada por las diferencias y coincidencias observadas en el plano del análisis estructural. Este es, pues, un primer aspecto en virtud del cual puede controlarse la corrección de las valoraciones efectuadas. Sin embargo, a diferencia de lo que estima HRUSCHKA, no creo que sea la única forma en que puedan controlarse las tomas de posición axiológicas[479]. Al contrario, existen, a mi juicio, como ya se ha señalado y luego se verá con algún detenimiento, formas específicamente axiológicas de control. Ellas —además de las reglas de la lógica, del buen uso del lenguaje, y del respeto a las estructuras subyacentes— son las que permiten distinguir entre una opinión gratuita y arbitraria y una toma de posición valorativa fundada.

5. Distinguidos con claridad esos dos ámbitos de lo neutral y lo valorativo, parece claro que no es un contrasentido afirmar la compatibilidad de la aspiración de alcanzar cotas de mayor neutralidad para la dogmática con la constatación de que la dogmática puede operar, e incluso es positivo que así sea, como «dogmática creadora» o como «dogmática crítica»[480]. Esta compatibilidad es posible por la

---

wirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz, ZStW 95 (1983), pp. 565-605, sobre las estructuras del dolo alternativo, dolo cumulativo, etc; también JOERDEN, *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*, Berlín 1986, sobre estructuras de causalidad, dolo, colisión de deberes, etc; y JOERDEN *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlín 1988, sobre estructuras y encadenamientos de las mismas en materia de autorla, participación, etc. En una línea similar se mueven otros autores alemanes. Es el caso de LOTHAR PHILIPPS, con obras como *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhaltnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt 1974; cfr. también de PHILIPPS, *Kombinatorik strafrechtlicher Lehrmeinungen*, en Podlech (comp.), Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens. Berlin 1977, pp. 221-254; entre otras. Asimismo, INGEBORG PUPPE, con una pluralidad de trabajos: cfr., por ejemplo, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, ZStW 95(1983), pp. 287-315; o bien, *Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses*, en Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag, Berlín-New York 1987, pp. 199-245.

[479] HRUSCHKA, JZ 1985, p. 8 y 10, rechazando los aspectos «retóricos» que puedan darse en la ciencia del Derecho, dado que éstos no aspiran a la «explicación» sino más bien a la «eficacia» (en el aspecto comunicativo). Cfr. también Strafrecht, 2.ª ed., p. XXI: «Jedoch können die Wertungen nicht am Anfang stehen, sondern erst am Ende aller Überlegungen, und die Logik und die anderen Regeln rationaler Rede dienen der Kontrolle dieser Überlegungen, die anderenfalls im intelektuell unverbindlichen bloßen Meinens stecken —und dem Hin und Her allen Meinens untervorfen bleiben (von der Gefaht einer Ideologisierung einmal abgesehen)— gilt doch für Wertungen nicht selten der Satz 'Wieviel Köpfe, soviel Sinne!'».

[480] Sobre la «dogmática crítica» y sus presupuestos, cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 184, y 185 y ss. En cuanto a la dogmática creadora, MIR PUIG, RJCat 1978, p. 661 y ss. Considerando la «función

sencilla razón de que son diferentes los ámbitos de lo uno y de lo otro. La dogmática se configura como «creadora» o «crítica» en el ámbito de la discusión de las premisas valorativas, considerando las finalidades político-criminales y las aportaciones de las disciplinas sociales, e integrándolas en la propia elaboración conceptual y sistemática[481].

> En una línea similar, señala BACIGALUPO: «La Dogmática penal, por su parte, tiene también una dimensión crítica paralela que se manifiesta con características peculiares: Toda Dogmática penal parte de una determinada idea de la legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado que se expresa en la formulación de principios jurídico-penales. En este sentido, la Dogmática penal desarrolla su dimensión crítica en dos direcciones bien definidas: por un lado, sometiendo los principios mismos a una crítica constante para perfeccionar su correspondencia con el ideal de legitimidad de la sociedad; por el otro, confrontando el Derecho penal vigente con estos principios que fundamentan su legitimidad»[482].

Con todo, dentro de esta perspectiva creadora o crítica, debe distinguirse entre un nivel *de lege ferenda,* orientado a la reforma del Derecho vigente, y un nivel *de lege lata,* en el que la construcción valorativa dogmática se mantiene dentro del marco («tenor literal») del Derecho vigente[483]. La distinción entre ambos niveles es obligada por el principio de legalidad, que impide la mistificación consistente en presentar como elaboración creadora del Derecho vigente una construcción que sólo cabría en otro marco legal distinto.

---

crítica» de la dogmática como la misión de ésta que consiste en ocuparse del «Derecho correcto» por encima de las contingencias de un Ordenamiento jurídico correcto, recientemente MAIWALD, en Behrens/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik,* p. 121, quien concluye su trabajo indicando que «debería aprovecharse intensamente el potencial crítico de la dogmática».

[481] Como señala MIR PUIG, RJCat 1978, p. 663: «...la mejor Dogmática ha implicado siempre, y ha de seguir suponiendo, una función creadora de Derecho —siquiera auxiliar y subordinada—».

[482] BACIGALUPO, en *Derecho penal y ciencias sociales,* p. 70. También se refiere a la labor crítica LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 540, de la que predica una triple dimensión: «De un lado, la que pudiéramos llamar crítica sistemática, que pondría de relieve las lagunas e incoherencias técnicas y axiológicas del sistema penal. De otro lado, la crítica constitucional que, tomando como punto de referencia los valores, principios y normas de la Constitución, mostrase su falta de sintonía con las soluciones del legislador. Y, finalmente, la crítica más ideológica o subjetiva que adoptase la perspectiva de un determinado sistema de moralidad o de política criminal». Sin embargo, en su esquema se produce una separación de lo dogmático (análisis estrictamente jurídico) y lo político-criminal (valorativo), con lo cual resulta sostener una concepción clásica (positivista) de dogmática, cuyo objeto sería la interpretación y sistematización del Derecho positivo, a la que se superpone el aspecto político-criminal, pero sin integrarse ambos. Su modelose aproxima, pues, más al de Rocco (aunque con la importante exigencia añadida de rigor y honestidad en cuanto al reconocimiento del auténtico carácter de los enunciados) que a los de la moderna dogmática superadora del positivismo. Por lo demás, sobre los aspectos críticos de la ciencia del Derecho penal, cfr. MORILLAS CUEVA, *Libro-homenaje al Prof. Beristain,* p. 597-598.

[483] Distinguiendo ambos niveles, MUÑOZ CONDE, *Introducción,* p. 184; MIR PUIG, *Introducción,* p. 307 y ss, y 315: las valoraciones subjetivas «de lege lata» «...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».

> HRUSCHKA ha insistido en este punto, fijando los límites de toda construcción *de lege lata*, por mucho que la misma se oriente a las «consecuencias» , o a la satisfacción de necesidades político-criminales. Por exponerlo en la forma extrema y gráfica en que él lo hace: Dado un tipo X que sanciona a los pasajeros que lleven animales en los vagones del tren, por mucha «necesidad político-criminal» que haya de sancionar a los que llevan cajas de madera en los referidos vagones, no podrá entenderse que las cajas de madera son «animales» a los efectos del referido tipo X y, en consecuencia, proceder a sancionar a los correspondientes pasajeros. Así pues, cuando una regulación es cuestionable, lo correcto es criticarla y proponer su sustitución, en lugar de aparentar que sigue siendo la regulación deseable y que el resultado pretendido puede obtenerse a través de una interpretación más o menos «correctora»[484].

Frente a la configuración de la dogmática como *creadora* o *crítica* en el ámbito de la construcción de las premisas valorativas fundamentales y de otros enunciados derivados, aquélla debe mantenerse como disciplina neutral en los ámbitos de análisis de estructuras.

> En términos de cientificidad, lo ideal sería probablemente la reducción de los espacios valorativos. Sin embargo, resulta dudoso que ello sea posible, dado el carácter de disciplina práctica de la llamada «ciencia del Derecho penal» y las coordenadas axiológicas en que ésta se mueve. En todo caso, sí es recomendable que las valoraciones plasmadas en los enunciados dogmáticos se atengan plenamente a los análisis lingüísticos, lógicos y estructurales previamente realizados y, en sí mismos, neutrales. Algo que, aun cuando pueda parecer evidente, dista mucho de haberse conseguido. Por aludir simplemente a un aspecto, en muchas de las argumentaciones dogmáticas se vulneran las reglas de la lógica formal.

6. En conclusión, pues, debe afirmarse que la dogmática jurídico-penal no es por esencia una disciplina reaccionaria, ni sus construcciones se muestran refractarias a la recepción de los progresos alcanzados en las ciencias sociales o de los cambios valorativos dependientes de las variaciones del marco socio-cultural[485]. El Derecho positivo se limita a establecer un marco para la reflexión dogmática, sin ejercer una vinculación intensa sobre la elaboración conceptual y sistemática propia de ésta. Otro tanto sucede con las «estructuras del ser». La vinculación de éstas es, por varios motivos, significativamente más flexible que lo que se creyó en el ámbito del finalismo. La dogmática actual, por tanto, se configura ampliamente como «dogmática creadora» o «dogmática crítica» tomando partido por determinadas opciones valorativas y contribuyendo, en definitiva, aunque sea subordinadamente, a la creación del Derecho. Con todo, en las construcciones dogmáticas cabe todavía apreciar espacios de neutralidad, que conviene explicitar y extender. Estos son básicamente los relativos al análisis estructural, lógico y lingüístico.

---

[484] HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XIX.

[485] La dependencia de la dogmática respecto a la cultura del tiempo de que se trate la subraya JØRGENSEN, en *Rechtsdogmatik und praktischer Vernunft*, p. 62.

7. La elaboración sistemática que refleja las características que nos hemos esforzado por esbozar a lo largo de las páginas anteriores produce, inevitablemente, un «sistema abierto»[486]. Sólo éste, en efecto, es capaz de hacer compatible la seguridad jurídica, la racionalidad y coherencia características de todo sistema, con la integración de soluciones satisfactorias a los problemas que sucesivamente se vayan suscitando, aunque ello suponga la incorporación de nuevos parámetros valorativos. A la vez, sólo un sistema así configurado puede asumir nuevos contenidos que provengan de los resultados de las investigaciones de las ciencias sociales, sin constituirse en obstáculo a la evolución social general[487]. El sistema abierto del Derecho penal se opone a los sistemas cerrados (deductivo-axiomáticos)[488], de estructura monolítica y apriorística, y pretensión de vigencia atemporal (eterna) como es el caso, por ejemplo, de las sistemáticas ontológicas : éstas «son como son» y no pueden ser objeto de variaciones en su estructura en función de factores externos al propio sistema[489].

> Un sistema cerrado, basado en un número limitado de fórmulas fundamentales y permanentes (axiomas) de las que se deriven por medios de deducción lógica los restantes enunciados no ha sido hasta ahora alcanzado en la ciencia jurídica. En cuanto a si puede y debe alcanzarse, existen discrepancias en la doctrina. Así, mientras que algún autor —como es el caso de HRUSCHKA— entiende que esa sistematización axiomática siguiendo el modelo de la geometría es posible y deseable para lograr un auténtico *status* científico para la dogmática jurídicopenal[490], otros entienden que ello ni es posible ni deseable, dada la incidencia de los cambios sociales y valorativos en el ámbito jurídico-penal, que haría que cualquier sistema axiomático quedara anticuado ya al tiempo de su nacimiento[491].

---

[486] Sobre las características de éste, CANARIS, *Systemdenken*, 2.ª ed., p. 64 y ss; SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, p. 35 y ss.

[487] En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 182; MIR PUIG, *Introducción*, p. 299 y ss, p. 324,334, etc; COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 100-101 :«Si la Ciencia jurídica quiere cumplir su cometido, si quiere proporcionar a quienes la cultivan y a la sociedad en que surge el conocimiento y el dominio de la realidad jurídica, ha de presentar un sistema abierto, crítico, en el que el método lógico-deductivo ceda la preferencia a un modo de pensamiento inductivo y casuístico, ya no meramente lógico, sino axiológico».

[488] Sobre éstos, SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, p. 34-35, poniendo de relieve las tres características básicas de los axiomas: independencia, completud y ausencia de contradicción. Cfr. también CANARIS, *Systemdenken*, 2.ª ed., p. 62.

[489] Cfr. HRUSCHA, GA 1981, p. 242. A juicio de este autor, la geometría pone de relieve que una doctrina una vez que ha elaborado un sistema completo y libre de contradicciones, no tiene por qué estar concluida: pues, por ejemplo, la geometría euclidiana pudo ser completada por la geometría no euclidiana. Por ello, estima injustificada la objeción de muchos juristas que estiman que la construcción de un sistema siguiendo tal modelo constituiría un freno al desarrollo del Derecho y propugnan, en consecuencia, un sistema abierto.

[490] HRUSCHKA, JZ 1985, pp. 1-10, passim, en especial p. 2 sobre las características del sistema (conceptos fundamentales, relaciones de derivación entre conceptos de rango diferente, conceptos claros y distintos), p. 9 y p. 10.

[491] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, p. 35.

La pretensión de construir un sistema abierto, por contra, permite obtener una aproximación al ideal de elaboración sistemática en Derecho penal. Tal ideal, como señala SCHÜNEMANN, «viene representado por un 'sistema abierto' que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a su modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales»[492]. El sistema abierto, en efecto, pretende lograr una permanente adaptación a las circunstancias cambiantes, para lo que se estructura sobre la base de categorías de conformación normativa, valorativa[493]. Estas, en efecto, resultan mucho más flexibles, permitiendo una variación en función del cambio de los parámetros culturales, por ejemplo, así como la integración de nuevos aspectos, derivados de la aparición de nuevos problemas o de las aportaciones de otras ciencias humanas. Sentado lo anterior, la cuestión radica, —como ya se ha comentado— en determinar desde qué perspectivas habrán de integrarse, esto es, llenarse de contenido, tales categorías valorativas. De modo ampliamente mayoritario, los partidarios de una construcción abierta del sistema se han inclinado por entender que la única posibilidad al respecto es la orientación del contenido de las categorías a las finalidades político-criminales del Derecho penal.

En contra de este criterio se han manifestado en España COBO/VIVES, para quienes «las consideraciones político-criminales no proporcionan un fundamento adecuado a la dogmática penal». En su opinión, la referencia valorativa de la dogmática ha de revestir un carácter absoluto y no funcional, pues «la crítica del *statu quo* no puede hacerse sobre la base de valoraciones instrumentales, cuya última razón reside en la consolidación de aquello que, aparentemente, se pretende criticar». Además «las consideraciones de Política criminal son, por su propia naturaleza, tan mudables y contingentes, que excluyen una auténtica configuración sistemática. Y la Ciencia del Derecho no puede renunciar al sistema porque perdería su unidad, su coherencia lógica y axiológica, su certeza y su rigor, es decir, todas aquellas cualidades que hacen de ella un conocimiento racional»[494]. Por mi parte, estimo, a diferencia de estos autores, —y como ya más arriba tuve ocasión de argumentar— que sólo el fundamento valorativo de orden teleológico puede atribuir al sistema una racionalidad trascendente a lo meramente especulativo y que permita una auténtica controlabilidad axiológica de los enunciados dogmáticos; algo imposible si se opera con valores abstractos, cuya concreción es frecuentemente arbitraria[495]. Este fundamento nada tiene que ver con «valoraciones instrumentales» sino que, como se ha indicado ya y se desarrollará más adelante, en buena parte se construye sobre «valoraciones de principio» precisamente disfuncionales, en relación dia-

[492] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, p. 43.

[493] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno*, p. 36.

[494] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 101-102 y p. 104 nota 52.

[495] Ello no significa que el razonamiento teleológico no plantee problemas de concreción. Sin embargo, el hecho de que, en parte, se refiera a consecuencias empíricas, y, en parte, a valores y fines de menor abstracción, facilita algo las cosas.

> léctica con criterios utilitaristas. Por lo que se refiere al argumento de la imposibilidad de construir un sistema así de base teleológica (político-criminal) por la variabilidad de las consideraciones de esta naturaleza, hay que señalar que una cosa es la política criminal puramente empírica-instrumental *ad hoc* y otra muy distinta una política criminal valorativa, que puede asentarse en criterios de significativa permanencia. En Alemania, el sistema construido por ROXIN y desarrollado por su escuela, constituye la mayor prueba de la capacidad de rendimiento de un enfoque así, sin pérdida de ninguno de los requisitos esenciales de la sistematización. Por lo que se refiere a España, MIR PUIG ha realizado un esfuerzo paralelo, cuya capacidad de rendimiento no es inferior, sino todo lo contrario, al de cualquier otra construcción sistemática.

Así pues, la solución se halla en conformar el sistema abierto del delito como sistema «teleológico» pues, de otro modo, el contenido de las categorías, obtenido apriorísticamente, se muestra como algo esencialmente tautológico. Sentado esto, el núcleo de la discusión sobre el sistema abierto se desplaza, en primera instancia, al ámbito de la polémica sobre los fines del Derecho penal.

> Esta polémica, que hasta los últimos años constituía por excelencia el campo de enfrentamiento de concepciones filosóficas políticas y sociales sin mayor concreción —o a lo sumo con repercusiones en la materia de la imposición y ejecución de la pena— pasa a tener así una relevancia dogmática directa. En el capítulo próximo trataremos de fijar los términos actuales del amplio debate existente al respecto y de tomar posición sobre ello.

De las conclusiones obtenidas en este punto (en el que inciden consideraciones criminológicas y propias, en general, de las ciencias sociales, por un lado, junto a otras filosóficas, valorativas, de teoría del Estado y del modelo antropológico que se acoge, hasta conformar una dirección político-criminal concreta), habrán de obtenerse las premisas básicas para la reconstrucción de las categorías, dilucidando qué aspectos de cada uno de los fines del Derecho penal se manifiestan en qué categorías.

8. Lo anterior expresa, a grandes rasgos, cuál es el camino a seguir para conformar un sistema del Derecho penal que supere con suficiencia las diversas objeciones que suelen englobarse en las críticas al supuesto carácter idealista y reaccionario de la dogmática jurídico-penal.

Además, el «sistema abierto» parece encontrarse en significativa sintonía con una de las más importantes características de la sociedad contemporánea en nuestro ámbito cultural, a la que hemos dado en llamar «sociedad abierta»[496]. Sin embargo, todavía quedan algunas cuestiones por resolver a propósito del citado sistema abierto:

---

[496] Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 99, para quien nuestra Constitución se cuenta entre las que «diseñan un tipo de sociedad abierta, que no consagra el orden social existente e, incluso, promocionan normativamente el progreso social».

1) Por un lado, es preciso establecer el grado de «apertura» del mismo. En efecto, algo que parece a primera vista evidente es que el sistema no puede ser plenamente abierto, pues ello lo anularía como mecanismo operativo, al obligar a un continuo replanteamiento de la corrección de todos y cada uno de sus enunciados. No sin reconocer que el tema requiere una investigación detallada, cabe, en una primera aproximación, imaginar la siguiente alternativa: de una parte, un sistema abierto en sus premisas fundamentales (p. ej. orientadas valorativamente a los fines —concretados culturalmente— del Derecho penal) y que, en lo restante, proceda de un modo deductivo axiomático; de otra parte, sistemas que, además de en las premisas, ofrezcan conceptos *abiertos* en otros niveles sistemáticos. La cuestión radica, pues, en decidir si lo deseable es lo primero o lo segundo, y, de optar por esto último, qué medida, dentro de lo relativo del carácter «abierto» , es la preferible.

2) Por otro lado, un segundo problema que plantea la construcción abierta del sistema es la de si una elaboración que responda a tales características merece el atributo de «científica» o nos hallamos ante una actividad de naturaleza diversa. Este extremo tiene mayor importancia de lo que puede parecer si se contempla desde una perspectiva puramente nominal, orientada meramente a discutir si los dogmáticos se equivocan cuando, de modo prácticamente general, atribuyen a su actividad la dignidad científica. En efecto, su mayor trascendencia tiene lugar en el plano material. En éste se trata de analizar —bajo tal intitulación— de qué instrumentos se dispone para proceder al control de las proposiciones dogmáticas y de concluir, en fin, si éstas son producto de la arbitrariedad o expresan una actividad racional.

D) El «sistema abierto» como sistema de proposiciones valorativas. Consideración de la crítica al supuesto carácter «acientífico» de la dogmática.

a) Introducción.

1. Una de las cuestiones más debatidas en torno a la dogmática jurídico-penal —como, más en general, respecto a la llamada «ciencia del Derecho»— ha sido la relativa a la autenticidad de su «carácter científico». La discusión al respecto dura ya, por lo menos, siglo y medio, desde que VON KIRCHMANN pusiera de relieve la diferencia entre la mutabilidad del objeto de la Jurisprudencia y la futilidad de las afirmaciones de ésta sobre el referido objeto, en comparación con las propias de las ciencias naturales[497]. Si la discusión, con altibajos, ha

[497] Cfr. sobre ello, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, *Libro-homenaje al Prof. Beristain*, p. 587 y ss.; EL MISMO, *Metodología*, p. 15 y ss; también, extensamente, CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 52 y ss; asimismo, Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 67.

proseguido hasta hoy, ello es debido fundamentalmente a una «cuestión de prestigio». En efecto, en el «estadio científico o positivo» de desarrollo de la Humanidad —por expresarlo en la terminología de COMTE—, en el que todavía nos encontramos, la calificación de «científica» vertida sobre una disciplina supone la emisión de un juicio favorable sobre la misma[498], mientras que lo «acientífico» se contempla negativamente. Así pues, tan pronto como el ideal humano se situó en el progreso que proporcionaban las ciencias de la naturaleza, la «ciencia del Derecho» pretendió gozar también del mismo carácter que éstas. Ello, sin embargo, condujo fundamentalmente a la defensa de concepciones sociológicas de la «ciencia del Derecho»[499], que se adaptaban mejor a una visión del conocimiento científico como dirigido a la *búsqueda de leyes* que posibilitaran la *explicación* de por qué las cosas son como son y la *predicción* de cómo serán, y respondían asimismo mejor a un método entendido como consistente en la *formulación de hipótesis* y su *contrastación* rigurosa[500]. Sin embargo, nada de esto podía hallarse en la dogmática jurídico-penal. De ahí que su cientificidad fuera negada ya por VON LISZT quien, como vimos, estimaba que la construcción del sistema cumplía funciones esencialmente didácticas, correspondiendo, en cambio, a la Criminología y a la Penología el estudio científico de los problemas penales[501]. Ello respondía, como puede imaginarse, precisamente a la adopción por su parte del ideal científico de las ciencias naturales (positivismo naturalista) como criterio de cientificidad «*tout court*» y a la inadecuación de la dogmática a las características de dicho modelo. Posteriormente, con todo, la cientificidad de las proposiciones dogmáticas se ha sostenido desde la óptica del positivismo jurídico argumentando que tales proposiciones son descriptivas y poseen un contenido cognoscitivo de los enunciados legales[502]. Sin embargo, como se habrá

---

[498] Así, PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, III, 1986, p. 237: «...los juristas insisten en la cientificidad de sus proposiciones tal vez porque, al menos hasta ahora, la palabra 'ciencia' posee una carga emotiva favorable»; CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 66: «La pregunta por el estatuto científico de la jurisprudencia se hace con el objetivo de condecorarla o de condenarla»; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona 1984, p. 320.

[499] Cfr. al respecto BACIGALUPO, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 55 y ss, p. 59 y ss; el mismo BACIGALUPO, en *Libro-homenaje al Prof. Beristain*, p. 461.

[500] Sobre esto, PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, III, 1986, p. 232.

[501] VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, I, p. 212: «...unsere 'Jurisprudenz' noch immer, zum Teil wenigstens, das ist, was der Name sagt, eine Fertigkeit, eine Kunst vielleicht, *aber keine Wissenschaft des Rechts*» (el subrayado es mío). Modernamente, es común entre los penalistas la emisión de juicios más matizados. Así, por ejemplo, BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 34, apunta que «...como explican Silvela y otros, nuestro Derecho es ciencia y arte simultáneamente...»; Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 281, habla de una mezcla difícilmente descriptible de deducción, inducción e intuición [«Jene schwer beschreibbare Mischung von Deduktion, Induktion und Intuition, der die Rechtswissenschaft ihre größten und dauerhaftesten Leistungen verdankt...»]. Con todo, también se da ahora puntos de vista categóricos; así, recientemente, TORÍO LÓPEZ *Libro-homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, II, p. 409 : «La dogmática no es una ciencia, o sea, una reflexión exacta, sino constitutivamente inexacta, imprecisa, flexible y abierta, referida a fines y a valores. Esto explica los cambios diacrónicos y sincrónicos del pensamiento jurídico».

[502] Así, en la concepción de la dogmática jurídica por Kelsen como «ciencia jurídica normativa»: cfr. al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid 1986, p.

podido observar en páginas anteriores, últimamente se ha derrumbado incluso esta última posibilidad de sostener la cientificidad de la dogmática como disciplina pura o formalista.

> Lo pone de relieve, a mi juicio muy correctamente, QUESADA VEGA, «La dogmática jurídica ha supuesto que era precisamente la lógica jurídica la que garantizaba una correcta aplicación de la norma, ya que se trataría de una operación 'matemática' de subsunción 'situación de hecho/supuesto de hecho de la norma'. Pero la lógica jurídica por sí sola nunca estuvo en condiciones de garantizar una correcta aplicación de la norma»[503].

Muy al contrario, en la actualidad se reconoce que, si bien existen proposiciones dogmáticas descriptivas (las resultantes de operaciones de análisis lingüístico y lógico-estructural, por ejemplo), las que expresan propuestas de tratamiento jurídico penal son proposiciones prescriptivas, que derivan de unas premisas valorativas fundamentales y respecto a las que el Derecho positivo no opera más que como marco. Las circunstancias de la propia evolución de las teorías de la dogmática han determinado, pues, que el tema de su cientificidad se haya visto sometido a una creciente controversia, de la que trataremos de extraer aquí algunas conclusiones. La cuestión que debe dilucidarse ahora es, como ya más arriba se indicó, significativamente más trascendente que la comprobación de la corrección de la «autocomprensión» de la dogmática como actividad científica. En efecto, se trata de concretar cuáles son los controles de que se dispone en este campo, y que permiten distinguir entre una construcción dogmática y la opinión arbitraria de un profano (o del propio jurista)[504]. No es, pues, tanto la cientificidad como, en términos más amplios, la racionalidad de la dogmática lo que se presenta aquí como objeto de debate. En concreto, se tratará de poner de manifiesto que el hecho de que las premisas básicas de la dogmática

---

136. De todos modos, hay que decir que una concepción hasta tal extremo formalista como la propuesta por Kelsen, centrada en el análisis de la estructura lógica de las normas, no responde a la dimensión práctica de la dogmática, ni puede satisfacer como explicación del auténtico proceder de los juristas dogmáticos. Así, por ejemplo, cuando señala que la Ciencia del derecho sólo puede mostrar los posibles significados de una norma jurídica concreta, dejando «a la autoridad que aplica el Derecho la elección, sólo determinable por consideraciones políticas, entre las interpretaciones igualmente posibles desde el punto de vista jurídico-científico» se muestra ciertamente consecuente con un concepto positivista de ciencia, pero no está aludiendo, de hecho, a la esencia de la actividad dogmática tal como ésta ha sido siempre entendida, sino a otra actividad de alcance mucho más modesto en cuanto a su incidencia sobre la aplicación del Derecho. Cfr. sobre todo esto, extensamente, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 90 y ss, en especial 92, 101 y 102.

[503] QUESADA VEGA, *La Ley 1985-3*, p. 985.

[504] Que tal distinción tiene lugar continuamente en la actividad diaria de los juristas es algo que, según creo, no necesita de mayores explicaciones. Como apunta MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 23: «Todo dogmático sabe distinguir entre una posición doctrinal seriamente fundada y la opinión meramente arbitraria de un profano (...). Todos hablamos de que hay libros buenos y libros malos de Dogmática; en ocasiones estas valoraciones serán discutidas, pero otras veces reinará acuerdo sobre ellas». En el mismo sentido, CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 68.

(y, por añadidura, las proposiciones obtenidas a partir de ellas) no puedan ser fundamentadas «científicamente» no implica que rija aquí un principio de arbitrariedad que excluya toda discusión crítica[505].

2. El juicio acerca de la «cientificidad» o, en un plano más general, «racionalidad» de la dogmática depende de dos variables: en primer lugar, de qué se entienda por *esencia de la actividad dogmática;* en segundo lugar, de qué *modelo de racionalidad o cientificidad* se tome como término de referencia[506]. En relación con lo primero, debe ponerse de relieve que, en efecto, la dogmática ha sido concebida tradicionalmente —pese a que ello no explicara en realidad el proceso de obtención de sus juicios— como una actividad esencialmente «cognoscitiva» (del Derecho positivo o de las estructuras lógico-objetivas), de la que resultan enunciados descriptivos[507]. Por otro lado, ya se ha señalado que modernamente comienza a mostrarse su real naturaleza como actividad preferentemente «valorativa» muchos de cuyos enunciados adoptan, por tanto, un contenido prescriptivo. El modelo científico tomado como referencia puede, por su parte, ser diverso. En efecto, cabe, por un lado, adoptar un paradigma *monista* —propio del positivismo y, luego, del neopositivismo—, según el cual sólo merecen la calificación de científicas las ciencias factuales o empíricas (física, biología, etc) y, junto a ellas, las ciencias formales o abstractas (únicamente, la lógica y las matemáticas). Por otro lado, cabe, no obstante, adoptar un modelo *dualista,* según el cual pueden admitirse, junto a las ciencias naturales (o factuales) y las formales, las ciencias culturales o del espíritu (*Geisteswissenschaften*), caracterizadas por el método de la *comprensión,* frente al de la *explicación* que caracteriza a aquéllas.

3. Ambos temas serán objeto de consideración en los apartados siguientes. De todos modos, permítaseme adelantar algunas consideraciones introductorias al respecto. Así, la variable relativa a la auténtica naturaleza de la actividad dogmática se resolverá aquí de modo decidido en favor de la estimación de que, si bien la dogmática también desempeña funciones cognoscitivas (cuando describe meramente el Derecho positivo, emite enunciados «interpretativos» o «consecutivos»[508], analiza el lenguaje o las estructuras de los diversos problemas que ha de afrontar, etc)[509] la mayoría de sus funciones —vgr. las que se concretan en el sistema de soluciones de los problemas jurídico-penales— son valorativas, ex-

---

[505] Cfr. en este sentido BACIGALUPO, *Delito y punibilidad,* p. 30 y 32-33. También LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 531 : «Prescindiendo del prestigio que proporciona la etiqueta de científico, existe acuerdo en que la labor del jurista no es el resultado de la intuición ni simple proyección de sus creencias religiosas o ideológicas».

[506] En el mismo sentido LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 529: «El reconocimiento de la naturaleza cienfica de la labor del jurista depende, pues, del paradigma científico que se adopte...».

[507] Respecto a esta autocomprensión, y no respecto a lo que aquí se propone, pueden valer las críticas de CID/MORESO, ADPCP 1991, p. 153.

[508] En el sentido en que éstos son entendidos por HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general,* p. 245 y ss., tal como fue expuesto más arriba.

[509] Y en este punto se manifiesta valorativamente neutral, mediante enunciados descriptivos.

presándose, por tanto, en enunciados prescriptivos[510]. Esto es, al menos, lo que se desprende de las consideraciones hechas páginas atrás, y en este sentido se pronuncia, como es sabido, toda la doctrina dogmática superadora del positivismo jurídico. En efecto, la pretensión positivista de que el contenido de los enunciados dogmáticos se derive, primero, de una inducción a partir del Derecho positivo y, después, de una deducción a partir de los enunciados más generales del sistema, debe estimarse irrealizable: sin la integración de consideraciones diferentes (decididamente valorativas), resulta imposible construir el sistema del delito.

4. Sentado que una parte esencial de la actividad dogmática tiene carácter valorativo, conviene examinar qué posibilidades existen de atribución a la misma de carácter científico a partir de los diferentes modelos. Sabido es que, históricamente, sólo se ha podido sostener con cierta base la cientificidad de la «ciencia del Derecho» a partir de una concepción dualista de la ciencia, del rechazo de la unidad del método científico, y la ubicación de la «ciencia jurídica» entre las ciencias culturales o del espíritu, para las que lo decisivo no es la explicación, sino la comprensión del sentido. Pues bien, el enfrentamiento clásico entre tal concepción dualista de ciencia y el neopositivismo científico sigue teniendo todavía una influencia decisiva en el ámbito filosófico, al menos en el de lengua alemana[511]. Precisamente, en los últimos decenios ha sido posible advertir el desarrollo de concepciones que tratan de fundamentar la racionalidad o controlabilidad de los enunciados de diversas «ciencias», entre ellas la del Derecho, desde perspectivas distintas y distantes de las del principio de verificabilidad propio del neopositivismo, y que, de algún modo, que trataremos de analizar, parecen entroncar con el modelo de la «comprensión» característico de las ciencias culturales del período neokantiano. Sin embargo, a esta polémica ha venido a añadirse otra —acontecida en el seno de la teoría general de la ciencia[512]—, acerca de cuál sea el paradigma científico a

---

[510] Sus enunciados tienen carácter prescriptivo aunque, formalmente, se expresen como si de una descripción se tratase. Esto es algo bastante común, no sólo en la dogmática sino también en otras disciplinas que se sirven de juicios de valor. Como señala GONZÁLEZ VICÉN, AFD nueva época, tomo II, 1986, p. 278-279, los juicios de valor se suelen formular mediante el predicado «es» —en lugar de «debe ser»—, cuando, en realidad, a través de ellos lo que se expresa son sentimientos en forma racionalizada (ideologizada); en cualquier caso, es cierto que ahí se esconde la pretensión de que sean compartidos por todos. Así, un juicio del tipo de «la mentira es abominable» no expresa legítimamente nada, pero sí encierra la pretensión de que todos la tengan por tal.

[511] Cfr. PATZIG, *Explicar y comprender. Observaciones sobre las relaciones entre las ciencias naturales y las del espíritu*, en su libro Hechos, normas, proposiciones. Ensayos y conferencias (trad. Jorge M. Seña), Barcelona 1986, pp. 45-72, p. 45. Son interesantes sus observaciones en p. 46: «Esta concepción (se refiere a la dualista) tenía el inconveniente de que sólo podía contar con una aprobación general justamente entre los científicos del espíritu. Por lo que se sabe, las ciencias de la naturaleza no llevaron a cabo nunca una polémica similar en contra de las ciencias del espíritu; tampoco la necesitaban. La amable condescendencia que a veces manifestaban los científicos de la naturaleza por sus colegas de las ciencias del espíritu no puede compararse con el tono agresivo que empleaban los científicos del espíritu cuando estaba en juego el aseguramiento de la pretensión científica de su disciplina. Ello es expresión de inseguridad».

[512] Entendida aquí en el sentido de las ciencias naturales o «duras».

adoptar y su traducción en el plano metodológico. Las nuevas propuestas que tienden a mostrar las vías para alcanzar una cientificidad en las disciplinas que versan sobre la comprensión podrían hallar, pues, una sorprendente cobertura científica general en algunas de las críticas que, desde dentro del neopositivismo o, en todo caso, desde la teoría general de la ciencia, se dirigen al modelo neopositivista clásico del Círculo de Viena. Sobre todo ello será preciso efectuar, en lo que sigue, algunas consideraciones.

5. En todo caso, y con independencia del modelo que se adopte finalmente, parece claro que la afirmación de la «cientificidad» de la dogmática habrá de pasar hoy —en una primera aproximación— por examinar su conformidad con el modelo neopositivista «clásico», pretendida expresión del método de las «ciencias duras». La respuesta a este examen, que aquí ya se adelanta negativa, nos conducirá a plantear el tema de la «cientificidad» de la dogmática en términos diferentes, menos pretenciosos y más realistas: concretamente, a centrar el análisis en la determinación de los controles que pueden practicarse sobre la actividad dogmática a fin de reducir al máximo las dosis de arbitrariedad y posibilitar la ubicación de sus doctrinas en un contexto general de racionalidad. A continuación se desarrollarán las ideas esbozadas.

b) Características de los enunciados de la dogmática.

1. Los enunciados de la dogmática suelen expresarse en un lenguaje *formalmente* descriptivo, es decir, sirviéndose del predicado «es» en lugar del predicado «debe ser». Sin embargo, desde el momento en que desbordan la función de mera descripción del Derecho positivo[513], de una interpretación del mismo entendida en sentido nominalista como establecimiento de una relación de sinonimia[514], del análisis lógico de estructuras, o del análisis lingüístico de expresiones[515], ello no es más que una apariencia. En efecto, fuera del ámbito aludido —cuyo papel en el conjunto de enunciados dogmáticos o es insignificante (caso de la mera descripción del Derecho positivo) o es previo (como conformación del sistema de estructuras de los casos problemáticos) a la conformación del sistema de soluciones que es la teoría del delito— los juicios emitidos por los dogmáticos, los que integran sus teorías desde los niveles más abstractos hasta

[513] Cfr., sobre ésta, HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 473.

[514] Cfr. al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, AFD nueva época, III, 1986, p. 184.

[515] Como dice MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 26, es descriptivo, comprobable fácticamente y, por ello, científico incluso en el sentido neopositivista, la determinación de «qué es lo que dice la letra de un determinado artículo del Código penal» así como «la deducción de consecuencias lógicamente implicadas en la letra de la ley: así, por ejemplo, del precepto que castiga al que matare a otro cabe deducir lógicamente que es punible quien mata a otro a golpes». Pero, «en cuanto se presentan problemas más difíciles, la Dogmática ha de acudir a (...) 'argumentos racionales' (...) que sólo son válidos para quien admita las premisas, normalmente valorativas de que dependen».

los más concretos, son, en su mayor parte, enunciados prescriptivos, esto es, expresión de un deber ser[516]. Estos enunciados, por su parte, ni se «deducen» ni se «inducen» —en el sentido estrictamente científico de ambos términos— del Derecho positivo.

> Un tema interesante, que aquí nos limitamos a plantear, pero que sin duda guarda relación con lo que acabamos de afirmar, es el relativo a si cabe realizar inferencias en las que aparecen enunciados directivos en las premisas y en la conclusión. Formulado en otras palabras, se trata de determinar si puede existir una «lógica de normas»[517]. El tema ha sido analizado recientemente por HERNÁNDEZ MARÍN[518], concluyéndose 1) que no existe una lógica de enunciados no asertivos,y, por tanto, no existe una «lógica de normas»[519]; y 2) que la llamada «lógica deóntica»[520] o es lógica ordinaria o carece de justificación[521].

En los enunciados prescriptivos de la dogmática se trata, como ya se ha apuntado, de juicios de valor: de decisiones «político-criminales» en sentido amplio[522], o, en todo caso, de proposiciones derivadas de éstas. Tal carácter *valorativo* lleva consigo, por lo demás, un necesario carácter *subjetivo*. En efecto, en la actualidad existe un acuerdo generalizado sobre la imposibilidad de acceder

---

[516] Son «oraciones prescriptivas»: HERNÁNDEZ MARÍN, AFD nueva época, 11,1986, p. 188. Cuestión diferente es la de si, con el fin de lograr una verdadera cientificidad, la Dogmática, eludiendo toda toma de decisiones, habría de limitarse a mostrar al juez las posibles soluciones que, para un caso, permite el Derecho positivo, ilustrándole acerca de sus consecuencias sociales [como propone Hans Albert, citado por MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 27] e incluso explicitando las distintas premisas valorativas, político-jurídicas que se hallan tras cada solución [según propone MIR PUIG, Ibidem]. Personalmente, como ya señalé más atriba, estimo que ello es difícilmente realizable: desde el momento en que se abandona el análisis de estructuras o el mero análisis semántico y se entra en la fase de propuesta de soluciones, ya nos hallamos en un ámbito sustancialemente valorativo. Así, toda determinación de las «soluciones posibles» que trascienda a la simple declaración del sentido literal posible del texto legal, lleva a calificar otras soluciones de «inadmisibles», «imposibles», lo que ya es inconfundiblemente valorativo. Ello, dejando aparte el tema decisivo de que una dogmática que renunciara a discutir sosegadamente sobre la «solución correcta» y a intentar alcanzar el consenso en este ámbito, dejaría de cumplir buena parte de la función social que le compete en relación con el legislador y los Tribunales. [En esta línea MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 27; NINO, *Introducción*, p. 340-341]. Cfr. también JØRGENSEN, en *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, p. 68, quien indica que la dogmática tiene un aspecto prescriptivo, consistente en «dar buenos consejos» para la aplicación del Derecho mediante «resoluciones muestra» de conflictos hipotéticos, y añade: «Una dogmática acabada no puede conformarse con ser 'descriptiva' y 'sistematizadora' (esto es, con producir coherencia), sino que debe también dar configuración (ser constructiva)»; asimismo AARNIO, *The Rational as Reasonable*, p. 19, quien subraya también el carácter valorativo de la dogmática.

[517] Por «lógica de normas» se entiende, en efecto, una lógica de enunciados directivos o prescriptivos, o sea, el estudio de las relaciones deductivas entre enunciados directivos: HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 421.

[518] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 421 y ss.

[519] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 429.

[520] Es decir, la lógica que versa sobre enunciados asertivos (metalingüísticos) formulados acerca de enunciados prescriptivos.

[521] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 436. Sobre la llamada lógica jurídica, cfr., además, p. 437 y ss.

[522] Cfr. próximo ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 221.

a estructuras objetivas de valor, concluyéndose que el acceso al nivel axiológico es algo fundamentalmente dependiente de la perspectiva adoptada por el sujeto que conoce[523].

2. Por tanto, la mayoría de los enunciados integrantes de la dogmática de la teoría del delito aparecen como juicios subjetivos de valoración acerca de las características generales que debe mostrar un hecho para poder ser estimado merecedor de pena, o bien como juicios derivados de éstos, en función de los cuáles se pretende alcanzar, en un nivel inferior de abstracción, la decisión acerca del tratamiento jurídicopenal de una determinada estructura problemática o constelación de casos. Tal carácter hace muy difícil integrarlos en un esquema general de contrastación científica, pues la ciencia, en general, se construye sobre enunciados cognoscitivos acerca de la realidad (objetiva), que pretenden describirla y explicarla. De un enunciado valorativo, en efecto, no se puede predicar la verdad o la falsedad. Sin embargo, la dificultad de integrar a los enunciados valorativos en un contexto general científico, no tiene por qué implicar necesariamente que los mismos se hallen sumidos en la arbitrariedad, mostrándose refractarios a todo posible control.

> Lo anterior vale, como se ha dicho, para los enunciados prescriptivos de la dogmática, que, de algún modo, constituyen el núcleo de la misma. Tales consideraciones son válidas, según creo, aunque los mismos se entiendan, más que como «enunciados prescriptivos» como «*enunciados metalingüísticos descriptivos cuyo enunciado-objeto es una prescripción*». Esto último es seguramente lo correcto, y lo que permite distinguir los enunciados dogmáticos de aquéllos que tienen su origen en el legislador[524]. En efecto, éste se limita a prescribir; el dogmático, en cambio, más bien describe lo que debe hacerse para atender a las prescripciones del «Derecho correcto»[525] («correcto» desde una determinada perspectiva de principios o fines[526]) en una determinada situación o estructura problemática. Como señala EIKE VON SAVIGNY, la misión de la dogmática es encontrar el Derecho no codificado (a lo que añado yo, en el marco del codificado) o, en otras palabras, «el dogmático no crea Derecho, sino que lo busca y lo halla»[527]. Sin embargo, aun así tampoco es posible

[523] Sobre ello, EIKE VON SAVIGNY, *Übereinstimmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und empirischer Argumentation*, en Juristische Dogmatik, pp. 120-143, p. 139 y ss, en especial 142, quien cifra en este aspecto la diferencia esencial entre la dogmática penal y las ciencias empíricas.

[524] En este sentido interpreto las afirmaciones de MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 28.

[525] MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 28, apunta que tales enunciados, a modo de reglas técnicas (no imperativos ni consejos), «describen lo que hay que hacer *si se quiere cumplir el Derecho positivo*». Por mi parte, diría que tales enunciados describen lo que debe hacerse para cumplir el Derecho correcto, según el juicio valorativo del dogmático, en el marco del Derecho positivo (o ni siquiera eso, si la construcción es *de lege ferenda*). Sobre esta idea de que el dogmático renuncia a una «propia autoridad» (no «prescribe» en sentido estricto), EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 9.

[526] Que deben explicitarse. En nuestro caso, se tratará de los diversos fines político-criminales en conflicto, cuya obtención (o la mayor aproximación a ésta) puede legitimar al Derecho penal.

[527] EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 106.

formular un juicio de verdad o falsedad objetiva sobre tales enunciados, pues el «Derecho correcto» que sirve de referencia a los mismos es una elaboración subjetivo-valorativa del dogmático (en el marco del Derecho positivo o no, según se trate de construcciones *de lege lata* o *ferenda*) que, por tanto, puede variar para cada sujeto. En cambio, sí son susceptibles de un juicio de verdad o falsedad, según creo, los enunciados en que se expresan análisis de las estructuras de los sistemas de casos problemáticos, así como otros análisis lógicos y lingüísticos (así, los enunciados interpretativos, en el sentido de que establecen una relación de sinonimia, o los enunciados consecutivos), pues su referencia es objetivo-real y no subjetivo-valorativa.

c) La dogmática jurídico-penal ante el modelo neopositivista de ciencia.

1. La definición de un enunciado o sistema de enunciados como «científico» no es, en sí, un juicio de base meramente descriptiva, cognoscitiva. Por el contrario, requiere, como primera premisa, un juicio valorativo en el que se estabezcan las características que *debe* reunir un enunciado o sistema de ellos para ser estimado científico. En otras palabras, una prescripción[528].

Primera premisa: Un enunciado. para ser científico. debe reunir las propiedades X, Y, Z.
Segunda premisa: El enunciado A no reúne las propiedades X, Y, Z.
Conclusión: El enunciado A no es científico.

Ello, de alguna manera, relativiza el tenor de los juicios acerca de la cientificidad de otros juicios, pues tales juicios se ven sometidos —por la vía de la referida primera premisa, que, en sí misma, no puede ser ni verdadera ni falsa— a todas las inseguridades propias de los juicios valorativos[529]. Esta deficiencia básica de las teorías de la ciencia hace que las mismas se conviertan en una cuestión a decidir por vía argumentativa hasta el logro del consenso intersubjetivo. Dicho con otras palabras: las teorías de la ciencia no son científicas si se les aplica a ellas el concepto positivista de cientificidad de los enunciados.

2. Lo anterior resulta importante porque contribuye asimismo a relativizar la importancia de la calificación de una disciplina o de un sistema de enunciados como «científico» o «acientífico». El positivismo y neopositivismo científicos, en efecto, toman el método de obtención y las características de los enunciados producidos por una serie de actividades intelectuales, y hacen de ellos signos distintivos de la cientificidad, añadiéndole una connotación emocional positiva: sólo eso es «conocimiento» y proporciona «progreso». La actividad que, en cambio, no se ajusta a tales requisitos no es «conocimiento» sino «superchería». Pues bien, la teoría de la ciencia del neopositivismo debe reconducirse a su exacta medida, limitando su pretensión absolutizadora, de establecer el modelo único a que debe sujetarse todo saber. En realidad, la calificación por parte del neopositivismo de una disciplina como «científica» sólo puede querer decir

[528] Cfr., en este sentido, PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, 1986, p. 231. Cfr. también CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 29 : «El mismo principio de verificación como criterio de demarcación de enunciados no es verificable, y por tanto pertenece al reino de la metafísica» tambien p. 30, 65 y ss.

[529] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría General*, p. 427-428.

legítimamente que no responde al método o a las características de las ciencias que el neopositivismo tomó como modelo de cientificidad y, a lo sumo, que, en consecuencia, el saber que proporciona no es tan exacto como el de éstas. Todo lo que se diga más allá no será en sí mismo científico, descriptivo, sino que tendrá el sentido de un juicio de valor: expresará soterradamente la pretensión de que todos compartan tal punto de vista, un enunciado que en realidad es de «deber ser». Así, el único sentido legítimo de la expresión «La dogmática jurídico-penal no es científica» es éste: «La dogmática jurídico-penal no responde al método de la física o la biología, y, por tanto, sus enunciados no presentan el grado de exactitud que los de éstas» (incluso esto último se podría discutir desde la perspectiva de modernas teorías acerca del método científico). No puede decirse nada más. Todo lo que se añada a esto es un juicio de valor en el sentido de «La dogmática jurídico-penal no debe ser tenida por científica» esto es, «No debe darse crédito alguno a sus enunciados»; un juicio de valor al que, siguiendo la propia consigna del neopositivismo, tampoco podría dársele crédito alguno.

3. Hechas las anteriores precisiones, conviene señalar que, en efecto, el neopositivismo parte de que el conocimiento se halla indisolublemente asociado a la *verificabilidad* —posibilidad de comprobación empírica, experimental— de los enunciados[530]. El modelo al que debe responder una actividad intelectual que pretenda ampliar nuestro conocimiento es, pues, desde tal punto de vista, el de las ciencias factuales. Para el neopositivismo las ciencias, como sistemas de enunciados asertivos verdaderos, sólo pueden ser de dos clases: o factuales o formales. Ahora bien, las ciencias factuales (física, química, biología, etc) se caracterizan porque, en ellas, la verdad de los enunciados depende de las reglas semánticas del lenguaje y de la referencia de los enunciados. Esto último es lo que se desea indicar cuando se alude a que son «juicios sintéticos»: para comprobar si son verdaderos o falsos es preciso acudir a observar la realidad a que se refieren y contrastar la correspondencia entre lo uno y lo otro (lo que tiene lugar «a posteriori»). Ello implica, por lo demás, que los enunciados de las ciencias factuales amplían nuestro conocimiento[531]. Por su parte, las ciencias formales se caracterizan porque en ellas la verdad de los enunciados no depende ni de las reglas semánticas del lenguaje ni de la observación del estado de la referencia. Son «juicios analíticos»; se formulan » a priori». Sin embargo, —y esto debe estimarse decisivo en el contexto de nuestra exposición— no aumentan el conocimiento[532]. De ahí que, dado el carácter vacío y tautológico de sus enunciados se les atribuya esencialmente una función instrumental: la de proporcionar un lenguaje —unas estructuras— que sirvan de vehículo al análisis estrictamente científico (factual).

---

[530] Cfr. la excelente exposición de V. KRAFT *El Círculo de viena* (trad. F. Gracia), 2.ª ed., Madrid 1977, p. 131 y ss.

[531] Sobre todas estas características, HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 456.

[532] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 457.

4. Así, pues, de la clasificación neopositivista de las ciencias resulta inalterada la consideración inicialmente realizada en el sentido de que el conocimiento se halla vinculado indisolublemente a la verificabilidad o contrastabilidad por la experiencia[533]. En este marco de referencia, parece claro que el juicio sobre la cientificidad de los enunciados de la dogmática jurídico-penal habrá de ser necesariamente negativo. En efecto, tales enunciados no son, en su mayor parte, susceptibles de una verificación empírica, así como tampoco de un control lógico de las argumentaciones que los sustentan[534]. No son, pues, científicos a la luz del paradigma neopositivista de ciencia. Sin embargo, el neopositivismo aún va más allá. Como señala HERNÁNDEZ MARÍN, «un discurso esencialmente prescriptivo, no sólo es acientífico (esto es, no expresa un conocimiento científico), sino que es incluso no cognoscitivo (no expresa un conocimiento en absoluto)»[535]. Así pues, no es sólo que la dogmática carezca de un sistema de leyes lógicamente relacionadas éntre sí y que conformen teorías. Además, resulta que en ella falta todo tipo de control empírico de las afirmaciones. Ello la distinguiría incluso de otras formas de conocimiento, no científicas, como el conocimiento preteórico, el conocimiento descriptivo e incluso el conocimiento ordinario . Dejando, pues, aparte, los enunciados dogmáticos que expresan un conocimiento preteórico[537], uno puramente descriptivo, o bien un conocimiento ordinario, debería concluirse que en la dogmática no hay conocimiento alguno. Conclusión que, por otro lado, vendría a corroborar el hecho de que la argumentación dogmática viole las leyes de la lógica[538]. La dogmática, según el enjuiciamiento a que se la somete desde la perspectiva del paradigma neopositivista, no sólo no es ciencia, sino que ni siquiera es conocimiento. Debe situarse, por tanto, decididamente, en el ámbito de las «pseudociencias»[539].

5. De compartirse la concepción neopositivista de ciencia y sus repercusiones sobre la dogmática, tal como se han mostrado en las líneas anteriores, la conclu-

---

[533] Cfr. CALSAMIGIA, *Introducción*, p. 27 y ss.

[534] Así, EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 127 y 128; MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 15 y 16.

[535] HERNÁNDEZ MARÍN, AFD nueva época, 1986, p. 189.

[536] Sobre estas tres formas de conocimiento, cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría*, p. 464-465. El conocimiento preteórico consta básicamente de generalizaciones empíricas y descripciones, y pretende alcanzar el estatuto científico. Algo que no ocurre en el conocimiento descriptivo, que, pese a someter sus descripciones a contrastación empírica, no aspira a constituirse en ciencia. El conocimiento ordinario, por su parte, constando de descripciones y generalizaciones empíricas, se singulariza por el escaso rigor del lenguaje en que se expresa y por la no sujeción a las reglas de la lógica; asimismo, por no proceder metódicamente a contrastar sus enunciados y por no tender, de por sí, al aumento del saber. Los tres tipos de conocimiento reseñado carecen de sistematicidad, pero constan de enunciados contrastables (con alguna salvedad para el caso del conocimiento ordinario).

[537] Este podría ser el caso de los enunciados a que alude HRUSCHKA y que expresan análisis de estructuras problemáticas, sobre cuya base este autor pretende lograr un sistema dogmático «more geometrico» (científico, por tanto).

[538] HERNÁNDEZ MARÍN, AFD nueva época, 1986, p. 189.

[539] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 466 y ss.

sión no podría ser otra que la de calificar las pretensiones de nuestra disciplina de «empeño inútil». Según la opinión de HERNÁNDEZ MARÍN, la misma «está aislada de todo saber y su aislamiento está además consagrado por esas tesis que le atribuyen naturaleza peculiar: bien calificándola como ciencia normativa, sea atribuyéndole unas reglas especiales de argumentación, sea excusándola de controlar empíricamente sus afirmaciones, sea atribuyéndole un método peculiar»[540]. Sin embargo, no hay por qué compartir la concepción neopositivista de ciencia ni sus repercusiones sobre la dogmática. En realidad, lo primero que se ha revelado como ficticio, al menos en parte, es el paradigma de ciencia del neopositivismo.

> Son ilustrativas al respecto las palabras del filósofo de la ciencia y lógico español Jesús MOSTERÍN: «No hay un único método en la ciencia. No hay una descripción verdadera del mundo. En realidad no sabemos muy bien lo que la ciencia es, y cada día descubrimos nuevas complejidades en su entramado. Pero *lo que está claro es que la ciencia no es un coniunto de enunciados verificables acerca de nuestras impresiones sensibles*»[541].

En efecto, cabe observar que alguna de las premisas básicas del neopositivismo ha entrado en crisis. Así, el principio de verificabilidad o contrastabilidad como criterio de verdad de los enunciados puede estimarse superado a partir de las objeciones dirigidas al mismo por parte de los autores del «racionalismo crítico». En efecto, éstos —básicamente POPPER, pero también H. ALBERT— rechazaron la existencia de una lógica de la inducción. En otros términos, pusieron de relieve la imposibilidad de contrastar (verificar) de modo definitivo enunciado general alguno, dado el número necesariamente limitado de los actos de experimentación cuya realización es posible[542]. En cambio, sí será posible refutar («falsar») un enunciado general, mediante el hallazgo de un caso particular para el que el referido enunciado general no sea verdadero[543]. La actividad de la ciencia se centra, pues, según POPPER, no en la contrastación o verificación de los enunciados, sino en su refutación o «falsación»; a la vez, un enunciado será científico en función de su «falsabilidad»[544]. Esto significa, a los efectos que aquí interesan, que la «verdad» de los enunciados científicos es, en realidad,

---

[540] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 472. Sobre ello, también, MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 29 y ss.

[541] MOSTERÍN, *Prólogo al libro de J. J. Acero* FERNÁNDEZ, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Madrid 1985 (reimpr. 1987), p. 14. Sobre la relatividad del concepto de ciencia, también, CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 110; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 144-145.

[542] Un enunciado del tipo de «todos los cisnes son blancos» puede, ciertamente ser refutado (tan pronto como como se descubra un cisne negro); sin embargo, nunca puede estimarse plenamente verificado, pues, por mucho que todos los actos de experimentación realizados nos hayan mostrado que el mismo es correcto, siempre quedará la posibilidad de que en un futuro acto de experimentación aparezca un cisne negro. En este sentido, EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 129.

[543] EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 130-131.

[544] Sobre esto, EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 133 y ss.

una verdad parcial y provisional, dependiente, en definitiva, del consenso de los miembros de la comunidad científica en un momento dado[545].

> Una radicalización de las tesis del racionalismo crítico tiene lugar en la obra de KURT HÜBNER, *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft* (1978). En la misma se pone de relieve cómo ni siquiera es posible «falsar» teorías mediante hechos, dado que los propios hechos no son independientes de una teoría. Así pues, la propia operación de falsación requiere una determinación teórica, una ley o regla la cual, a su vez, no podrá haber sido verificada. La idea es, pues, que la teoría es previa o, en todo caso, trasciende a la experiencia[546].

6. La idea acabada de referir se ha expuesto de modo radical en las aportaciones de teóricos de la ciencia[547], como KUHN[548] o FEYERABEND[549] que han tratado de derribar algunos de los que, a su juicio, son principios metafísicos del neopositivismo. La idea de KUHN, muy sintéticamente expuesta, es que periódicamente tienen lugar revoluciones científicas (rupturas epistemológicas), que arrasan con la tradición e introducen ideas y procedimientos incomparables con los precedentes. Ello significaría que no hay aproximaciones sucesivas a la verdad objetiva, sino únicamente consensos de alcance temporal en la comunidad científica[550]. Por lo que respecta a FEYERABEND, su «anarquismo gnoseológico» puede estimarse una versión extrema de las ideas de KUHN. En él se propugna una amplia libertad metódica: todo vale (*anything goes*) siempre que aumente el conocimiento. La conclusión es afirmar la inexistencia de criterios objetivos de verdad y, en definitiva, la imposibilidad de distinguir la ciencia de la pseudociencia o la superstición[551]. Su radical subjetivismo nos sitúa prácticamente en las antípodas del principio neopositivista.

7. La discusión profunda de estas tesis y de las réplicas que han merecido desde las filas neopositivistas desbordaría con mucho lo posible en este texto y probablemente tampoco resulta demasiado interesante a los efectos aquí perseguidos. Por mi parte, creo que, probablemente asiste la razón a BUNGE cuando éste, replicando a las tesis de KUHN, afirma:

> «Es claro que se busca el consenso, tanto en ciencia como en otros campos. Pero normalmente el consenso se logra tan sólo cuando las pruebas empíricas

---

[545] Cfr. al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 456; CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 34-35; PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 27 y 28, n.º marg. 57-59; Arthur KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 2-3. La referencia bibliográfica básica sobre este punto es POPPER, *La lógica de la investigación científica* (trad. Sánchez de Zavala), Madrid 1973, p. 75 y ss.

[546] Cfr. las referencias en PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 29 y 30, n.º marg. 61-63.

[547] Cfr. referencias a Kuhn, Lakatos, Feyerabend, etc, en PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 29, n.º marg. 60; también en CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 37 y ss.

[548] De éste es la obra La estructura de las revoluciones científicas (1962).

[549] Entre otras obras, la conocida Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento (1975).

[550] Cfr. la exposición crítica de BUNGE, *Racionalidad y realismo*, Madrid 1985, p. 72-73.

[551] Críticamente expuestas estas ideas en BUNGE, *Racionalidad*, p. 73-74.

autorizan a creer que las nuevas ideas son realistas en alguna medida. Y es verdad que hay modas en ciencia, pero son modas de problemáticas y metódicas más que de teorías, y en todo caso no son frívolas: se adoptan o abandonan a la luz de los resultados que se dan en la búsqueda de la verdad objetiva»[552].

En efecto, las tesis radicales que predican una práctica arbitrariedad de la metodología científica no son probablemente de recibo: ni explican el evidente progreso científico, ni dan cuenta de las importantes diferencias que, sin duda, cabe advertir entre unas y otras disciplinas científicas[553]. Sin embargo, han tenido el indudable mérito de relativizar las manifestaciones del positivismo, de poner de relieve algunas debilidades de la metodología de las ciencias tradicionales y, por tanto, de permitir establecer una cierta *aproximación* entre la metodología de las ciencias de la naturaleza y la de otras «ciencias» (culturales) como la jurídica. Ello, a su vez, podría justificar, por las analogías existentes, seguir denominando «científica» a la dogmática jurídica.

Esta aproximación pasa, entre otros factores, por una revalorización del «contexto de descubrimiento» de una teoría, frente a su «contexto de justificación» que era lo único importante para el neopositivismo[554], por la afirmación de la autonomía de las teorías frente a los hechos y su experiencia[555], etc. En definitiva, por una relativización del paradójico «idealismo» neopositivista, anclado en el principio de verificación.

d) El control racional de los enunciados de la dogmática jurídico-penal.

1. Ya antes se apuntó que la caracterización de la dogmática —de la «ciencia» del Derecho en general— como disciplina científica sólo era posible a partir de un modelo dualista que, junto a las ciencias «explicativas», admitiera la existencia de ciencias «comprensivas». Pues bien, este modelo, propio del momento cultural neokantiano, no puede estimarse superado. Muy al contrario, los últimos decenios se han caracterizado por un gran esfuerzo teórico en mostrar las características específicas de los procesos de «comprensión» frente al conocimiento explicativo: así, por ejemplo, se ha subrayado la imposibilidad de aplicar

---

[552] BUNGE, *Racionalidad*, p. 73.

[553] Sobre las diferencias que, pese a ciertas probables similitudes, se siguen dando entre las disciplinas integradas por enunciados descriptivos y las constituidas por enunciados valorativos, cfr. EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 122,139 y ss; Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*. (Abschiedsvorlesung). Heidelberg 1990, p. 24.

[554] Cfr. CALSAMIGLIA, *Introducción*, p. 28; PUIGPELAT MARTÍ, AFD nueva época, 1986, p. 231-232; PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 39, n.º marg. 81. El «contexto de descubrimiento» expresa cómo se ha llegado a un cierto conocimiento, mientras que el «contexto de justificación» expresa cómo éste se defiende y presenta ante la comunidad científica.

[555] Cfr. PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 39-40, n.º marg 83.

en los mismos un esquema diferenciado de sujeto/objeto[556], etc. Unas características que, desde luego, pueden predicarse perfectamente de la forma de aprehensión de su objeto propia de la ciencia jurídica: ésta se configura, pues, como una forma de *comprensión*. Sentado esto, puede afirmarse que la hermenéutica, la teoría crítica, etc[557], han realizado algunas de las aportaciones más significativas a la determinación del *status* real de la ciencia jurídica. En efecto, las mismas se constituyen como intentos de analizar el modo en que tienen lugar los procesos de comprensión, en general, y de la comprensión jurídica, en particular, y, a la vez, de establecer las condiciones que deben satisfacer estos procesos para cumplir las exigencias de racionalidad que permitan una atribución de *status* científico, en sentido amplio.

2. El punto de partida de este enfoque de la ciencia del Derecho debe situarse, como se ha dicho, en el momento cultural del neokantismo, con la diferenciación, que se suele atribuir originariamente a DILTHEY, de las *Naturwissenschaften* y las *Geisteswissenschaften*[558]. Desde entonces hasta el momento actual, sin embargo, y pese que la línea de contacto ha permanecido incólume, han cambiado, según creo, algunas cosas. Por un lado, lo que en el neokantismo se presentaba como una orientación metodológica (el subjetivismo valorativo) ha ido ganando cuerpo progresivamente como presupuesto ontológico de los procesos de conocimiento comprensivo[559]. Por otro lado, la estructura de ese conocimiento comprensivo se ha mostrado, a partir de la progresiva puesta en cuestión de buen número de tesis neopositivistas, como no tan distante de la estructura general del conocimiento (incluido, por tanto, el explicativo)[560]. En otras palabras, la tendencia actual debe situarse en una creciente aproximación de las concepciones acerca de las dos formas de conocimiento del «dualismo metódico», aproximación que tiene lugar en el umbral del conocimiento comprensivo (en la tradición del pensamiento hermenéutico)[561], más que en los estrechos márgenes de la concepción neopositivista acerca del conocimiento ex-

---

[556] Cfr. al respecto, PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 44 y ss., n.º marg. 92 y ss. Recientemente, por ejemplo, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 25-26, reconociendo el importante papel que, en tal reconocimiento, ha desempeñado la Hermenéutica desde Schleiermacher. La comprensión del sentido no es, pues, ni puramente objetiva, ni meramente subjetiva, sino objetivo-subjetiva a la vez.

[557] Cfr. PATZIG, en *Hechos, normas, proposiciones*, p. 63, con referencias a las obras de Gadamer y Habermas. Asimismo, PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 40 y ss.

[558] Cfr. la exposición de MIR PUIG, *Introducción*, p. 232 y ss., indicando cómo la distinción de Dilthey se apoya en una diferencia de objeto, mientras que para el neokantismo se trata de una diferencia de método; vid. también, por ejemplo, PATZIG, en *Hechos, normas, proposiciones*, p. 45-46.

[559] Lo pone de relieve, por ejemplo, OLLERO, *Derecho y sociedad*, p. 24. Vid. también PATZIG, en *Hechos, normas, proposiciones*, p. 63.

[560] Ello sucede tan pronto como en la teoría general de la ciencia el consenso empieza a adquirir una significación fundamental: cfr. al respecto, por ejemplo, PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 40, n.º marg. 84.

[561] Cfr., por ejemplo, OLLERO, *Derecho y sociedad*, p. 23 («...la experiencia de la verdad desborda los márgenes de los cauces metodológicos. La experiencia herméutica es en este sentido un fenómeno universal presente en todo conocimiento. Debajo de toda ciencia late una interpretación de la relación del hombre con el mundo, un sustrato hermenéutico».) y ss.

plicativo. Con todo, el problema metodológico en la teoría de la ciencia adquiere tal complejidad que no cabe esperar siquiera una descripción aproximada del mismo en estas líneas. A los efectos que aquí interesan, baste con señalar lo siguiente: a saber, que el carácter subjetivo-valorativo predicado antes respecto de muchos de los enunciados dogmáticos, así como la apelación a la argumentación racional como medio para la intersubjetivización de aquéllos, esto es, dirigido a la obtención del consenso sobre su contenido[562], es probablemente «real» y, además, expresa una configuración de la ciencia jurídica no muy lejana de la que se va imponiendo en las «ciencias» por antonomasia[563].

2. De conformidad con el esquema de que nos hemos servido hasta aquí, debe afirmarse con rotundidad, pues, que los enunciados dogmáticos, predominantemente valorativos, no son susceptibles de una contrastación empírica: no son, pues, verificables[564]. Sabemos, por el contrario, positivamente que, al menos hasta el momento actual, no se han podido alcanzar expresiones seguras acerca de contenidos jurídicos concretos[565]. Excluida, por su parte, la posibilidad de una contrastación empírica, tampoco cabe hablar de un control lógico[566]. En efecto, en principio, desde luego, un control lógico sería insuficiente, en la medida en que los juicios dogmáticos no son analíticos, sino sintéticos. Sin embargo, a esto hay que añadir, además, que muchas argumentaciones jurídicas no pueden estimarse como «lógicas» en sentido estricto, y que incluso, en algunos casos, el razonamiento dogmático al uso puede llegar a violar las reglas de la lógica formal; un aspecto, éste último, que resulta intolerable y debería ser rectificado. De ello, sin embargo, nos ocuparemos más adelante.

3. Lo anterior debe conducir a conformarse con formas más modestas de control que las representadas por la verificación empírica y el control lógico-formal. Ello lo advierte atinadamente Armin KAUFMANN, cuando propone que el cultivador de la ciencia del Derecho, en tanto en cuanto se ocupe de cuestiones axiológicas, se conforme con un método argumentativo más adecuado a su propia

---

[562] Cfr. MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 23, y nota 33, con referencia a Alexy.

[563] Ello permitiría seguir hablando de ciencia a propósito de la dogmática. Como señala MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 22, tal calificación sólo es conveniente «si resulta posible justificar que la Dogmática, aun distinta a la 'Ciencia' positivista, constituye una disciplina que merece dicho nombre por sus analogías con a Ciencia positivista». Sobre estas analogías, EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 122, 138-139.

[564] Ello, a estas alturas, debe resultar evidente. Cfr. claramente en este sentido EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 127-128; Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 73. También, por ejemplo, MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 16. Debe, sin embargo, insistirse en que, en realidad, tampoco puede hablarse de 'Verificación' en sentido estricto a propósito de las leyes naturales que se formulan en las ciencias de la naturaleza.

[565] Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 14, donde señala el hecho cierto de que hasta ahora no se ha conseguido determinar con una certidumbre que superara toda crítica cómo debe ordenarse de modo correcto y necesario una determinada situación de la convivencia humana. A lo sumo,podrá haberse obtenido luz en cuanto a ciertos principios generales; pero no en cuanto a las conclusiones.

[566] Cfr. por ejemplo MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 15.

ciencia, que, en lugar de aspirar a una estricta contrastación, mantenga tan sólo un principio de «plausibilidad»[567].

> Naturalmente, ello implica dos cosas: Por un lado, la posibilidad de afirmar que también en el ámbito de lo normativo hay criterios que permiten hablar de un «conocimiento»; por otro lado, la renuncia, de antemano, a la posibilidad de afirmar la veracidad objetiva estricta de buena parte de las proposiciones dogmáticas: según el planteamiento aquí sostenido, todas aquéllas que no expresan análisis lógicos de estructuras conceptuales, ni constituyen enunciados interpretativos o consecutivos en el sentido neopositivista, antes explicado. En una línea próxima MIR PUIG: «...las proposiciones dogmáticas que no sean meramente descriptivas de textos legales o de sus consecuencias lógicas, no son 'verdaderas' ni 'falsas' con relación a algo objetivo, independiente de la racionalidad del sujeto que las formula»[568].

Esta premisa relativista y —si se me permite la expresión— modesta en cuanto a su cientificidad marca, según entiendo, la dirección correcta hacia un planteamiento realista de la «controlabilidad racional» de los enunciados dogmáticos[569]. Sin embargo, en ella podría introducirse una cierta matización, en modo alguno irrelevante. En efecto, estimo posible afirmar, en primer lugar, que los enunciados de la ciencia del derecho, si bien no pueden ser «verificados», sí pueden ser descartados o, en la terminología científica, «falsados»[570]. Ello significa que pueden ser rechazados como pretendida expresión del «Derecho correcto» para una determinada estructura dogmática o un cierto grupo de casos problemáticos[571]. No «vale todo», no todo se sostiene, sino que concepciones que en su día gozaron de acogida generalizada han sido superadas al mostrarse su incorrección. De hecho, la evolución de la dogmática sigue, de algún modo, este método de la «falsación»: quizá no estamos en condiciones de realizar una

---

[567] Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 16, nota 3. Cfr. también PATZIG, en *Hechos, normas, proposiciones*, p. 62; Arthur KAUFMANN, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München 1989, p. 6. En España, MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 23; LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 531, acogiendo la expresión de Pattaro de «certeza no positivista»; CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 104, 108. Como señala PROTT, *Tammelo-GS*, p. 310, recogiendo una amplia tradición de pensamiento en el ámbito de la teoría del Derecho, «el control del razonamiento acerca de lo bueno, lo permisible, lo apropiado, o posible, no puede tener lugar mediante los baremos de la lógica rigurosa, sino a través de la aceptabilidad o plausibilidad de los argumentos que lo justifiquen».

[568] MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 25: «corrección subjetiva».

[569] Sobre lo ineludible del relativismo a la hora de fundamentar los juicios de valor, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 21, donde, con todo, subraya que la tarea de todo jurista es hacer esta relatividad lo menor posible. En España, por ejemplo, CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 111-112.

[570] Cfr. en este sentido EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 130 y ss, 133,134; Arthur KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 16 nota 3; Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 73: «...ist es in weitem Umfang möglich, bestimmte Aussagen zu falsifizieren» lo que denomina principio de «philosophia negativa»; Arthur KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 2-3.

[571] Cfr. PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 71 n.º marg. 139, indicando que en la ciencia jurídica de lo que se trata es de distinguir las soluciones «sostenibles» de las «no-sostenibles» debiendo sentarse claramente el ámbito de lo «insostenible».

opción segura entre los modelos alternativos que se nos ofrecen en el presente, pero sí podemos afirmar que algunos modelos pasados son incorrectos. Un ejemplo especialmente claro de ello es el constituido por la «concepción psicológica de la culpabilidad» cuya no acogida del universo de cuestiones de la exigibilidad o de la culpa inconsciente la hacía impracticable como modelo.

4. En cualquier caso, que los enunciados dogmáticos puedan ser «falsados» no significa que la dogmática, y la ciencia del derecho en general, pueda ceñirse exclusivamente a este principio de «filosofía negativa» de determinación de lo «incorrecto». Además, es obvio que, como disciplina práctica, necesariamente ha de ocuparse de «fundamentar», esto es, de «argumentar positivamente» la corrección de las propias propuestas de solución[572]. Esta argumentación, por su parte, no puede tener otra finalidad que la de alcanzar para tales propuestas una vigencia intersubjetiva[573], es decir, obtener un consenso en la generalidad de miembros de la comunidad científica: hacer «intersubjetivo» lo que nació como «subjetivo-valorativo»[574].

> Adviértase que ello supone decididamente la renuncia a sentar criterios de corrección ontológica, manteniéndonos, pues, cerca de la idea del único «indicio verificable de lo que en sociedad se tiene por correcto»[575].

5. Lo anterior plantea la delicada cuestión relativa al «consenso», ya sea como criterio de verdad, ya como criterio de justicia[576], ya, en lo que aquí interesa, como criterio de corrección de los enunciados dogmáticos.

> Por aproximarnos al tema en palabras de MIR PUIG: «Quien sostiene que una proposición dogmática es correcta, sólo puede hacerlo en el sentido de que se adecúa a su racionalidad y a la de las personas que comparten dicha racionalidad, esto es: en cuanto se ajusta a la forma de pensar de determinados sujetos racionales —no a la de todo sujeto racional—. La corrección dogmática se halla, pues, en función de una determinada «racionalidad». Si, pese a ello, es posible el «control de su diálogo racional» es porque en cada ámbito histórico-cultural la mayoría de las personas poseen una racionalidad muy parecida. Esto permite que las proposiciones dogmáticas —como todo discurso argumental— puedan alcanzar un consenso intersubjetivo»[577].

---

[572] Arthur KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 3.

[573] Arthur KAUFMANN, *Coing-FS*, p. 543.

[574] Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 71-72; en este sentido también DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3* (1989), p. 56; CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 102, 104-105.

[575] GARCÍA AMADO, AFD nueva época, 1986, p. 172.

[576] Cfr. al respecto ZIPPELIUS, *H.J. Bruns-FS*, p. 4 y ss.

[577] MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 25: obsérvese el tema también en LAMARCA PÉREZ, CPC 1987, p. 531 : «La certeza no positivista se explica por el hecho de que los juristas comparten una determinada cultura jurídica, ya que son miembros de la misma comunidad lingüísticojurídica y aunque polemicen acerca del significado de las leyes, también es frecuente que alcancen una *communis opinio*, criterios comunes de valoración, etc». Sobre la «temporalidad» del consenso, CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 105.

El tema ha sido objeto de una intensísima discusión, básicamente filosófica, a partir de las fundamentales aportaciones de HABERMAS y su «teoría del discurso racional» y de RAWLS y su «modelo del contrato»[578]; sería, por tanto, ilusorio pretender siquiera una aproximación científicamente honesta al problema en el espacio que debemos asignar a esta cuestión. Con todo, sí será preciso exponer ahora en qué forma entiendo la posible incidencia del «consenso» sobre la racionalidad y corrección de los enunciados dogmáticos. Lo decisivo para afirmar la defendibilidad de una postura dogmática no creo que sea el factor, en buena medida dependiente del azar o de las relaciones de poder, de la obtención efectiva de un consenso significativo[579]. La cuestión decisiva no es, por tanto, el consenso en sí, sino cómo se llega a él[580]. Compartiendo este punto de vista, algunos sectores, y muy significativamente el propio HABERMAS, han tratado de matizar la alusión al consenso, indicando que éste sólo es válido como criterio de verdad o corrección si se obtiene en el marco de un proceso discursivo de determinadas características *formales:* las condiciones de una «ideale Sprechsituation» —situación ideal de comunicación lingüística— (igualdad de oportunidades para todos los intervinientes, libertad de expresión, ausencia de privilegios, lealtad, ausencia de coacción)[581]. Sin embargo, aun esto no deja de ser más que una corrección formal, que no indica nada acerca del contenido de los enunciados de cuya corrección se trata[582]. Dicho de otro modo, de las condiciones formales

---

[578] De entre las obras de HABERMAS pueden citarse *Erkenntnis und Interesse*, 1968; *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981; *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983; *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984. Respecto a RAWLS, su obra «*A theory of justice*» (1971): cfr. la referencia a todo ello de ALEXY, *Teoría*, p. 111 y ss.; Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, p. 29;* EL MISMO, *Prozedurale Theorien*, p. 11 y ss. Sobre la obra de Rawls, por lo demás, puede consultarse el trabajo de AGRA ROMERO, *J. Rawls: El sentido de justicia en una sociedad democrática*, Santiago de Compostela 1985.

[579] Así también AARNIO en Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, p. 79 : «It is (...) very easy to construct examples in which the actual acceptance has been reached using merely manipulative or persuasive —even compulsory— means. In the extreme, this kind of interpretation is nothing else than a way to use power». Creo por ello que, en este punto, asiste la razón a RODRÍGUEZ PANIAGUA cuando, en tono crítico, señala: «...del principio, fundamental en la democracia, de que las decisiones se toman por mayoría, se deduce que éste es también un buen procedimiento para el conocimiento de la verdad. Y como en cuestiones de conocimiento las mayorías pueden ser tanto más amplias cuanto más elementales y superficiales sean las razones que llevan al convencimiento o a la adhesión, el influjo (incorrecto) de la democracia (política) en este campo se traduce en una rebaja del nivel de conocimiento en las materias sometidas a ese influjo. Frente a este rebajamiento, es preciso llamar la atención sobre el papel de las minorías, sobre todo en tareas de conocimiento, en las que la selección y diferenciación, incluso individual, por individuos, es indispensable» [en *Prólogo* (p. 11-12) a la obra de Sánchez Cámara, *La teoría de la minoría selecta en el pensamiento de Ortega y Gasset*, Madrid 1986].

[580] Así, Arthur KAUFMANN, *Gedächtnischrift für Armin KAUFMANN*, p. 8. Cfr. en España CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 106-107.

[581] HABERMAS, *Vorstudien*, p. 160, 174 y ss. [citado por Arthur KAUFMANN, Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, p. 8-9]. Cfr. también ALEXY, *Teoría*, p. 126 y ss; Arthur KAUFMANN, *Prozedurale Theorien*, p. 16 y ss.

[582] Cfr. la crítica de Arthur KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 9 y 10; EL MISMO, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 22-23, 30-31, y, sobre todo, 32 y ss.

no se obtiene, a mi juicio, la corrección material. De las «formas» por sí solas, no cabe obtener «contenidos» sino que éstos inevitablemente han de tener una base asimismo material[583]. De ahí que parezca preciso, sin olvidar que el referido aspecto formal es condición necesaria de la obtención de un consenso válido[584], valorar qué elementos han de complementarlo para conformar la base suficiente de ese «consenso-criterio de corrección dogmática»[585]. A mi juicio, tal aspecto de contenido debe venir dado por los argumentos, de diversa naturaleza, que apoyan una proposición dogmática como *hipótesis*[586], en principio, acerca del *Derecho correcto* para una determinada estructura problemática. Mas, con ello, el logro efectivo del consenso queda en un segundo plano. Lo decisivo es, pues, el hecho de que una tesis (dogmática, en nuestro caso) disponga del arsenal argumentativo que determina que la misma pueda tener una «aspiración objetiva» a la obtención del consenso.

> Ello obliga a relativizar el valor de la apelación a la «doctrina dominante», que podría verse como expresión de un consenso ya alcanzado. En efecto, lo decisivo no es el consenso como mera coincidencia fáctica de puntos de vista (que, como se ha señalado, puede haberse producido de las formas más diversas- y más irracionales) sino el consenso auténticamente fundado —esto es, en definitiva, ante todo las razones y las valoraciones que se hallan detrás de las opiniones. Ello significa, obviamente, que la doctrina dominante (expresión del consenso fáctico) puede no reflejar un consenso fundado y, viceversa, tesis que no son dominantes pueden poseer el conjunto de razones que fundamentarían objetivamente su aspiración a alcanzar el consenso[587]. De todos modos, hay una razón psico-sociológica que explica la dificultad en conmover una opinión dominante: la adhesión garantiza seguridad y no tener que asumir la carga y el

[583] Arthur KAUFMANN, *Prozedurale Theorien*, p. 15, 19, 20-21, 30.

[584] Sobre el valor heurístico de las teorías procedimentales (formales) de la verdad o de la corrección, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 32, indicando que, en el ámbito de lo normativo, la verdad o corrección, si bien no surgen sólo mediante el procedimiento, sí surgen, desde luego, en el seno de un procedimiento (formal). Cfr. asimismo Arthur KAUFMANN, *Prozedurale Theorien*, p. 20-21, 30.

[585] Sobre la necesidad de que el consenso (o la capacidad de obtener consenso) deban estar fundamentadas cualitativamente, y no sólo aseguradas formalmente, Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 22. También, si le entiendo correctamente, AARNIO, en Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, p. 80-81, que exige, junto al respeto a las reglas lógicas de inferencia y a las reglas del discurso racional, el seguimiento de ciertos criterios de corrección material en el sentido de aceptabilidad sustancial en la comunidad jurídica en cuestión.

[586] Cfr. ALEXY, *Teoría*, p. 254, citando a Esser quien, a su vez, se apoya en Popper; EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 9: enunciados dogmáticos como hipótesis en busca de su aceptabilidad. En España, MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 25-26: «...La opinión de cada jurista podría verse como una hipótesis acerca de la racionalidad de una determinada solución dogmática, hipótesis que se iría comprobando a través del control intersubjetivo representado por un diálogo racional con los demás juristas (como miembros de la comunidad científica respectiva)».

[587] En sentido similar, DROSDECK, *Die herrschende Meinung —Autorität als Rechtsquelle-Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, Berlín 1989, passim, en especial p. 131 y ss., 132, 133, descalificando el recurso a la «doctrina dominante» desde la perspectiva del discurso racional.

> riesgo de una argumentación personal; la discrepancia, en cambio, conlleva el riesgo argumentativo de atacar algo perfectamente firme[588].

Hemos señalado, pues, que lo decisivo en una tesis es el conjunto de argumentos que la sustentan. Sin embargo, tampoco puede dejar de tenerse presente que los argumentos, a su vez, muestran una faceta formal (procedimental)[589] y una faceta material. Ello, como se verá, resulta ser de la mayor importancia.

> Como señala GARCÍA AMADO, «...racional es aquella decisión que tendencialmente se orienta al consenso. Se piensa que no todo acuerdo sirve de pauta de lo correcto, pues cabe el consenso manipulado o circunstanciales acuerdos respecto de injusticias evidentes. De ahí que 'el acuerdo debe hacerse depender de algo'. Se tratará de delimitar las condiciones que el proceso discursivo ha de cumplir para que el consenso pueda ser tenido por racional. 'Cuando al término de un discurso se da un consenso, éste sólo puede ser valorado como criterio de corrección si las argumentaciones en el discurso fueron racionales'. Y esto sólo se puede establecer en el marco de una 'doctrina prescriptiva de la argumentación'»[590].

En este punto, parece obvio que la discusión se desplaza necesariamente a la determinación de cuáles han de ser esas bases argumentativas, cuya posesión garantiza que una propuesta doctrinal pueda aspirar al consenso[591].

> Al incidir en esto, no pretendo ignorar que, en realidad, la actividad dogmática tiene lugar muchas veces por cauces puramente intuitivos y que, incluso en los casos en que una tesis aparece suficientemente argumentada, tal argumentación a menudo expresa un mero «contexto de justificación» y no el «contexto de descubrimiento» (por emplear la terminología de la teoría de la ciencia) de la correspondiente tesis[592]. A lo que aquí se alude no es, pues, al «ser» de a actividad dogmática, sino a su «deber ser».

---

[588] Así también DROSDECK, *Die herrschende Meinung*, p. 135.

[589] Del aspecto formal se ocupa básicamente la ejemplar teorización de ALEXY. Cfr. esta declaración de principios en ALEXY, *Teoría*, p. 37: «...las reglas del discurso práctico racional no prescriben de qué premisas han de partir los participantes en el discurso (...). Las reglas del discurso indican cómo puede llegarse a enunciados normativos fundamentados a partir de este punto de partida, pero sin determinar completamente cada paso para ello».

[590] GARCÍA AMADO, AFD nueva época, III, 1986, p. 172-173, donde añade: «Tal doctrina es la que, por ejemplo, desarrolla Alexy de modo prototípico y aún no superado. Pero se trata de una teoría procedimental de la argumentación jurídica, en la que el consenso sólo es racional cuando es la culminación de una argumentación racional, y la racionalidad de la argumentación viene dada por la satisfacción de ciertas condiciones ideales que hacen posible tal consenso. Desde el momento que se reconoce que el conjunto que componen esas condiciones es un cuadro ideal que nunca va a ser plenamente realizado en la práctica, el consenso pertectamente racional que se toma como referencia es un consenso 'ficticio', y los consensos reales que puedan acontecer no serán racionales, sino de modo aproximativo. Siempre quedará abierta la cuestión de a partir de qué momento un tal consenso imperfecto en cuanto a su racionalidad sirve efectivamente como pauta suficiente para poder decir que decisión es correcta».

[591] De «aptitud para provocar el consenso» habla GARCÍA AMADO, AFD nueva época, III, 1986, p. 163.

[592] Cfr. al respecto GARCÍA AMADO, AFD nueva época, 1986, p. 165: «Con frecuencia se dice que la justificación de las decisiones no es sino el intento de legitimar a posteriori lo que no es sino una opción

6. El esquema argumentativo cuyo seguimiento determina que una proposición dogmática pueda aspirar al consenso y, por tanto, pueda estimarse «plausible» es, naturalmente, complejo. No se da aquí, en efecto, el carácter lineal de la verificación empírica o de la contrastación lógica. Por otro lado, ya se han expuesto como superadas las tesis relativas a una deducción de las proposiciones dogmáticas a partir de la ley o de las estructuras lógico-objetivas. Respecto a dicho esquema, no es posible ignorar que su determinación, en la medida en que no se produce a través de descripciones, sino de enunciados normativos (teoría prescriptiva de la argumentación) tampoco escapa al «consenso» como criterio de corrección. Así pues, cuáles hayan de ser los argumentos admitidos, resulta ser también una cuestión dependiente de la «capacidad objetiva de aspirar» a un consenso intersubjetivo que tenga cada hipótesis sobre el particular. En definitiva, la propuesta de un esquema argumentativo para la dogmática jurídico-penal debe verse, al igual que cualquier teoría de la argumentación, como una hipótesis subjetivo-valorativa acerca de la «argumentación jurídico-penal correcta» que, como tal, pretende alcanzar consenso intersubjetivo. Ello significa que tal opción por una determinada propuesta argumentativa debería, a su vez, ser argumentada, y así sucesivamente, hasta alcanzar el presupuesto básico relativo a que «las posiciones subjetivas han de ser argumentadas para posibilitar su control» que debe entenderse compartido de modo general en una comunidad asentada sobre principios racionales.

7. Una característica esencial de la concepción aquí sostenida sobre el proceso complejo de argumentación de que ha de servirse la dogmática penal es que la misma permite varias construcciones teóricas posibles, todas ellas racionales y, por tanto, con pretensión objetiva de alcanzar un consenso intersubjetivo[593]. Ello es debido fundamentalmente a la relativa amplitud de los marcos (jurídico-positivo: constitucional, legal; semántico; ontológico; socio-cultural), que permiten la inclusión en su seno de diferentes opciones teóricas. Tales marcos, pues, tienen cabida para diferentes concepciones filosófico-jurídicas que, en la medida

---

arbitraria o puramente subjetiva, guiada por condicionamientos ideológicos, sociales, etc., del que decide. Es así como se distingue entre el proceso intelectual real que lleva a la decisión y la fundamentación argumentativa que de la misma se da con la pretensión de lograr un cierto asentimiento de los interlocutores o del medio social, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación de la decisión jurídica».

[593] Cfr. Arthur KAUFMANN, *Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN*, p. 13, donde pone de relieve que todo jurista está habituado a la existencia de varias soluciones defendibles en relación con muchas cuestiones jurídicas, concuyendo con la significativa frase de que «das eine und allein richtige Recht werden wir Juristen niemals finden»; también el propio Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 25; EL MISMO, *Prozedurale Theorien*, p. 6; CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 64-65. Sobre la posibilidad de varias «decisiones racionales» cfr. asimismo ALEXY, *Teoría*, p. 37; GARCÍA AMADO, AFD nueva época, 1986, p. 179-180, con referencia directa a Alexy. Ello, con independencia de que, además, la racionalidad siempre vaya referida a un contexto histórico y social determinado, pudiendo variar al cambiar éstos (p. 181). A esto último se refiere el principio de falibilidad, a cuya mención por Arthur KAUFMANN antes aludíamos.

en que puedan encuadrarse también en el marco argumentativo-formal[594], poseen la «aspiración objetiva al consenso» que hemos mostrado como criterio de corrección.

8. En lo que sigue nos vamos a ocupar, precisamente, de hacer referencia sucinta a algunas características del «marco argumentativo» con especial referencia a su posible configuración en la dogmática jurídica penal. Nos proponemos ofrecer algunas pinceladas acerca de los elementos que *deben*[595] integrar una argumentación dogmática correcta en Derecho penal. En efecto, dado que la racionalidad de la decisión jurídica se la proporcionan básicamente las razones o argumentos que la apoyan, más que la mera obtención fáctica de consenso sobre la misma, se trata de fijar de modo claro las reglas y principios que deben respetarse en la construcción de las diversas cadenas argumentales. La finalidad de todo ello sería la obtención de enunciados dogmáticos «*materialmente* correctos» (en orden a las metas o fines que el dogmático asigne a la construcción de que se trate en el marco del sistema general del Derecho penal). Ello exige el respeto a las reglas generales de toda argumentación jurídica, esto es, el uso de las formas de argumento y de las diferentes reglas propias de éste[596]. Dado que unas y otras revisten un carácter básicamente formal, conviene no olvidar tampoco la faceta material de la argumentación[597], que constituye una evidente garantía de la obtención de resultados correctos. El respeto a las reglas formales de la argumentación, que es condición necesaria de la obtención de resultados correctos, no es, en cambio, condición suficiente de la misma. Todo ello, por lo demás, pone de relieve el trascendente significado que adquiere el momento de fijación de las premisas argumentales (auténticas precomprensiones) en orden a las propias conclusiones del discurso dogmático. Ellas atribuyen coloración, sentido, a las «fórmulas vacías» que, en principio, son los argumentos en sí mismos considerados.

9. Tales argumentos, como ya antes se ha indicado, son múltiples, conformando un esquema complejo[598]. En cualquier caso, sin embargo, debe ponerse de relieve la peculiaridad de la argumentación dogmática frente a la argumentación jurídica general, al tener lugar en el seno de un *sistema de conceptos,* que pasa

---

[594] Cfr. García Amado, AFD nueva época, 1986, p. 180, indicando que las reglas argumentativas establecen un marco, que excluye aquellas soluciones que, en virtud de defectos argumentativos, no pueden tenerse por racionales, pero, por otro lado, permite, en su seno, «respuestas diferentes».

[595] Es decir, que aquí se harán consideraciones prescriptivas, acerca de cómo debería construirse una argumentación «correcta» desde un punto de vista naturalmente subjetivo-valorativo, como ya se ha venido indicando. Cfr. al respecto García Amado, AFD nueva época, 1986, p. 165.

[596] Cfr. Alexy, *Teoría,* p. 223 y ss.

[597] A resaltar el aspecto material de la argumentación, como necesidad ineludible si se desea alcanzar, además de un consenso formalmente correcto, la corrección, justicia material de algo, se dedica la segunda parte de la obra de Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit.* Cfr. p. 31, 36 y ss.

[598] Cfr. en Alexy, *Teoría,* p. 213 y ss., la distinción entre la «justificación interna», dedicada a la derivación de un enunciado concreto a partir de ciertas premisas, y la «justificación externa» (p. 222 y ss.), dedicada a fundamentar la corrección de tales premisas.

a constituir un factor decisivo de control[599]. La aparición del *sistema* como elemento decisivo en el esquema de la argumentación dogmática obliga a distinguir diversos niveles, en los cuales ésta, naturalmente, debe adoptar una configuración sustancialmente diferente. A mi entender, la distinción se produce básicamente entre la *argumentación en la construcción del sistema* y la *argumentación en el seno de un sistema ya constituido.* Así, un *primer nivel* viene dado por la argumentación de la *selección de las premisas valorativas* que sirven de fundamento al sistema (primera fase) y la argumentación de la *construcción —y atribución de contenido— a partir de aquéllas, a las categorías básicas* de dicho sistema[600].

Entran en este ámbito[601], por ejemplo, las discusiones acerca de si el sistema dogmático de la teoría del delito ha de elaborarse a partir de los fines del Derecho penal o de otros valores sin tal connotación teleológica; dentro de la primera opción, la discusión acerca de si por fines del Derecho penal debe entenderse básicamente los fines de la pena, los de las normas primarias y secundarias, o bien un complejo de fines del Derecho penal entendido de modo diferente; además, la determinación de qué contenido se asigna a tales fines; y, en suma, en el caso de que sean diversos y se hallen en conflicto, cómo debe hallarse la síntesis que habrá de servir de criterio de referencia. En definitiva, podría decirse que aquí subyace el modelo de Estado del que se parta y la forma en que se entienda su proyección sobre el Derecho penal. Sólo desde esta perspectiva material fundamental, que presidirá toda la construcción, podrá juzgarse la corrección material de las proposiciones, cada vez más concretas, que sucesivamente se formulen[602]. Asimismo, incide aquí la discusión acerca de la distinción de unas y otras categorías sistemáticas (distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, entre justificación y exculpación), así como sobre el concreto contenido asignado a tales categorías (por ejemplo, la cuestión del contenido de la antijuridicidad o de la culpabilidad). El *segundo nivel,* todavía referido a la construcción del sistema, se refiere a la argumentación de la *elaboración de conceptos y categorías de abstracción media:* el dolo el error, la autoría y participación, etc. Finalmente, en un *tercer nivel,* podría ubicarse la argumentación en el seno de un sistema dogmático ya constituido, dirigida a *fundamentar la adopción de soluciones en relación con conceptos y estructuras problemáticas,* pero ya en el marco proporcionado por las categorías básicas y secundarias antes referidas.

---

[599] Cfr. al respecto CANARIS, *Systemdenken,* 2.ª ed., p. 86 y ss.; ALEXY, *Teoría,* p. 243 y ss, 251 y ss, 254.

[600] Este proceso de determinación de las premisas vendría a corresponderse con lo que en la moderna teoría del Derecho se denomina «justificación externa» de las decisiones últimas. Una vez sentadas aquéllas bastará que el resto de los enunciados se atengan a las reglas de la «justificación interna». cfr. por ejemplo AARNIO, en Nerhot (ed.) *Law, Interpretation and Reality,* p. 74, 76, 78.

[601] Descartada la posibilidad de construir el sistema a partir tan sólo de la ley o de las estructuras lógico-objetivas.

[602] Sobre la ya aludida necesidad de partir de premisas materiales concretas para obtener contenidos materiales, cfr. Arthur KAUFMANN, *Prozedurale Theorien,* p. 15, aludiendo al modelo de Rawls.

10. Como se ha apuntado, la argumentación adquiere tintes distintos en cada uno de los niveles. Así, en el primer nivel es puramente —o, en todo caso, muy preferentemente— axiológica. En cambio, en el nivel segundo y sobre todo, en el tercero, adquieren una significación cada vez mayor otros argumentos: los referidos a los resultados del análisis del marco lingüístico representado por los preceptos legales (gramatical, semántico, etc.)[603]; los argumentos de coherencia interna del sistema dogmático[604] y referidos a las consecuencias intrasistemáticas de un determinado planteamiento[605]; los referidos al análisis lógico de las estructuras problemáticas; el argumento semántico relativo al uso normal del lenguaje; etc. A continuación desarrollaremos algo esta idea.

11. En el primer nivel, y, concretamente, a la hora de elegir las premisas valorativas que le sirven de base para la construcción del sistema, el jurista dogmático opera en un marco sin controles excesivamente rígidos. Existe una amplia libertad, por mucho que tal elección deba mostrarse «conforme con la Constitución»[606], no contrapuesta a las investigaciones empíricas, asentada en una ontología «vigente»[607] y fundamentada sobre una argumentación axiológica

---

[603] Sobre este aspecto se proyectaría buena parte de la discusión tradicional sobre los llamados «cánones de la interpretación» (gramatical, histórico, lógico-sistemático, teleológico) de los preceptos jurídicos: cfr. ALEXY, *Teoría*, p. 225 y ss; ZIPPELIUS, *Larenz-FS*, p. 739 y ss, 747-748. En España, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 269 y ss. Propugnando una revitalización de la perspectiva histórica, CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 66 y ss, 77 y ss., 91-92. Sobre el rango entre los criterios interpretativos, ZIPPELIUS, *Larenz-FS*, p. 747-748, señalando que no hay un orden claro, pero dando prioridad al tenor literal y a la decisón política del legislador; CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 92-93. A mi juicio, los criterios interpretativos de los preceptos legales tienen menor interés, excepto en lo relativo al campo semántico, en la construcción dogmática de la teoría del delito, ganando significado en la dogmática de los tipos de la Parte Especial.

[604] Este argumento sistemático, que toma como referencia la coherencia del sistema dogmático, no debe confundirse con la interpretación sistemática de un precepto o de un término del mismo, cuya referencia es el sistema legal. El primero es el propio de la construcción dogmática de la teoría del delito; el segundo, en cambio, de la dogmática de los tipos de la Parte Especial.

[605] Tampoco debe confundirse este argumento teleológico, en el que lo decisivo es la teleología del sistema dogmático, con el criterio teleológico de interpretación que, apoyado en la noción de «fin (objetivo) de protección» es decisivo en la dogmática de los tipos de la Parte Especial. Cfr. CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 93, a pesa de que, como se ha dicho, su «leit motiv» es una rehabilitación de la interpretación histórica y de la noción de «voluntas legislatoris».

[606] Sobre el «programa penal de la Constitución», cfr. ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 101 y ss, donde lo define como «el conjunto de postulados políticocriminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar» (a lo que aquí habrá que añadir: y el marco en el cual el dogmático debe realizar las opciones valorativas que constituyen las premisas básicas de su sistema).

[607] Ya he señalado en repetidas ocasiones —sobre todo en crítica a la metodología del finalismo— que, según entiendo, los enunciados dogmáticos no se deducen de una concepción ontológica determinada. Sin embargo, también he resaltado que la esfera ontológica dispone un marco —relativamente amplio— en el que deben moverse las construcciones dogmáticas. La referencia ontológica es, pues, probablemente ineludible en la dogmática, si ésta pretende ser «conforme con la realidad». Consideraciones no muy lejanas —según creo— realiza Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, p. 20. Ello le hace (p. 38) suscribir la frase de NAUCKE «Konsens als Quelle richtigen Rechts; richtiges Recht als Grenze des Konsenses» (consenso como fuente del Derecho correcto; Derecho correcto como límite del

coherente[608]. Así, por ejemplo, cabe tomar como punto de partida del sistema determinados valores sin referencia político-criminal directa (valores absolutos) o bien adoptar como referencia básica del sistema consideraciones político-criminales relativas a los fines del Derecho penal[609], por estimar que las categorías del sistema dogmático del delito constituyen un instrumento, un medio —uno de los fundamentales— para la realización de tales fines. Aquí, como más arriba se argumentó, se ha optado por esta última vía, que tratará de desarrollarse en los dos próximos capítulos[610]. La amplia libertad a que nos referíamos más arriba explica, probablemente, en buena medida, la diversidad de teorías del delito existentes y las dificultades de obtener un consenso global sobre los enunciados integrantes del sistema dogmático. Un consenso para el que es condición necesaria (no, sin embargo, suficiente) que se compartan las premisas valorativas fundamentales. Por su parte, el tránsito de las premisas valorativas a los enunciados acerca de las categorías y su contenido se producirá, más que en términos de una pura «deducción lógica»[611], en términos de lo que podría denominarse «derivación razonable»[612]. Probablemente, buena parte de las incógnitas que plantea la forma de operar de la dogmática se resolverían mediante una aclaración

---

consenso). En efecto, ésta, si la interpreto bien, vendría a poner de relieve la existencia de un marco ontológico, cuyo desbordamiento incapacitaría al consenso para la obtención de lo correcto. A juicio de Arthur KAUFMANN (p. 40-41), la base ontológica fundamental de todo discurso filosófico-jurídico (como es, en definitiva, el discurso en tomo a las premisas valorativas de la construcción del sistema dogmático) es la idea de persona, como complejo de relaciones con otros hombres o con las cosas. Lo que legitima al Derecho es, pues, la garantía de los derechos fundamentales y los derechos humanos. Todo lo cual debe entenderse, sin embargo, en un contexto histórico, marcado por la herencia de la tradición y la cultura de una determinada comunidad. A estas ideas ya hicimos referencia *supra* en el texto.

[608] Sobre la relación de los argumentos racionales de la ciencia jurídica con premisas asentadas en un determinado entorno socio-cultural, cfr. MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 21 : se basan en «valoraciones y principios socialmente existentes» (23-24), por lo que tales argumentos están sometidos a un control factual.

[609] Pese a plantear esta distinción, soy de la opinión de que cabe que las diferencias entre una y otra opción no sean excesivamente grandes. Ello, de modo claro si los fines del Derecho penal se conciben en términos absolutos (de realización de la justicia). Sin embargo, incluso en los casos de fundamentación utilitarista (preventiva) del Derecho penal, cabe que las diferencias entre ambas posibilidades de construcción sistemática no sean radicales, en la medida en que son pocos los que hoy sostienen una fundamentación puramente preventivista del Derecho penal, mientras que los más introducen criterios valorativos absolutos (principios), a modo de límite o incluso de cofundamento (en relación dialéctica con la idea preventiva) junto a tales consideraciones preventivas. Un ejemplo de tal aproximación lo constituye, a mi juicio, la tesis sostenida por NINO, *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*, Doctrina penal enero/marzo 1989, pp. 29-48. En este trabajo, el autor argentino trata de mostrar cómo los principios básicos para asignar responsabilidad penal derivan de los principios que generan Derechos humanos fundamentales (p. 29), pero en él tampoco están excluidas consideraciones utilitaristas de «daño o perjuicio social innecesario» (vid, por ejemplo, p. 38-39 sobre la justificación).

[610] El relativo a los fines del Derecho penal y el relativo a la construcción de la teoría del delito.

[611] Vid. no obstante ALEXY, Teoría, p. 214 y ss.

[612] Por eso tengo serias reservas frente a la expresión «*deduktiv vollständige Begründung*» (fundamentación deductivamente completa) de la que se sirve EIKE VON SAVIGNY, en *Juristische Dogmatik*, p. 105, 106, 120, etc.

convincente de en qué consiste esa «derivación razonable». Ello resulta, sin duda, difícil.

Con todo, no creo demasiado aventurado afirmar que tal derivación es fundamentalmente *axiológica* y tiene como referencia la afirmación de la *compatibilidad de los enunciados correspondientes con las valoraciones establecidas inicialmente*. Más aún, podría incluso afirmarse la naturaleza teleológica de tal proceder. Así, por ejemplo, en un sistema orientado a los fines del Derecho penal, sería decisiva la argumentación de que *una determinada configuración de las categorías constituye el medio más adecuado para la consecución de los fines asignados al Derecho penal y que constituyen el fundamento legitimador del mismo*. Pero otro tanto podría afirmarse para concepciones valorativas, no teleológicas, del sistema: la derivación razonable podría consistir aquí en mostrar que una determinada atribución de contenido a las categorías constituye el mejor medio de realizar los valores que constituyen las premisas básicas del sistema.

> De todos modos, sería ilusorio pretender describir aquí de modo completo el complejo fenómeno constituido por tal «derivación razonable», en virtud de la cual el dogmático pasa de las premisas valorativas del sistema a los enunciados de primer nivel, de éstos a los de segundo nivel y, finalmente, a los de tercer nivel. Aquí entran, sin duda, además de las referidas consideraciones teleológico-valorativas, argumentos de lógica formal y, asimismo, no en último lugar, argumentos de la tradición jurídica (la llamada lógica jurídica[613]), junto a principios culturales compartidos de modo más o menos general. Y, probablemente, todavía otros elementos.

12. En la derivación de los enunciados sobre los conceptos y categorías de nivel inferior a partir de enunciados sobre las categorías básicas es, nuevamente, decisiva tal «derivación razonable». Ello, ciertamente, no significa que en el ámbito dogmático no tengan lugar procesos de auténtica «deducción lógica»[614]. Al contrario, y pese a que resulta evidente que con el solo recurso a la lógica formal es imposible resolver los complejos problemas jurídicos[615], estimo que la argumentación dogmática no puede tener lugar en contradicción con las reglas de la lógica, aun cuando, lamentablemente, tal vulneración tenga lugar de modo no infrecuente[616]. La lógica formal mantiene, pues, un importante valor instru-

---

[613] Sobre los argumentos de «lógica jurídica»: el argumento analógico, argumento a contrario, argumento «a maiore ad minus», argumento «a fortiori», argumento «ad absurdum», JESCHECK, *Tratado*, p. 205-206.

[614] Reconociendo la presencia de auténticas deducciones lógicas, MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 24 y 29-30.

[615] Muy expresivo en este sentido KRAWIETZ, *Glückwunschadresse zum 75. Geburtstag von Ulrich Klug. Juristische Logik im Dienste des Rechts*, en Rechtstheorie 19 (1988), pp. 273-274, p. 274.

[616] Cfr. una autorizada referencia al tema, con dos ejemplos de la dogmática penal (la fórmula de la *condicio-sine-qua-non* y ciertos aspectos del debate sobre la *aberratio ictus*), en PUPPE, *Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses*, en Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, pp. 199-245, p. 199, 200 y 201.

mental para la dogmática del Derecho penal[617]. Sin embargo, además de la «derivación razonable» a partir de las categorías básicas y del respeto, siempre necesario, a las reglas de la lógica formal, en este nivel inciden ya nuevos controles que contribuyen a limitar aún más el ámbito de la racionalidad de las posibles construcciones. Concretamente, debe hablarse, aun sin ánimo exhaustivo: 1) del control representado por el análisis semántico de los preceptos legales que afecten a un determinado concepto, que conforman el marco infranqueable de la construcción dogmática *de lege lata*[618].

> Evidentemente, éste no desempeña papel de límite alguno, como tampoco muchos otros de los que serán aludidos a continuación, si la construcción dogmática de que se trate no es «de lege lata» sino «de lege ferenda».

2) del control que supone la «interpretación conforme a la Constitución»[619] de esos preceptos legales/marco[620]; 3) del control representado por los datos ontológicos, que permitan seguir afirmando la «conformidad con la realidad» de una determinada construcción[621]; 4) de la compatibilidad con las investigaciones empíricas[622]; 5) del control representado por las reglas de un uso correcto del lenguaje[623]; 6) del control representado por lo satisfactorio de las consecuencias político-criminales empíricas (extrasistemáticas) de la construcción dogmática de que se trate[624]; 6) del control lógico-sistemático (también axiológico-sistemático), o de coherencia interna de una determinada solución en el marco

---

[617] En este sentido, García Amado, AFD nueva época, III, 1986, p. 168-169: «la opinión más frecuente y aceptable parece ser la de que la corrección lógica del razonamiento es condición necesaria, aunque no suficiente, de una decisión racional».

[618] Cfr. al respecto Mir Puig, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 21, 29. Asimismo, las consideraciones efectuadas más arriba a propósito del texto legal como marco de la construcción dogmática.

[619] Sobre ésta, cfr. el trabajo, de significativo título, de Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*. Heidelberg 1986; también Larenz, *Metodología*, 2.ª ed., p. 337 y ss. En principio, debe prevenirse muy seriamente en contra de la argumentación directa a partir de la Constitución en los niveles inferiores (vgr. segundo y tercero) del discurso dogmático. Ciertamente, si la Constitución es, incluso en el nivel más genérico de la argumentación dogmática (la obtención de las premisas valorativas del sistema), un mero marco que permite varias soluciones posibles, es obvio que, en general, no cabe aspirar a que tenga una incidencia más concreta (imponiendo esto o excluyendo aquello) en niveles mucho más específicos.

[620] Esta «verfassungskonforme Auslegung» supone ya una restricción ulterior del marco representado por el sentido literal posible, al excluir varios de esos «sentidos posibles» por su incompatibilidad con el sistema de valores de la constitución.

[621] Cfr. las afirmaciones sentadas más arriba a propósito de los límites ontológicos de la adopción de las premisas valorativas del sistema. En los niveles inferiores, la esfera ontológica continúa siendo un marco de referencia obligada.

[622] Valga en este punto todo lo apuntado más arriba sobre la relación entre la dogmática jurídico-penal y las ciencias sociales.

[623] Cfr. Cobo/Vives, PG, 3.ª ed., p. 86; Hruschka, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. XIV, XVIII.

[624] Cfr. sobre ello Amelung, ZStW 92 (1980), p. 39-40. Respecto a los problemas que, con todo, plantea esta forma de control, cfr., por un lado, García Amado, AFD nueva época, III, 1986, p. 171; por el otro, Hassemer, *Coing-FS*, I, p. 522-524, así como p. 503 nota 39, aludiendo aquí al llamado «análisis económico del Derecho». Vid. además Zugaldía, *Fundamentos*, p. 225-226.

general del sistema dogmático (lo que también podría referirse desde la perspectiva de la «posibilidad de generalización» de la misma)[625]; 7) del control representado por las consecuencias político-criminales internas (intrasistemáticas), derivadas de la puesta en relación del enunciado en cuestión con otros aceptados de modo general[626], etc. Estos mismos controles, aún más acentuados, se manifiestan en la argumentación dirigida a fundamentar la derivación de los enunciados relativos a las categorías del tercer nivel a partir de los enunciados dogmáticos de segundo nivel[627].

> La argumentación basada en la coherencia interna del sistema dogmático y en las consecuencias intrasistemáticas es una de las más usuales y reviste, además, gran importancia[628]. Ello, incluso en los sistemas abiertos, en la medida en que, como más arriba se señaló, un sistema dogmático del hecho punible no puede ser nunca plenamente «abierto». A este respecto, no parece necesario recordar que la argumentación dogmática más frecuente a la hora de rechazar la corrección de un determinado enunciado consiste en mostrar cómo la puesta en relación de la solución acogida en el mismo con el contenido de otros enunciados dogmáticos tenidos por indiscutidos produce consecuencias (internas) insatisfactorias[629] (y al contrario, en la fundamentación de la corrección de un cierto enunciado desempeña un papel importante la alusión a la coherencia y a la corrección de sus consecuencias sistemáticas). De todos modos, debe reconocerse que, en un sistema abierto, la coherencia sistemática no es nunca un criterio definitivo, debiendo considerarse siempre la posibilidad de que lo incorrecto sea el sistema y haya que modificarlo para adaptarlo a la satisfactoria resolución de la constelación problemática.

La formulación de las proposiciones dogmáticas «de lege lata» debe tender a desenvolverse en el seno de todos estos controles, a respetar todos los criterios que aquí se han indicado. Aún así, hay que contar con la presencia —al final—

---

[625] Cfr. al respecto ALEXY, *Teoría*, p. 251-252, distinguiendo una comprobación sistemática en sentido estricto y amplio. En concreto para el sistema dogmático del delito, JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 4, n.º marg. 38, que alude a la «*Generalisierbarkeit des Interpretationsgrunds*». Vid. también GARCÍA AMADO, AFD nueva época, III, 1986, p. 169.

[626] Cfr., por ejemplo, AMELUNG, ZStW 92 (1980), p. 39. Vid. también el ejemplo de ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 226.

[627] Y, según creo, lo mismo vale para la argumentación dogmática sobre los tipos de la Parte Especial. Otro aspecto, sin embargo, de gran significación en las construcciones dogmáticas de la Parte especial e incluso, en la Parte general, para la teoría de la imputación objetiva, es la noción de «fin de protección» de la norma, que, naturalmente, a su vez, debe ser concebido desde una óptica constitucional. Cfr. al respecto PAWLOWSKI, *Einführung*, p. 100, n.º marg. 191 y p. 103, n.º marg. 196; también el trabajo de DOPSLAFF, *Wortbedeutung und Normzweck*, passim.

[628] Así AMELUNG, ZStW 92 (1980), p. 38. De modo general, CANARIS, *Systemdenken*, 2.ª ed., p. 88 y ss, 91, subrayando que si el sistema se concibe en términos teleológicos, la argumentación sistemática no es sino una forma especial de fundamentación teleológica que reviste un rango primordial.

[629] Este es el caso cuando, para sostener que el error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación es un error de prohibición excluyente de la culpabilidad (en caso de invencibilidad) y no un error de tipo que excluye (de ser invencible) la propia antijuricidad de la conducta, se apela por cierta doctrina a las —a su juicio— insatisfactorias consecuencias que esto último, en combinación con las reglas de la legítima defensa o de la participación, podría tener.

de varias soluciones alternativas, todas ellas defendibles. Todos esos controles, y otros, no pueden, obviamente, garantizar la adopción de «la» tesis correcta. Sí, en cambio, delimitan, según creo, «el ámbito posible de lo correcto»[630].

13. En las páginas anteriores se ha perseguido un objetivo, como se dijo, modesto. No se ha tratado tanto de fundamentar el carácter científico «stricto sensu» de la dogmática jurídico-penal, cuanto de mostrar que, en realidad, no deja de ser legítimo aludir a la misma como una «ciencia» en sentido amplio, a la vista de las innegables analogías de su forma de proceder con las de otras disciplinas, éstas sí estimadas científicas de modo indubitado[631]. En última instancia, el auténtico propósito de las líneas precedentes ha sido mostrar que, en las proposiciones dogmáticas, no se contienen meras afirmaciones o valoraciones arbitrarias, ni opiniones sin fundamento[632], sino que tras ellas puede ydebe descubrirse un esfuerzo serio y tenaz, centenario, de afrontar los problemas que plantea la atribución de responsabilidad criminal de un modo racional y orientado al norte del «Derecho correcto»[633]. No estimo aventurado extraer la conclusión de que ese objetivo ha sido alcanzado. Por todo ello, creo que estamos legitimados —tanto como pudieran estarlo los penalistas de la «era dorada»— para afirmar con GIMBERNAT que «la dogmática jurídico-penal tiene un futuro»[634].

---

[630] Cfr., por lo demás, sobre todo esto, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 308 y ss., en especial 341-344.

[631] Cfr. COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 84: «En el estado actual de la evolución científica no hay, pues, contradicción en llamar Ciencia a la dogmática penal. Pese a que, según el esquema kantiano, la pregunta a la que la dogmática penal responde, no es la pregunta acerca de lo que puede saberse, sino acerca de lo que se debe hacer, no hay ningún obstáculo en llamar Ciencia a una tentativa de respuesta racional a dicha cuestión».

[632] Cfr. al respecto Arthur KAUFMANN, *Bockelmann-FS*, p. 68 y ss.

[633] Estima JØRGENSEN, en *Rechtsdogmatik und praktische Vernuntt*, p. 67, que los elementos que ha de considerar un método jurídico para expresar la razón práctica de su tiempo son: 1) una ideología pluralista de Estado de Derecho; 2) una filosofía del lenguaje hermenéutico-analítica; y 3) una teoría del Derecho teleológico-pragmática. Creo que los tres aspectos pueden estimarse recogidos en la propuesta metodológica efectuada.

[634] GIMBERNAT ORDEIG, en el *Prólogo a la 1.ª edición de sus Estudios de Derecho penal*, Madrid 1976: «el autor, como ha tratado de demostrar en uno de los artículos recogidos en este libro, cree —por eso, en la medida de sus fuerzas, trata también de cultivarla— que la dogmática jurídico-penal tiene un futuro». Cfr. también CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 63, 111-112.

IV. LOS FINES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO

IV.1. Introducción.

A) Consideraciones generales.

1. La cuestión relativa a las tradicionalmente denominadas «*teorías de la pena*» ha sido objeto de constante discusión desde que existe una reflexión acerca del fenómeno punitivo, sean cuáles sean las perspectivas desde las que éste se contemple[1]. Ello ha obedecido, según creo poder adelantar aquí —aunque más adelante se volverá sobre este aspecto—, a la necesidad de proceder a legitimar de algún modo la «*causación de mal*» en que consiste esencialmente la pena[2] y, por añadidura, al Derecho penal, que la prevé como consecuencia. Dichos intentos de legitimación (las *teorías de la pena*[3]) han tenido lugar normalmente por dos vías: por un lado, tratando de investir a ese «mal» de la calidad de bien —por haber negado el mal del delito y restaurado el Derecho, la

---

[1] Cfr. por ejemplo las referencias de JESCHECK, *Tratado*, tomo I, p. 92, a las conocidas frases de Grocio sobre los posibles sentidos de la pena: «*poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*» por un lado, y «*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*» por el otro. Esto último procede, como es sabido, de Platón, quien lo atribuía a Protágoras : «Quien quiera castigar de manera racional, no debe hacerlo por el delito ya cometido..., sino pensando en el futuro, para que en adelante ni el delincuente mismo vuelva a delinquir, ni tampoco lo hagan los otros que ven cómo el delincuente es castigado» [citado por JESCHECK, *Tratado*, I, p. 98]. En el momento histórico de la Ilustración y de la mano de autores como Kant, Hegel, Beccaria, Bentham, y en España, Lardizábal, entre otros, la discusión alcanza su punto culminante.

[2] Cfr., por ejemplo, en España, MIR PUIG, *Introducción*, p. 61: «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*». En Alemana, por ejemplo, HOERSTER, *Zur Begründung staatlichen Strafens*, en Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag. Berlin 1984,, pp. 225-240, p. 225; asimismo, STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung 1989*, p. 342, cuando afirma que la pena es «causación de dolor organizada por el Estado».

[3] Más adelante se comprobará que tal denominación no es ajustada, por cuanto los fines cuyo cumplimiento ha de legitimar al Derecho penal como instrumento de control trascienden a los propios de la pena (o la medida de seguridad).

justicia—[4]; por otro lado, tratando de mostrarlo como un «mal útil» o un «mal menor»[5]. Las opiniones doctrinales al respecto oscilan mayoritariamente entre ambos extremos, obteniéndose soluciones matizadas de diverso signo. Sólo muy minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición de una pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho penal.

2. En cualquier caso, modernamente ha podido advertirse que la compleja cuestión de la legitimación del Derecho penal no puede abordarse satisfactoriamente tomando como único punto de partida el de las «teorías de la pena». En efecto, el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir. Ello justifica que la denominación aquí acogida para estudiar el abanico de cuestiones de la legitimación de la intervención jurídico-penal sobre la sociedad sea la de «fines del Derecho penal»[6]. El fin legitimante del Derecho penal no es, pues, uno solo, sino varios. Estos se encuentran en una relación no siempre libre de tensiones y colisiones, que deben ser puestas de relieve y explicadas racionalmente. A todo ello, por lo demás, se le atribuye una especial significación en este texto. En efecto, la cuestión de los fines del Derecho penal adquiere una trascendencia nueva para quien, como aquí se hace, adopta un método teleológico-funcionalista en la elaboración de las categorías dogmáticas y del propio sistema de la teoría del delito con todo su aparato conceptual. En efecto, ello convierte a la discusión sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente considerada como materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad, en algo de sustancial trascendencia práctica, que repercute directamente en la resolución que haya de darse a los casos penales, a través de su encuadramiento en el sistema. Lo anterior explica el *lugar* que ocupan en este texto las consideraciones sobre la referida

---

[4] Así es en la concepción de Hegel [al respecto, MIR PUIG, *Introducción*, p. 62]. Modernamente en una línea similar JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 1, n.º marg. 2 y 3: Si bien la pena es un mal, ello no es lo decisivo en su definición, sino que debe definirse positivamente como «manifestación de la vigencia de la norma a costa de un sujeto responsable» (estabilización de la norma vulnerada). También en el mundo anglosajón: cfr. la descripción crítica de GALLIGAN, en *Crime, Proof & Punishment*, p. 153, donde señala que la esencia del retribucionsimo es que «the offender has done wrong which, by punishment, is somehow righted».

[5] En tal sentido, por ejemplo, la consideración de la pena en BAUMANN y otros, *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, AT, 2.ª ed., Tübingen 1969, p. 29 como una «amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que son los hombres» [citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 149]. Una exposición muy interesante de los modelos utilitarista, retribucionista y mixto de «doctrina de justificación» del Derecho penal se contiene en CID/MORESO, ADPCP 1991, p. 157 y ss.

[6] Sobre cuestiones terminológicas, cfr. FERRAJOLI, Poder y Control n.º 0, 1986, p. 26, que se sirve del término «función» para los usos descriptivos y del término «fin» para los normativos; también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 217 y ss., 283 emplea el término «función» para los efectos o consecuencias objetivas (plano empírico-social) y el término «fin» para la confrontación de los efectos con un sistema valorativo concreto; entre «misión», «fines» o «metas» (consecuencias queridas) y «función» (consecuencias reales aunque sean no deseadas) distinguen HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989, p. 99. Por contra. COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 617 y ss distinguen entre «función», como finalidad última e ideal, y «fines» como objetos empíricos e inmediatos.

problemática: concretamente, el que media entre la exposición de las características del método dogmático y la descripción del producto fundamental de dicho método: la teoría del delito.

3. Ya se ha señalado antes que el tema de los «fines» del Derecho penal es, ya en primera instancia, trascendente porque en él lo que realmente se dilucida es la «legitimación» del mismo, esto es, la razón, en términos valorativos, de su existencia[7]. ¿Qué es lo que legitima la presencia de un mecanismo coactivo de tan graves consecuencias como el Derecho penal en una determinada sociedad? ¿Por qué *debe haber* Derecho penal? ¿Qué razones valorativas impiden su supresión? En este capítulo se tratará de fundamentar la tesis de que en la actualidad, una vez superadas legitimaciones apriorísticas que pudieran atribuir al Derecho penal la misión de realización de la justicia sobre la tierra, la fuente de la legitimación del Derecho penal debe situarse en el hecho de que su presencia en la sociedad, con ser un mal, conlleva un mal menor que el que trata de evitar. Expresándolo en términos más concretos, lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia —en sentido amplio— que se genera en una sociedad. En efecto, la ausencia de un «Derecho» penal supondría, de hecho, el abandono del «control de la desviación» al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva, a una dinámica de «agresión-venganza (agresión)-venganza». Su presencia, en cambio, como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado tiene significativas ventajas. Por un lado, en buen número de casos las propias conminaciones penales tienen ya un efecto disuasorio que impide la aparición de «agresiones» (delitos) que, de otro modo, se producirían. Por otro lado, producida una conducta agresora definida como «delito», la sanción del responsable favorecerá, de una parte, que tanto el sujeto sancionado como otros autores potenciales no realicen en el futuro hechos lesivos de ese género, y, de otra parte, impedirá que los ciudadanos afectados por tal delito se sientan compelidos a «tomarse la justicia por su mano» según se señala en una gráfica expresión[8]. Todo ello, además, con la significativa

[7] De ahí otra denominación muy significativa: la de «doctrinas de justificación» del Derecho penal, que emplean CID/MORESO, ADPCP 1991, p. 157 y ss.

[8] Subraya este aspecto del «ius puniendi» como generador de «seguridad» para los ciudadanos frente a las ingerencias de otros particulares, TRÖNDLE, *Die Vernachlässigung und die Ausbeutung des Rechtsstaates in unserer Zeit. Betrachtungen eines Strafrechtspraktikers*, en Böhme (Hrsg), Gewalt oder Recht? Karlsruhe 1982, pp. 33-65, passim, en especial, 36-37, 38, 63. Por cierto que el balance de TRÖNDLE es negativo en cuanto a que el Estado alemán esté atendiendo satisfactoriamente a esa misión de protección o de creación de seguridad. A su juicio, el discurso jurídico-penal alude de forma demasiado exclusivista a las libertades del ciudadano frente al Estado, cuando, en su opinión, es suscribible la frase de HANNAH AHRENDT de que «la amenaza a la libertad en la sociedad moderna no proviene del Estado, como supone el liberalismo, sino de la sociedad» (p. 63). Esto último es, a mi juicio, tan simplificador como lo contrario. En realidad, como se verá, el Derecho penal debe proteger los bienes jurídicos de los individuos tanto frente a las intervenciones agresivas de otros individuos como frente a la propia intervención punitiva del Estado. Este doble aspecto constituye la fuente principal de las tensiones y conflictos estructurales en que se mueve.

reducción de violencia que supone la «formalización» inherente a la atribución al Estado de estas funciones. En efecto, quizá ya antes pero sobre todo —y de modo muy apreciable— a partir del surgimiento del Derecho penal liberal, producto de la Ilustración, el Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva y la intervención misma en unas «formas» que cumplen funciones garantísticas y de reducción de las cotas de violencia[9]. Son «formas», por ejemplo, la definición por la ley de la manera más taxativa posible de los comportamientos contra los que debe intervenir el Derecho penal[10], así como de las sanciones que debe aplicar a los mismos (garantías criminal y penal del principio de legalidad); o la exigencia de un proceso con los debidos requisitos para que el juez natural determine la sanción a aplicar (garantía jurisdiccional); o, en fin, la ejecución de la sanción en la forma predeterminada por la ley correspondiente (garantía de ejecución)[11]. Además, progresivamente, dentro del mismo concepto amplio de «formalización» , se van asumiendo por el propio Estado *funciones de autolimitación material* en lo que a la intervención punitiva —ya formalmente delimitada— se refiere. Son éstas, por ejemplo, la reducción del ámbito del Derecho penal a las lesiones de «bienes jurídicos», que se protegen, además, de modo subsidiario y fragmentario; la prohibición de intervenciones inhumanas; la atribución a la pena de efectos resocializadores; la autoexigencia de proporcionalidad[12]; la acogida general de los principios de la teoría doctrinal del delito, que se han ido incorporando a los diversos Códigos penales; etc. Así, la violencia de múltiples agresiones y de las correspondientes reacciones vengativas se sustituye por la violencia propia de un mecanismo de disuasión (la *amenaza* de pena, respaldada por la autoridad y los mecanismos policiales del Estado, que garantizan un grado superior de certeza de la sanción que en el supuesto de una venganza privada) y por la violencia característica de la imposición de la pena en sí (privación de la libertad, del peculio o de ciertos derechos). La presencia de lo uno y lo otro, sin embargo, dadas todas las funciones de garantía formal y material reseñadas, resulta ser mucho menos violento que su ausencia.

4. Como ha señalado NINO, «es obvio que la pena coarta la autonomía de quienes la sufren y de quienes actúan del modo prescrito para evitarla. Pero si se puede demostrar que los efectos, tanto de la amenaza de pena como de su aplicación (que es necesaria para que la amenaza sea efectiva) redundan en la

---

[9]Cfr. NAUCKE, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, KritV 1990, pp. 244-259, p. 250, indicando el surgimiento del «rechtsstaatliches Strafrecht» en ese momento histórico, desde el cual se nos muestra como una continua exigencia (p. 251); también HASSEMER, ARSP Beiheft 44, p. 136.

[10]Estas no abarcan todos los casos de «desviación social» sino sólo algunos de los más graves. Para otros se prevén intervenciones de otra índole (sanciones reparatorias de Derecho civil o sanciones administrativas) o, simplemente, no se reacciona desde el Estado contra ellas.

[11]Sobre éstas, BARATTA, en Kasiser/Kury/Albrecht (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 519 y ss.

[12]BARATTA, en Kaiser/Kury/Albrecht (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 521 y ss.

preservación de una mayor autonomía, el valor de la autonomía constituye una razón para imponer tales penas. Por otro lado, esta misma razón implica una limitación a la posibilidad de prescribir y aplicar penas cuando ello tiene como efecto una disminución neta de la autonomía disponible en el conjunto social»[13]. Esto es lo que, de modo quizá menos preciso, han tratado de expresar otros autores al señalar que el Derecho penal «debe crear libertad»[14], y lo que el propio penalista e iusfilósofo argentino denomina «*principio de protección prudencial de la sociedad*»[15]. En realidad, se trata de someter el ejercicio del «ius puniendi», de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a las reglas que presiden el «estado de necesidad» para poder afirmar, en los términos de la fundamentación del ALTERNATIV ENTWURF alemán, que nos hallamos ante un mal necesario. Ello requiere «1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva»[16]. Esta última característica es, a mi juicio, altamente significativa pues en ella se encuentra uno de los factores fundamentales de dinamicidad y progreso del Derecho penal. En efecto, éste, para encontrarse legitimado, se ve abocado a autoanalizarse de modo continuo con el fin de determinar si responde a esa regla de «mínimo daño social» que podría traducirse también como de «mínima violencia» . Esa regla, ciertamente, no sólo obliga a confrontar al Derecho penal en su conjunto con la ausencia del mismo, cuestión ésta que en principio cabe estimar resuelta de modo general en favor del Derecho penal, sino, sobre todo, *a enfrentar el Derecho penal vigente y sus instituciones con otro eventual Derecho penal, surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia*[17]. El tema es, naturalmente, complejo, pues se trata de decidir si el Derecho penal podría reducir su aportación de daño, su *quantum* de violencia, sin que ello implicara pérdida de eficacia disuasoria (o de efecto integrador, para quienes acojan una concepción positiva de la prevención general); en otras

[13] NINO, *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*, en Doctrina penal, enero/marzo 1989, pp. 29-48, p. 37-38.

[14] JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 177: «Das Strafrecht soll endlich nicht nur Freiheit beschränken, sondern auch Freiheit schaffen»; cfr. también p. 2-3.

[15] NINO, *Doctrina penal*, enero/marzo 1989, p. 38: «Dado que la pena es un mal para ciertos individuos, lo es también para la sociedad de la cual ellos forman parte; por tanto, ella sólo estará justificada si se puede demostrar que su amenaza y aplicación es un medio efectivo para prevenir mayores perjuicios para el conjunto social».

[16] NINO, *Doctrina penal*, enero/marzo 1989, p. 38. Cfr. en términos muy similares KOLLER, *Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung*, ZStW 91 (1979), pp. 45-95, p. 94-95. Obsérvese que se mencionan ahí tres principios fundamentales para una concepción utilitarista del Derecho penal: necesidad, eficacia y subsidiariedad. Más adelante los analizamos.

[17] Lo que ciertamente podría pasar por una reducción del Derecho penal, mediante la atribución de alguno de sus cometidos tradicionales a otros sectores del Ordenamiento jurídico, como el civil o el administrativo.

palabras, sin que aumentara la violencia social total, por el incremento de delitos o de fenómenos de venganza privada. Sin embargo, la historia del Derecho penal moderno es, según entiendo, la historia de esa autoconfrontación (Derecho penal vigente/Reforma del Derecho penal), en la que no sólo se han tomado en consideración las referidas consideraciones utilitaristas relativas al menor daño social, sino otros principios no (o al menos no necesariamente) utilitaristas, como los de proporcionalidad, humanidad, igualdad, etc. El balance de esa oposición dialéctica ha sido la apreciable reducción de la violencia, del daño social causado por las instituciones penales, sin que ello haya supuesto un aumento apreciable de la violencia social, esto es, sin que haya disminuido sustancialmente el nivel de prevención[18].

> En este mismo sentido señala MICHAEL BAURMANN que el desarrollo histórico del Derecho penal «ha conducido a una humanización y a una limitación de la pena sin que, a la vez, disminuyera el interés por la prevención. Pues si el hombre moderno (...) muestra como individuo ante todo una preferencia por su libertad personal y su autonomía, entonces una pena privativa de libertad tendrá para él una importancia muy diferente que para el hombre, por ejemplo, de la Edad Media»[19]. A lo que añade que «también el infractor potencial es un hijo de su tiempo y, por ello, se muestra hoy en día interesado ante todo en su libertad y en su autonomía. Dado este presupuesto, el mayor mal de la pena consistirá para él en que, con ella, se ve limitado en su libertad y en su autonomía. Así las cosas, podemos confiar en la eficacia preventivo-general de la pena, sin que tengamos que hacer hincapié en la dureza de la ejecución de la pena»[20].

El Derecho penal ha mantenido, pues, por lo menos, su nivel clásico de control, reduciendo en cambio significativamente sus aspectos represivos: baste aludir, a este respecto, como hitos esenciales, a la abolición de la pena de muerte en la gran mayoría de los países que participan de la tradición del Derecho penal liberal, a la supresión de las penas corporales, la significativa reducción de las penas privativas de libertad, a la progresiva humanización de la ejecución penitenciaria, a la aparición de alternativas a las penas privativas de libertad, etc.[21]. Así, la evolución del Derecho penal moderno, el de los Siglos XIX y XX, es buen ejemplo de una preocupación por lo «prudencial» de la «protección

---

[18] En otro sentido PAUL W., *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, en Poder y Control, n.º 0, 1986, pp. 59-72, p. 61, indicando que si bien la más moderna historia de las teorías de la pena puede ser entendida como una historia de la lucha por un derecho penal mejor, lo cierto es que debe ser entendida como una historia del *fracaso* de la lucha por un Derecho penal mejor.

[19] BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, Freiburg/München 1990, pp. 109-159, p. 152.

[20] BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 153.

[21] Reconoce este proceso de humanización, al menos en parte, un abolicionista como STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung 1989*, p. 344.

social» que se convierte en fundamental[22]. La protección social es, por así decirlo, lo heredado. La reducción del potencial represivo, del daño social producido por el sistema penal, de la violencia inherente al mismo, manteniendo sin embargo las cotas de protección (esto es, de idoneidad para controlar en una medida razonable los fenómenos de agresión y reacción informal —venganza—), constituye el reto continuo de un Derecho penal construido desde perspectivas auténticamente liberales, y formal y materialmente garantistas.

5. Pese a lo que se ha señalado, no cabe ignorar que en ese continuo replanteamiento por el Derecho penal del problema de si realmente sigue poseyendo legitimidad, es decir, de si sigue siendo efectivamente el mecanismo menos lesivo para alcanzar las funciones protectoras que le corresponden (criterio utilitarista) y, además, cumple los fines de garantía formal y material que tiene asignados, se da un factor de tensión. En efecto, toda nueva medida de disminución de la presión punitiva, por ejemplo, una disminución de la duración de las penas o la admisión de una instancia alternativa a la privación de libertad en algunos casos, implica un cierto riesgo de disminución de la eficacia preventiva, bien en el aspecto de intimidación a potenciales delincuentes, bien en el relativo al mantenimiento de la confianza de la población en el sistema jurídico-penal.

> Este factor de tensión es percibido también, por ejemplo, por Michael BAURMANN, cuando señala que el Estado de Derecho se encuentra, en lo que se refiere a la institución de la pena estatal, en la encrucijada entre dos pretensiones que aparentemente se hallan igualmente legitimadas. «Por un lado, la pretensión de quienes ven amenazados sus derechos personales por otros particulares. El Estado de Derecho debe protegerlos de *abusos privados* tanto como sea posible a través de la pena y de la conminación penal. Por otro lado, la pretensión de quienes ven amenazados sus derechos personales por parte del Estado. El Estado de Derecho debe protegerlos de *intervenciones estatales*, renunciando a la pena y a la conminación penal tanto como sea posible. En la ciencia jurídico-penal y en la política jurídica se trata continuamente de la cuestión de cómo puede hallarse un equilibrio y un compromiso entre ambas pretensiones. De todos modos queda claro desde el principio que aquí no se da una solución ideal, mediante la cual se satisfagan de modo óptimo ambos intereses. Si se quisiera atender sin limitación a la exigencia de una protección frente a abusos particulares, se advertiría al final una extensión limitada de la pena estatal y de la persecución penal. La consecuencia sería un Estado policial totalitario. Si se quisiera atender sin limitación a la exigencia de protección frente a las intervenciones estatales, sería necesaria una completa abolición de la pena estatal y de la persecución penal. La consecuencia sería la anarquía en el sentido de una sociedad sin protección estatal de bienes jurídicos. Entre ambas exigencias se da, pues, un conflicto. Este hecho fue expresado hacia finales del siglo pasado en forma a la vez certera y concisa por el importante político-criminal alemán Franz von Liszt: 'la pena es una espada de doble filo:

[22] Ello no significa que no haya habido momentos concretos en que la legislación concreta, la praxis del sistema, haya traicionado a la idea evolutiva señalada, lo que subraya NAUCKE, KritV 1990, p. 252-253. Pero la línea general de la evolución ha sido, según creo, ésta.

protección de bienes jurídicos mediante lesión de bienes jurídicos'»[23]. BAURMANN añade con razón que es una y la misma persona —el ciudadano normal— quien tiene un evidente interés tanto en ser protegido de los abusos de otros particulares como en que la intervención del Derecho penal estatal se reduzca al mínimo[24]. Es decir, que el conflicto que por mi parte he presentado como propio del macro-cosmos del sistema penal en su globalidad se reproduce en realidad en el microcosmos representado por la razón individual del sujeto.

Por eso creo que los intentos de atribuir legitimación al Derecho penal desde la perspectiva de la teoría del contrato, esto es, sobre la base de la aceptación racional del mismo por los sujetos individuales que integran la sociedad, en realidad no se distinguen sustancialmente de la vía aquí seguida[25]. En efecto, como se ha dicho, el conflicto que estimamos consustancial al Derecho penal estatal no es sino expresión del conflicto que igualmente tiene lugar a nivel individual. Ciertamente, todo ciudadano está interesado, en tanto que víctima potencial, en un máximo de prevención, y en tanto que autor potencial, en un máximo de garantías (o mínimo de intervención)[26]. Tales intereses contradictorios producen síntesis progresivas en función del espíritu del tiempo (qué valora más el individuo en relación con sus intereses). En lo que se refiere a nuestro tiempo, de tales síntesis tendría lógicamente que hacerse eco el Estado moderno (liberal-democrático). Ello muestra, por otro lado, que la legitimación basada en la aceptación racional individual no se separa sustancialmente de una legitimación utilitarista en el marco de un Estado liberal democrático, en la que los criterios de utilidad aparezcan en relación dialéctica con los valores/principios formales-materiales de garantía asumidos por aquel Estado[27].

En definitiva, la concreta configuración del sistema del Derecho penal se muestra como el producto de una relación dialéctica entre el interés en *eliminar la violencia social extrapenal* y el interés en *disminuir la propia violencia del sistema penal* (porque así lo disponen reales razones de utilidad o en atención a otras finalidades garantísticas asumidas)[28]. Esta tensión interna, que no se percibe como tal —o no, desde luego, en la misma medida— en los medios del control social informal ni probablemente tampoco en el ámbito del Derecho penal anterior a la modernidad, es, a mi juicio, el motor —dialéctico— fundamental del enorme progreso alcanzado en las ideas penales —y en su traducción legislativa y práctica— durante los dos últimos siglos. Con todo, la mayor parte de las considera-

[23] BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 111-112.

[24] BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 115.

[25] Un intento así es el de HOERSTER, *Weinberger-FG*, p. 233 y ss.

[26] Sobre este conflicto, HOERSTER, *Weinberger-FG*, p. 234-235.

[27] Cfr. las críticas de HOERSTER, *Weinberger-FG*, p. 231 y 238-239, tanto a la fundamentación utilitarista como a los límites del propio criterio de la aceptación individual y adviértase cómo éstos se resuelven si la legitimación se enmarca en los principios valorativos del Estado social y democrático de Derecho. Próximo NINO, *Criminal Law and Democracy*, en Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung 1989, pp. 331-340.

[28] Advierten también la referida dialéctica interna del Derecho penal, BESTE, KritV 1989, p. 154; NAUCKE, KritV 1990, p. 254 y ss, aunque éste la ve como un problema que bloquea al Derecho penal moderno.

ciones efectuadas no suelen hacerse explícitas en los textos que los penalistas dedican a la legitimación del Derecho penal (vgr. a sus fines). Ha sido, en cambio, lo más frecuente identificar la misión del Derecho penal con la protección de la sociedad, o, quizá mejor, de los individuos que la integran y que, en virtud del contrato social, han cedido al Estado el casi total monopolio del uso legítimo de la coacción. Más concretamente, la atribución de una finalidad al Derecho penal se ha centrado en la protección de los bienes jurídicos, en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social, mediante la prevención de delitos. Junto a ello, todos los demás aspectos de la intervención del Derecho penal en la sociedad, —piénsese básicamente en la vertiente de garantía— se «degradan» a la categoría de «límites» del «ius puniendi», sin estimarlos auténticos fines del Derecho penal[29]. Ciertamente, ello puede estimarse como un mero problema terminológico, en virtud de la idea de que «todo lo que limita, fundamenta». Sin embargo, probablemente tiene un alcance mayor, que debería analizarse[30]; de modo general y, en particular, desde la perspectiva de la incidencia de los fines del Derecho penal en la construcción del sistema dogmático del delito[31].

6. En la base de la mencionada actitud se halla la tesis que estima que los fines del Derecho penal se corresponden con los fines de sus consecuencias jurídicas, estimándose que éstas son las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, debe repararse en que otra consecuencia jurídica de la intervención del Derecho penal es la no aplicación de la pena ni de la medida de seguridad:

---

[29] Críticamente sobre esta «degradación» de principios constitucionales básicos de naturaleza valorativa al rango de meros *límites* de la razón de Estado, HANS JÜRGEN OTTO, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle*, Freiburg 1982, p. 262 y ss. En concreto entiende que la realización del orden valorativo de la Constitución es también (es decir, junto a los de signo utilitarista) un *fin* del Derecho penal (p. 255, 268 y ss, 279). Asimismo, STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgegung 1989*, p. 344: «Estos límites son, si se entienden bien, objeto y misión del Derecho penal».

[30] Tiene razón DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de libros* ADPCP 1988, pp. 1083-1095, p. 1087, cuando señala: «los principios limitadores de la pena se están entendiendo, y ello parece lógico dada su denominación, como referencias valorativas que toman por punto de partida los resultados a los que se llega desde los fines de la pena, resultados que matizan o incluso frenan en su desarrollo; ello parece un ámbito demasiado estrecho para las necesidades político-criminales a las que debe prestar atención la dogmática. *En realidad, se han convertido en meros límites de la pena lo que eran ideales jurídico-penales, que ejercían su influencia desde un principio sobre todo el sistema de imputación*» (el subrayado es mío).

[31] Así, concretamente HRUSCHKA, JZ 1985, p. 2-3, señala —contra lo que opinan las sistemáticas teleológicas— la imposibilidad de obtener los fundamentos del sistema del delito de las teorías de la pena. En efecto, advierte que ninguna de estas teorías resulta aplicable sin limitaciones y que tales limitaciones son en verdad externas a las propias teorías de la pena. Pues bien, la conclusión es que el concepto de delito constituye precisamente expresión de esas limitaciones (legalidad, culpabilidad, hecho, infracción) que nada tienen que ver con las teorías sobre la función de la pena. Todo ello parece,a primera vista, evidente. Sin embargo, esta opinión parte de la idea —extendida— de que la misión del Derecho penal coincide con la misión de la pena y de que una sistemática teleológica debe apuntar a «los fines de la pena». Ambas cosas, no obstante, podrían ser incorrectas. A mi entender, es importante partir de una concepción amplia de los fines del Derecho penal, y orientar la construcción del sistema a tan amplio abanico. Como se verá, las categorías del delito muestran en buena medida la tensión de fines que hemos calificado como intrínseca al Derecho penal moderno.

la libertad, en suma. Una postura reduccionista, que ignore este aspecto, puede implicar un menoscabo de aspectos decisivos de la intervención jurídico-penal, que constituyen su principal justificación histórica, y sin los cuales no cabe imaginar la elaboración de una teoría satisfactoria, sobre todo de cara a su incidencia en el sistema dogmático del delito, como sistema teleológico del Derecho penal. Como ha puesto de relieve SCHÜNEMANN, en palabras que aquí se suscriben íntegramente: «Baste aludir aquí a lo discutible de la doctrina actualmente dominante en el Derecho penal, que, de acuerdo con Schwinge, entiende la interpretación teleológica predominantemente como interpretación a partir del bien jurídico protegido. Como ya probara Schaffstein, la función del Derecho penal no consiste en absoluto únicamente en una completa protección de bienes jurídicos, sino, más bien, en un complejo entramado del interés de la víctima en su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y la seguridad jurídica. Si del referido entramado se aísla el interés en la protección y se lo absolutiza para la creación del Derecho, se pierde la auténtica teleología de la ley penal como 'magna Charta del delincuente' (v. Liszt)»[32].

7. Las afirmaciones transcritas ponen de relieve la naturaleza intrínsecamente problemática, conflictiva, de la cuestión de los fines del Derecho penal, esa tensión interna a la que antes nos hemos referido. Expresan hasta qué punto es precisa aquí —en cada caso y para cada regulación— una ponderación de intereses no siempre —en realidad, casi nunca— coincidentes[33]. En efecto, cualquier nuevo problema que se afronta se convierte en el objeto de un debate acerca de si la solución propuesta es insuficiente y corre el riesgo de no cumplir los efectos preventivos (de control de la violencia informal por vía disuasoria o integradora) o, por el contrario, es excesiva y se deslegitima por existir la posibilidad de soluciones igualmente eficaces en el plano preventivo y menos «violentas», o, en fin, pese a ser recomendable en términos de eficacia, constituye un obstáculo para el cumplimiento por el Derecho penal de sus fines de garantía.

En sentido próximo a la línea aquí seguida se ha manifestado HANS JÜRGEN OTTO. Este autor señala que en la base del Derecho penal se dan dos principios contrarios: el utilitarista y el que apela a un orden de valores[34]. Precisamente, a su juicio, «la esencia del grado de estabilidad característico de las democracias occidentales (...) radica en la recíproca interpenetración del cálculo de utilidad y la orientación a valores»[35]. Por ello, sería un error construir la fundamentación del Derecho penal sobre uno de estos aspectos con exclusión del otro. Más

[32] SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 365.

[33] Sobre la dificultad de optar en cada caso o por una prohibición (que limita mi libertad, pero también la de los demás frente a mí) o por una no-prohibición (que me otorga libertad a mí, pero también a los demás frente a mí) las ya citadas reflexiones de BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 124-125, 126 y 127.

[34] OTTO, H.J., *Generalprävention*, p. 287.

[35] OTTO, H. J., *Generalprävention*, p. 265.

bien «y de conformidad con la teoría de la interpenetración de Parsons, que se retrotrae a Weber, el Derecho penal sólo puede efectuar en grado óptimo su contribución al orden social mediante la articulación orgánica de las estrategias preventivo-generales/funcionalistas de imposición de la norma con la vinculación a valores, orientada a los derechos individuales»[36]. En esta idea de la articulación orgánica o pragmática de ambos fines, que abona la opción de H. J. OTTO por la doctrina de la prevención general positiva[37], es donde puede hallarse la discrepancia con la perspectiva aquí seguida. En efecto, ello sugiere la posibilidad de una resolución «interna» y pacífica de esa tensión en el marco general de la concepción de la prevención general positiva, que actuaría a modo de criterio rector. A mi entender, por contra, ello podría tergiversar y anular el potencial de garantía que tienen determinados principios, como trataré de mostrar.

La referencia al conflicto arriba mencionado es especialmente importante en el caso de la decisión sobre la incriminación penal, o no, de un hecho (o, a la inversa, de la despenalización). De ahí que esté en sus albores la discusión acerca de las características de una «teoría del bien jurídico penalmente protegible» (lo que podríamos llamar «bien jurídico-penal»), una teoría para la que la larga discusión sobre el concepto de «bien jurídico» sólo es útil en parte. Sobre todo ello pretendemos realizar algunas consideraciones en los próximos apartados. Sin embargo, antes de proceder a examinar en detalle todas estas cuestiones, será preciso sentar algunas de las premisas básicas de nuestro razonamiento.

8. Nuestro análisis acerca de los fines del Derecho penal en la modernidad precisa, por un lado, de un breve análisis histórico de la cuestión; y, por otro lado, requiere la comparación de las características de tales fines con las de los fines a los que se orientan los medios de control social informal[38]. En lo relativo al análisis histórico, es preciso no olvidar que el fenómeno punitivo surge como fenómeno privado (venganza privada) puramente fáctico y sólo luego como un verdadero «*ius* puniendi» de naturaleza privada, ya sometido a alguna regulación. En ambas fases, sin embargo, desempeña una función de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de infligir un sufrimiento a quien previamente se lo infligió a ella[39]), y aunque quizá sólo secundariamente, funciones preventivas de género intimidatorio. Tales funciones de naturaleza intimidatoria (general o individual) pasan a primer plano al producirse el monopolio estatal sobre el «ius puniendi» y la consiguiente eliminación de las reacciones

[36] OTTO, H. J., *Generalprävention*, p. 276, 287, 288.

[37] OTTO, H. J., *Generalprävention*, p. 279, 287, 289.

[38] Cfr. BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en Poder y control, n.º 0, 1986, pp. 77-93, p. 77.

[39] Cfr., por ejemplo, ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga 1988, p. 24: «la venganza lleva consigo un factor psicológico muy atractivo e inconfesable que consiste en devolver mal por mal, golpe por golpe: sólo entonces el individuo que ha sufrido la ofensa estará «satisfecho». Es por ello por lo que la venganza privada tarda en desaparecer y todavía en las XII Tablas se conservan huellas de la misma...».

privadas[40]. Tales sucintas consideraciones históricas pretenden poner de relieve que la función de prevención no es específica del Derecho penal moderno surgido del pensamiento iluminista, sino que, por el contrario, constituye prácticamente una constante a lo largo de toda la historia del «hecho punitivo». En lo que hace a la comparación con las funciones que cumplen las reacciones propias del control social informal, también es obvio que en éstas se halla presente de modo central la pretensión intimidatoria general o individual, junto a otras posibles finalidades[41].

9. Sentado lo anterior, ¿dónde situar la especificidad del Derecho penal moderno? Evidentemente, la única conclusión posible es que lo «propio», lo «característico» del Derecho penal moderno no se halla en lo «penal», en lo punitivo, pues este fenómeno ha existido siempre a lo largo de la historia y subsiste aún hoy al margen de lo que conocemos como Derecho penal. Su especificidad se encuentra, en cambio, *en ser «Derecho», en la juridificación del fenómeno punitivo, en el sometimiento del mismo al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico*[42]. Estos fines son tanto formales (así, por ejemplo, la garantía del principio de legalidad: la exigencia de tipicidad de las acciones punibles)[43], como materiales (así, las garantías de dañosidad social —exclusiva protección de bienes jurídicos—, subsidiariedad y fragmentariedad, proporcionalidad, resocialización, etc). En los dos ámbitos, sin embargo, los avances alcanzados a lo largo de la historia del Derecho penal hasta el S. XVIII son muy relativos, aunque en su momento pudieran parecer trascendentales. Así, por ejemplo, la «ley del talión», recogida ya en el Antiguo Testamento, supuso un notable avance en el sometimiento de la venganza privada o la reacción social a ciertos límites de proporcionalidad («ojo por ojo, diente por diente») que antes no eran respetados[44]. Asimismo, se produce una cierta determinación de los hechos merecedores de sanción, de las

---

[40] Ello no significa que no existiera, de modo latente, un aspecto relativo a la necesidad psicológico-social de que el autor de un delito sea castigado. Sobre ello, así como sobre la teoría psicoanalítica del «chivo expiatorio», se realizan algunas consideraciones más adelante.

[41] Una particularidad del Derecho penal en relación con los medios del control social informal en la actualidad podría constituirla la especial gravedad de la desviación (el delito), de la reacción (la pena), así como la eficacia (por el respaldo de los mecanismos represivos del Estado). Con todo, ello, que, además, podría discutirse si se tienen presentes determinados supuestos de control social informal especialmente drásticos, es meramente de orden «cuantitativo». Lo verdaderamente específico no se halla, pues, aquí sino en la juridificación de los presupuestos y de la reacción (formalización).

[42] Cfr. BARATTA, Poder y control n.º 0, 1986, p. 79-80 y ss. NAUCKE, KritV 1990, p. 249: «el poder punitivo del Estado se encuentra con el contrapoder del Derecho penal del Estado de Derecho».

[43] CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 126.

[44] Lo reconoce BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 123: «El bíblico 'ojo por ojo, diente por diente' es desde este punto de vista, más que la expresión de una actitud bárbara, el primer paso hacia una limitación de la reacción jurídico-penal en el sentido de la proporcionalidad». Por lo demás, KUNKEL, *Historia del Derecho romano*, (trad. J. Miquel), 5.ª ed., Barcelona 1975, p. 37-38, mostrando las amplias desproporciones que se daban en las reacciones de venganza de los agredidos.

mismas sanciones y de los procedimientos para su imposición. Sin embargo, si todo ello lo examinamos en perspectiva histórica, cabe concluir que los avances producidos entre el período del Derecho penal romano-germánico y el último período del S. XVIII apenas son significativos: el fin punitivo prima decididamente sobre fines garantísticos formales o materiales. El Derecho penal surgido de la Ilustración pone fin a ese estado de cosas pues en él aparece como misión autónoma la finalidad garantística. En efecto, la misión explícita de los nuevos Códigos es poner fin a la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, estableciendo de una vez por todas, y desde bases de legitimidad democrática, los presupuestos formales y materiales de la intervención del Derecho penal. Desde entonces no ha dejado de avanzarse en esta línea. Cabe, pues, observar que al Derecho penal surgido de la Ilustración le es inherente una tensión entre su aspecto «punitivo» y su aspecto «jurídico» que se manifiesta en un conflicto de fines: «preventivo» por un lado; «garantístico» por el otro[45].

> Así, argumenta BERISTAIN: «Porque al Estado-Leviathan, que tanto amenaza a la política moderna, y al delincuente no-convencional, el domador que mejor puede someterlos es el sistema legal prudentemente estructurado, el Estado democrático social de Derecho con un *ius poenale* vigoroso que, con sus leyes vinculantes, no menos a la autoridad que al súbdito, regule y limite el *ius puniendi*»[46].

Sentado lo anterior, podría resultar interesante proceder a una reformulación de las relaciones entre *Derecho penal objetivo* (ius poenale) y *Derecho penal en sentido subietivo* (ius puniendi). Lo decisivo del primero —desde esta perspectiva— no sería que asocie una pena (o medida de seguridad) a las conductas que describe como delitos, según la conocida y repetida definición de VON LISZT, sino, por el contrario, que impide la imposición de penas o medidas a hechos distintos de los comprendidos en su seno. Así pues, si hemos de expresar lo esencial, habría de concluirse que «Derecho penal» (en sentido objetivo) es el conjunto de normas que regulan o disciplinan el ejercicio del derecho penal (en sentido subjetivo: «ius puniendi») de que es titular el Estado»[47].

10. Lo anterior pone de relieve, al menos, dos cosas. En primer lugar, que el conjunto del Derecho penal se halla sometido a una tensión dialéctica, pero que ésta, que no puede ocultarse, no es un inconveniente, sino que se ha convertido en el motor de su evolución. En efecto, las sucesivas «síntesis» que reflejan el producto de la tensión de «tesis» (protección) y «antítesis» (garantías) se han ido resolviendo, con algún altibajo, en favor de atribuir creciente importancia al

---

[45] CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 209: «*Rechtsstaatliches Strafrecht steht gegen Zweckstrafrecht*».

[46] BERISTAIN, *Ciencia penal*, p. 34-35.

[47] Así las cosas, resulta obvio que es el conjunto de normas que integran el Derecho penal objetivo el que ha de ser sometido a análisis con el fin de determinar su legitimidad a la luz del principio de utilidad y de los demás principios garantísticos que debe cumplir.

cumplimiento de los fines «jurídicos» por encima de los fines del mecanismo punitivo[48]. Así, son cada vez más los ámbitos en los que las exigencias de prevención ceden ante los dictados del principio utilitarista de subsidiariedad, o ante los de proporcionalidad, resocialización, humanidad, en suma, como ponen de relieve la evolución de las penas y, en la actualidad, de modo drástico, las modernas tendencias político-criminales[49].

> Ciertamente, ésta es, según creo, la tendencia general de los dos últimos siglos, que, a mi juicio, no debería ponerse en tela de juicio por el hecho de que, en la actualidad, asistamos a ciertos fenómenos que reflejan una tendencia expansiva y de fuerte carga prevencionista en el Derecho penal: así, por ejemplo, en la legislación sobre terrorismo o estupefacientes[50].

Sin embargo, en segundo lugar, todo lo visto tiene una indudable trascendencia a la hora de decidir cuáles son los fines del Derecho penal. Pues, dado que hay, en su seno, dos fines en principio opuestos, se hace preciso decidir cuál de ellos, y en qué términos, prevalecerá, y, por tanto, a cuál de ellos se habrá de orientar la elaboración categorial del sistema dogmático del Derecho penal: si a los fines garantísticos que la doctrina, desde la Ilustración, ha atribuido al Derecho penal objetivo, a los fines tradicionales del «ius puniendi» o a la tensión de ambos. Quizá no esté de más poner de relieve que, a mi entender, la *«idea» de la teoría jurídica del delito,* expresión central del sistema dogmático del Derecho penal, tiene en sí una finalidad directamente garantística; se diría, concretamente, que, aunque goce de una innegable base (o, mejor, «marco») legal, constituye una garantía no escrita, supralegal[51], que impide la imposición de pena en los casos en que la conducta sometida a análisis, aunque aparentemente punible, no supera el sistema de filtros de que consta, por expresarlo gráficamente, la referida teoría del delito[52]. Se plantea, con todo, la cuestión del concreto «contenido» de la teoría del delito, cuestión diferente de la de la noción o idea de dicha teoría. ¿Cuál ha de ser, pues, la referencia de contenido de la elaboración

---

[48] No lo ve así NAUCKE, KritV 1990, p. 256, 259, etc, quien cree que el Derecho penal del Estado de Derecho ha degenerado hasta convertirse en una mera forma, incapaz de cumplir fines de limitación de la «política» (entendida como ejercicio de poder).

[49] Evidentemente, se da aquí un factor cultural que tiene una importancia fundamental. En efecto, es la evolución de la sociedad la que permite que se mantengan, como mínimo, las cotas tradicionales de control de la criminalidad, incrementándose simultáneamente las garantías formales y materiales de los delincuentes. Podría, pues, decirse que el ritmo dialéctico de evolución del Derecho penal es reflejo de un ritmo similar que se produce en las convicciones sociales: éstas oscilan de una posición de mayor exigencia de seguridad a otra de mayor exigencia de libertad. Es obvio que, tras una fase de ampliación de las garantías, se produce un cierto reflujo hacia posiciones de control. Pero nunca se alcanzan los niveles de control pasados, o, al menos, no de modo permanente.

[50] Ilustrativo sobre este aspecto HASSEMER, *Prävention im Strafrecht,* JuS 1987, pp. 257-266, en especial, p. 258 y ss. [Hay traducción española, debida a Bustos Ramírez, con el título de Prevención en el Derecho penal, en Poder y Control n.º 0, 1986, pp. 93-117]; EL MISMO, ARSP Beiheft 44, p. 138 y ss.

[51] Así también NAUCKE, *Grundlinien,* p. 33-34.

[52] Similar, NAUCKE, *Grundlinien,* p. 10.

categorial y sistemática de la teoría del delito desde una perspectiva teleológica? ¿Los fines de la «pena», esto es, de lo punitivo? ¿Los fines del «Derecho», esto es, lo garantístico? ¿El complejo de fines en tensión del «Derecho penal»?

11. A partir de lo anterior, y con los presupuestos metodológicos que se expusieron más arriba, algo me parece claro, y ello es que la elaboración de las categorías no debe orientarse únicamente a los fines de la pena (o de la medida de seguridad). A este respecto no es suficiente con la afirmación de que el fin del Derecho penal es el de sus consecuencias jurídicas (penas y medidas), configurándose los demás fines como meros «límites» a esa fundamentación puramente preventiva. De hecho, como se ha señalado, penas y medidas de seguridad no son las únicas consecuencias jurídicas de la aplicación del Derecho penal a un supuesto. Hay un tercer «*output*» del sistema del Derecho penal, que es la *libertad*, y que ha de tenerse siempre presente. Dada, pues, esta bilateralidad, la necesidad de lo punitivo como remedio contra la proliferación de la violencia informal, y la imprescindibilidad de criterios de utilidad y garantísticos como freno a las tendencias tiránicas del poder (a la expansión de la «violencia formal» del Estado) y factor de progreso (minimización progresiva de dicha violencia estatal), probablemente sea lo más razonable orientar la elaboración categorial y sistemática a los fines, en plural, del Derecho penal. Fines en permanente antinomia, en constante tensión, de la que surge, por tanto, también, la evolución del contenido y significado de los diversos conceptos integrantes del sistema dogmático. Aquí radica, según creo, toda la fructífera aportación de la propuesta de referir el sistema a la Política criminal; pues, en efecto, la Política criminal que lleva a cabo un determinado ordenamiento jurídico no es, según entiendo, sino la expresión puntual del estado de equilibrio, más o menos inestable, entre las finalidades básicas del entramado jurídico-penal en un determinado momento histórico.

B) Observaciones metodológicas preliminares.

1. En las consideraciones que se acaban de efectuar, habrá podido comprobarse que la materia de los fines del Derecho penal se analizaba desde una óptica peculiar. En efecto, al examinar dicha problemática desde la perspectiva de su eficacia legitimadora del Derecho penal, su estudio se ha situado en el plano del «deber-ser» y no en el del «ser». La cuestión, tal como se ha planteado, sería, pues, la de «qué fines *debe cumplir* el Derecho penal para que su incidencia sobre la sociedad quede justificada»[53]. Tal perspectiva, sin embargo, no es la

[53] En un sentido similar, la tesis de FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Roma-Bari 1989, passim, que parte de exponer «doctrinas de justificación», esto es, concepciones acerca de cómo debería ser el Derecho penal, sobre cuya base el jurista ejerce su función de proponer soluciones (prescriptivas) a los problemas jurídico-penales (p. 317-319). Vid. también CID/MORESO, ADPCP 1991, p. 157 y ss.

única desde la que puede afrontarse el problema de los fines del Derecho penal[54]. Estos, en realidad, pueden analizarse en tres niveles diversos: 1) en el nivel del «ser»; 2) en el del «deber ser» expresado por el Derecho positivo; y 3) en el del «deber ser» no condicionado por Derecho positivo alguno[55]. La primera perspectiva corresponde a los análisis empíricos sobre las funciones sociales del Derecho penal. Es, pues, competencia de las ciencias sociales (sociología, psicología, etc), que habrán de analizar las funciones que realmente cumple el Derecho penal en una determinada sociedad, aportando un elemento de confrontación con las conclusiones que se obtengan en el plano del «deber ser» y, por tanto, un fundamento necesario para la crítica de una eventual discordancia. La segunda perspectiva pretende —según suele declararse— descubrir cuáles son los fines que debe cumplir el Derecho penal a la luz del Derecho positivo (que debe entenderse tanto legal como constitucional, en lo esencial), pretendiendo, pues, hallar en éste información precisa al respecto. Tal empeño, sin embargo, debe entenderse, según creo, abocado al fracaso. El Derecho positivo, tanto en el nivel constitucional como en el nivel legal, no proporciona la imagen de un modelo concreto sobre los fines del Derecho penal. Cierto es que se contienen en él no pocas alusiones al respecto; sin embargo, las mismas no integran un esquema completo ni, por tanto, puede pretenderse extraer de ellas una «teoría de los fines del Derecho penal en el Derecho positivo». En este ámbito, como en general, el Derecho positivo —y ya hemos tenido ocasión de aludir a ello en profundidad— no constituye más que un marco en el que necesariamente han de moverse las construcciones doctrinales que se presenten como construcciones *de lege lata*. Dicho marco excluirá, ciertamente, algunas posibles fundamentaciones del Derecho penal; pero difícilmente podrá obtenerse la impresión de que impone una en concreto y mucho menos en la complejidad con que hoy se conciben tales teorías. También aquí, pues, será preciso proceder a una fundamentación filosófico-jurídica de la propia opción («la precomprensión»), sin pretender apoyarla de modo elemental en el Derecho positivo, aunque sí mostrando la compatibilidad de la misma con el tenor del referido Derecho positivo.

2. Así las cosas, una teoría de los fines del Derecho penal que pretenda construirse como teoría legitimadora del mismo debe elaborarse de un modo incondicionado, sin referencia a un Derecho positivo concreto[56], aunque sí, evidentemente, a un contexto histórico, político y social, pues éste condiciona sin lugar a dudas cualquier construcción acerca de la misión del Derecho penal *en*

[54] Cfr., al respecto, criticando la ausencia de una clara distinción —en los planteamientos de algunos autores— entre «la función que el Derecho positivo atribuye a la pena y la función que de hecho despliega en la vida social», MIR PUIG, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 19; también, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 269 y ss; CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 68.

[55] Cfr. MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, ADPCP 1986, pp. 49-58, p. 49.

[56] Otra es la línea seguida por MIR PUIG, *Introducción*, p. 90, entre otras, al dar preferencia al análisis de la función del Derecho penal positivo. También CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 15.

sociedad. Sólo una vez conocido qué fines *debería cumplir* el Derecho penal en una sociedad de constitución socio-cultural determinada, podrá decidirse si las atribuciones de fines compatibles con el Derecho positivo son correctas o no[57]. Se poseerá, ciertamente, una base crítica para analizar los términos de dicho Derecho positivo, y concluir su legitimidad o ilegitimidad. En relación con esto último, cabe afirmar ya ahora que la Constitución, en la que se plasma —en términos significativamente ambiguos— el consenso valorativo existente en nuestra sociedad, es, en buena lógica, un reflejo cualificado de las ideas culturales dominantes en nuestro tiempo, con lo que ofrece un amplio marco en el que cualquiera de las concepciones legitimadoras del Derecho penal desde las ideas filosófico-jurídicas contemporáneas puede hallar perfecto acomodo[58]. Otra cosa ocurre a propósito de las leyes penales. Un análisis de las mismas a partir de una concepción de los fines del Derecho penal con pretensión legitimadora puede mostrar que, en algunos casos, resulta dudoso, por lo menos, que la ordenación establecida por las disposiciones penales constituya el medio adecuado para el cumplimiento de los fines que debería cumplir un Derecho penal concreto para ser legítimo. En todo caso, es evidente la necesidad de analizar y tener siempre presentes los fines del Derecho penal en el marco del Derecho positivo[59]; entre otras cosas, es a tales fines a los que debe referirse la construcción categorial «de lege lata» en una dogmática teleológica del delito.

3. Lo anterior pone de relieve, por otro lado, la necesidad de ampliar el enfoque que pretende centrar el análisis de los fines del Derecho penal en los fines de sus consecuencias jurídicas (penas y medidas)[60]. Estas, dada su naturaleza, pueden dar cuenta de la finalidad de control (protectora, preventiva), pero apenas aportan nada acerca de la vertiente garantística del Derecho penal. Por expresarlo de otro modo, quien se centre exclusivamente en la misión de la pena-

---

[57]Estoy de acuerdo con MIR PUIG, *Introducción*, p. 89, en que es preciso distinguir entre el planteamiento (de lege ferenda) consistente en indagar las funciones que debería cumplir el Derecho penal y el consistente en examinar qué funciones cumple según (esto es, en el marco de) el Derecho positivo.

[58]Ello significa que la genérica atribución de fines efectuada por la constitución será, en cualquiera de sus concreciones, legítima.

[59]Como señala MIR PUIG, *Introducción*, p. 89, no cabe «...dejar de referir la problemática examinada al Derecho positivo, porque ello contribuye a crear un vacío lamentable en uno de los puntos centrales de a dogmática jurídico-penal».

[60]Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 257: «la función del Derecho penal no se agota con la que llevan a cabo las llamadas consecuencias jurídico-penales (pena y medida)», aludiendo también a una función de creación de delitos o de incriminación, que se cumple a través de los tipos y las «normas de referencia». En cambio, MIR PUIG, *Introducción*, p. 88 y ss, en concreto, p. 89: «Preguntar por la función del Derecho penal sigue siendo, pues, preguntar por la función de sus consecuencias jurídicas específicas: la pena y las medidas». En otro sentido sin embargo, ahora MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 12-1987. Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero, I, pp. 243-249, p. 247: «Tampoco la función del Derecho penal depende solamente de la función de sus consecuencias (de la pena y de las medidas de seguridad), sino también de la función de sus 'normas primarias'».

o de la medida se proyecta sobre lo punitivo (o asegurativo), aspecto heredado por el Derecho penal de los fenómenos punitivos previos a su existencia, pero no atiende, más que muy limitadamente, a la vertiente garantística del Derecho penal como instancia formalizada[61]. La atención a esta última, junto a la de control, exige centrarse en las normas penales, que establecen los presupuestos de la imposición de una pena o medida y, por tanto, delimitan los casos en que procede aplicarlas[62], de aquéllos en que no procede, fijando, a la vez, también, el «quantum» de esa imposición. En definitiva, pues, una perspectiva que quiera atender al auténtico complejo de fines que ha de cumplir el Derecho penal tiene que centrarse en los fines que ha desempeñar éste como conjunto de normas y, por tanto, en las normas primarias y secundarias que lo integran. Aun esto es, en parte, todavía reduccionista: un análisis acerca de los fines que ha de cumplir el Derecho penal, para ser legítimo, tiene que proyectarse, además de sobre las normas, sobre determinados principios suprapositivos de aplicación de las mismas. Tales principios contribuyen a la atribución de sentido a tales normas y en ellos, asimismo, puede hallarse la expresión de determinados fines legitimadores del Derecho pena: piénsese, a este respecto, en los principios de la teoría del delito. En definitiva, pues, el Derecho penal atiende al cumplimiento de sus fines básicamente mediante las normas primarias y secundarias que lo integran, así como mediante otros principios suprapositivos que sitúan a estas normas en una conexión general de sentido posibilitando su aplicación razonada. Es en tales normas —y en el grado de asimilación de tales principios suprapositivos— en donde debe comprobarse si un determinado ordenamiento jurídico-penal cumple (en el nivel del deber ser positivo) los fines que debe cumplir (en el nivel teórico-general) para mostrarse como legítimo.

4. Lo anterior explica probablemente también por qué, en el marco de una disyuntiva que no siempre se hace expresa, nuestra atención se centrará preferentemente en la «conminación penal abstracta», frente a la «pena efectivamente impuesta». La atribución de una auténtica relevancia al momento de la conminación penal abstracta debe estimarse íntimamente vinculada al liberalismo y a la codificación. En efecto, hasta aquel momento las conminaciones penales, perdidas en medio de un conjunto inabarcable de normas de vigencia personal o territorial y afectadas de lleno por el prácticamente ilimitado arbitrio judicial, apenas podían desempeñar papel alguno. Era, pues, la imposición y, sobre todo, la ejecución de la pena, la que cumplía con los efectos intimidatorios y todos los demás que se le quisieran atribuir. Al ponerse, en cambio, el acento en el

[61] Ello explica que, en los planteamientos acerca de la misión del Derecho penal que se centran en los fines de las penas y de las medidas, todo lo que aquí se entienden como fines —tan importantes como los demás— de orden garantístico aparezcan como meros límites de una misión del Derecho penal ya predeterminada.

[62] Sobre tal función incriminadora, que es la manifestación en Derecho penal de la función de ordenación social del Derecho, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 300 y ss.

momento de la conminación abstracta se subraya un factor decididamente liberal. El núcleo de los fines del Derecho penal pasa a ubicarse en el momento en que tiene lugar el diálogo racional entre la norma y sus destinatarios, relegando a un segundo plano los momentos, de signo más claramente aflictivo, de la imposición y ejecución de la pena[63]. En efecto, sólo la norma (con la conminación penal abstracta) establece pautas de conducta a seguir, con lo que cumple de modo racional su misión de prevención de delitos; a la vez, en ella se plasman buena parte de los criterios garantísticos del Ordenamiento. La pena concreta, en cambio, si se considera desprovista de una conexión con la norma primaria cuya infracción sanciona, no proporciona directriz alguna, con lo que difícilmente se halla en condiciones de prevenir nada. Si la imposición y la ejecución de una pena concreta merecen atención desde la perspectiva de los fines del Derecho penal, como desde luego sucede, ello es fundamentalmente en tanto que confirmación de lo establecido en la conminación abstracta (con independencia de lo cual también es cierto que cumplen otros fines específicos)[64]. Por lo demás, todavía hay tres razones para fijar preferentemente la atención en el momento de la conminación penal abstracta: por un lado, que, desde una perspectiva utilitarista, como la aquí seguida, la conminación penal constituye, en tanto que mera amenaza de pena, un mal menor que la imposición de ésta y, por tanto, debe preferirse como nivel de atribución de fines preventivos; además, la conminación penal abstracta no requiere en principio la imposición de ninguna pena concreta —como consecuencia de una infracción— para cumplir sus efectos preventivos: en tanto en cuanto no se produce una infracción, la conminación penal es suficiente para desempeñar por sí sola aquella misión; por último, la pena efectivamente impuesta, si bien es un instrumento de cumplimiento de ciertos fines del Derecho penal, constituye, por otro lado, la muestra evidente de su parcial fracaso (el fracaso, en un determinado supuesto, de ese diálogo racional, al que antes hacíamos referencia)[65]. De ahí que no pueda ocupar el lugar central de un análisis de los fines del Derecho penal. En otro orden de cosas, y para concluir, conviene señalar que las tensiones que más arriba hemos mostrado como características

[63] Ello, con independencia de que el fijar la atención sobre el momento de la conminación penal abstracta permite dejar de considerar los aspectos, tradicionalmente determinantes en la ejecución, de retorsión puntual, con la consiguiente desigualdad, para adoptar una perspectiva más racional, fría y permanente.

[64] En concreto, en ese momento puede ubicarse la llamada «función represiva» del Derecho penal: cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 6 y ss. En esa medida ninguna teoría podrá prescindir de la constatación de un «momento retributivo» (del hecho cometido) en la pena; aunque ello no constituya obviamente el fin legitimador de la intervención.

[65] Ello implica que la sanción penal concreta tenga un doble significado: por un lado, ciertamente, el de confirmar la seriedad de la amenaza; pero, por otro lado, inevitablemente, el de mostrar sin lugar a dudas que hay sujetos que infringen las normas, lo que puede incidir negativamente sobre la disposición de la población a respetar el Derecho (sentido de «mal ejemplo» que la pena concreta busca desde luego neutralizar, aunque sea discutible en qué medida lo consigue). Cfr. al respecto la exposición de NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 104, aludiendo a la teoría de Popitz.

del Derecho penal moderno se ponen de manifiesto tanto en uno como en otro nivel, aunque en el segundo se produzcan en el ámbito —relativamente limitado— de la determinación de la pena por el juez.

IV. 2. Referencia a las diferentes concepciones acerca del fundamento legitimador de la intervención jurídico-penal (Observaciones sobre las «teorías de la pena»).

A) Introducción.

1. En la actualidad, siguen siendo tres las teorías que tratan de dar respuesta a la cuestión de qué fundamento puede legitimar al Derecho penal para privar de la libertad o de otros bienes a los ciudadanos por la realización de determinadas acciones: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención general y la teoría de la resocialización[66]. Como puede advertirse, apenas ha cambiado nada desde el siglo XIX, en que se sentaron las bases teóricas de las tres concepciones.

> En realidad es común caracterizar el debate producido en el S. XIX como una discusión entre «teorías absolutas» (retribución) y «teorías relativas» (prevención general y prevención especial). Ultimamente, sin embargo, ha ido ganando peso la idea de que tal contraposición es, más bien, una simplificación esquemática de posturas que, en la práctica, se mostraban mucho más complejas y menos unilaterales. Concretamente, se ha señalado que todos los clásicos caracterizados como «retribucionistas» atribuían también al Derecho penal la misión de conseguir fines preventivos, mientras que los catalogados como «preventivistas» también se mostraban próximos a los retribucionistas, como lo revelaba su distinción entre «fundamento jurídico» y «función» de la pena. Si a ello se añade la existencia de numerosísimas propuestas en la línea de las «teorías de la unión», podrá concluirse que el panorama resultaba significativamente más complejo de lo que puede mostrar la usual contraposición de teorías absolutas y relativas[67].

En comparación con aquel momento histórico, tan sólo han perdido vigencia —al menos, en el plano teórico— la intimidación individual y la inocuización que, junto con la resocialización, conformaban, en el planteamiento de VON LISZT, la construcción de la prevención especial. Aquellos aspectos —constitutivos de la denominada «prevención especial negativa»— han desaparecido prácticamente, en efecto, como posible fundamento legitimador de la intervención puni-

---

[66] Cfr. HOERSTER, *Introducción al capítulo 4.º*, p. 180 en Hoerster (comp.), Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie, 2.ª ed. München 1980.

[67] Sobre todo ello, FROMMEL, *Präventionsmodelle*, passim, en especial p. 42, 113, 135 y 55, 193, donde indica que la corriente dominante en el S. XIX la constituyen las «verdeckt-relative Theorien» (teorías relativas encubiertas).

tiva, permaneciendo sólo en pie —y muy intensamente cuestionada como fundamento central de tal intervención, según pudo comprobarse *supra*[68]— la resocialización.

2. No se trata aquí de reiterar los contenidos básicos de cada una de tales propuestas, que cabe estimar sobradamente conocidos[69]. Sí, en cambio, conviene aludir a las causas por las que, de modo altamente significativo, todos los intentos más recientes de fundamentación de la legitimidad del Derecho penal pasan preferentemente por la prevención general[70], mientras que la retribución y la resocialización han quedado de modo decidido en un segundo plano. En el caso de la retribución, las razones de su superación como fundamento básico de la intervención jurídico-penal sobre personas y bienes de los ciudadanos son claramente culturales (o ideológicas). En efecto, para fundamentar el «adiós a Kant y Hegel»[71] se alega —entre otras cosas— que en el moderno Estado de corte liberal no son de recibo fundamentaciones metafísicas del recurso a la pena, que, rechazando toda referencia «final» para la misma, apelen al apriorismo de la realización de la Justicia absoluta[72]. Asimismo, difícilmente puede apelarse, en un Estado de constitución no teocrática, a la analogía del juicio humano con el Juicio Final Divino sobre los pecadores, para justificar su carácter desprovisto de todo fin trascendente al mero castigo[73]. Por otro lado, tal concepción, para poder fundamentar convincentemente el recurso a la pena, requiere la presencia de determinados presupuestos (muy especialmente, la culpabilidad en el sentido

---

[68] Cfr. *supra* capítulo II.2. C).

[69] Cfr., en España, las completas caracterizaciones de tales propuestas en MIR PUIG, *Introducción*, p. 60 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO *Sobre el concepto*, p. 200 y ss; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 3.ª ed., Madrid 1985, p. 21 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal* PG, 3.ª ed., Barcelona 1989, p. 21 y ss. Un trabajo fundamental en nuestro país sobre las teorías preventivas es el que en su día escribiera ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. Salamanca 1944.

[70] Debe quedar claro, en todo caso, que la prevención no constituye una misión que lleve su fin en sí misma, sino que, obviamente, se halla al servicio de un fin último del Derecho penal, que es la protección de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos esenciales. La prevención es, pues, el medio de tal protección: cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 97; recientemente, con detalle, MORILLAS CUEVA, *Notas sobre la función del Derecho penal en el Estado democrático y de Derecho*, en Estudios penales en homenaje del profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989, pp. 509-520, p. 510, 513, y 520, entre otras.

[71] Este es el significativo título del trabajo de KLUG, *Abschied von Kant und Hegel*, en Baumann (comp.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ Entwurf der Strafrechtslehrer, Frankfurt. 1968, p. 36.

[72] Cfr. al respecto, por ejemplo, ROXIN, *Wandlungen der Strafrechtswissenschaft*, JA 1980, pp. 221-227, p. 224; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 351, aludiendo a la necesidad de justificar la pena por sus efectos prácticos, necesidad característica de la racionalidad de nuestro tiempo.

[73] Cfr. la defensa de tal tesis retribucionista en PÍO XII, *Die Schuldvergeltung als metaphysisches Strafziel*, en Hoerster (comp.), Recht und Moral, pp. 185-191. Mostrando, en cambio, a mi juicio correctamente, como inconstitucional un Derecho penal de tal factura (*zweckfreies Strafrecht*), GIEHRING, *Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts*, KrimJ 1987, pp. 2-12, p. 3.

liberoarbitrista de la misma), sobre cuya existencia se da un vivo debate[74]. Entre otras críticas[75].

> Una cuestión que debe quedar aquí abierta es la posibilidad de construir y fundamentar una teoría retributiva desde perspectivas de «racionalidad moderna». Así, los intentos de concebir la pena como compensación (eliminación) de la ilícita ventaja obtenida por quien consigue la aportación (renuncia a la ingerencia) de los demás miembros de la sociedad, sin realizar por su parte la contraprestación equivalente[76].

Por lo que se refiere a la resocialización, por su parte, han sido razones tanto ideológicas como prácticas las que han motivado la progresiva superación de la misma como fundamento básico[77]. Así, por un lado, se ha dudado de la legitimidad de la absolutización del ideal resocializador por encima de otras consideraciones de proporcionalidad con el hecho cometido, igualdad de trato, etc; más radicalmente, se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de una intervención que puede tener como resultado una ingerencia inaceptabe en el esquema de valores del delincuente, con la finalidad de modificarlo. Por otro lado, se han dirigido también serias objeciones en contra de la viabilidad de un propósito resocializador en condiciones de privación de libertad. En definitiva, pues, existen dudas sobradamente justificadas acerca de que la pretensión resocializadora pueda, por sí sola, legitimar el recurso a la pena por parte del Estado; pues tal pretensión tiene escasa base objetiva y, además, es discutible que sea, en sí misma, legítima[78].

3. Las dificultades que ofrecen las fundamentaciones retributiva y resocializadora del recurso a la pena han determinado que el lugar central en orden a la legitimación del «ius puniendi» lo ocupe la fundamentación preventivo-general. Esta, que, de hecho, constituye probablemente la única constante en el pensamiento penal sobre los fines de la pena desde la época de la Ilustración[79], tampoco

---

[74] Cfr. al respecto, especialmente, ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, en sus Problemas básicos del Derecho penal (trad. LUZÓN PEÑA), Madrid 1976, pp. 11-36, p. 12 y ss.

[75] Un resumen de las mismas ofrece BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 120 y ss.

[76] Cfr. al respecto KINDHAUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, en Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima ratio-Prinzip, Frankfurt 1990, pp. 29-37, p. 36.

[77] Cfr. sobre esto ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 15 y ss.

[78] Cfr. sobre todo ello *supra* II.2. C) b). También BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 28-30.

[79] Cfr. al respecto MÜLLER, *Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1984, p. 38 y ss., aludiendo ya a Carpzov, Grocio, Hobbes, Pufendorf y Thomasio, así como p. 362, donde concluye que, a lo largo del S. XIX, no hay ninguna teoría que no atribuya a la imposición concreta de la pena una eficacia preventivo-general. La teoría de la prevención general (intimidatoria-«deterrence») se ha visto, además, fuertemente revitalizada en el ámbito norteamericano como consecuencia de la introducción de elementos de «análisis económico» en la fundamentación del Derecho penal: cfr. sobre ello, de modo crítico, OTTO. H.J., *Generalprävention*, passim, en especial, p. 129 y ss., 255; asimismo, y también desde una perspectiva fuertemente crítica, HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Frankfurt/Bern/New York 1987, p. 42 y ss.

se muestra, no obstante, exenta de problemas. A este respecto, se ha aludido reiteradamente a que la lógica de la prevención general, por sí sola, no puede superar la objeción relativa a que tal fundamentación hace posible la utilización de un individuo como instrumento de fines a él trascendentes, lo que vulneraría principios básicos de nuestro ámbito cultural[80].

4. Las dudas acerca de la viabilidad de un modelo «puro» de legitimación de la intervención penal han determinado que los últimos tiempos se hayan caracterizado por una proliferación de tesis mixtas o eclécticas (las llamadas «teorías de la unión», «teorías unificadoras», *Vereinigungstheorien*)[81]. Estas son de diverso signo. Así, las hay que parten de la retribución como finalidad básica, idea que resulta luego completada con referencias preventivas, como ocurre en el Proyecto gubernamental alemán de 1962; a la inversa, se dan fundamentaciones básicamente preventivas, respecto a las cuales la idea de retribución de la culpabilidad actúa a modo de límite. También dentro de los enfoques preventivos es posible distinguir según que el papel predominante se le asigne a la prevención general o a la prevención especial; en la actualidad, y superada la época de predominio de las consideraciones preventivo-especiales, que cabe centrar en torno al *Alternativ Entwurf* alemán de 1966[82], puede apreciarse un retorno a construcciones en las que el criterio básico es el preventivo-general[83]. Desde otro punto de vista, cabe distinguir entre doctrinas que se limitan a superponer los diferentes criterios sin establecer un orden claro entre los mismos, y otras que han intentado configurar desde perspectivas eclécticas la misión del Derecho penal recurriendo a criterios dinámicos, es decir, distinguiendo según los diferentes momentos de la operatividad del mismo y asignando a cada uno de ellos fines parcialmente diferentes. En este último nivel se sitúan las conocidas concepciones de SCHMIDHÄUSER (teoría de la diferenciación) y, más todavía, de ROXIN (teoría dialéctica de la unión)[84].

5. Las tesis eclécticas son, sin duda, dominantes en la actualidad[85]. Sobre todo si se acepta que muchas concepciones que formalmente no se adscriben a tal modelo global, en realidad sí reúnen elementos suficientes para ser integradas en el mismo. Si el término ecléctico se entiende en sentido amplio, no me parece forzado incluir en el mismo la mayoría de las concepciones que en los

---

[80] Al respecto, por todos, CEREZO MIR, PG, 3.ª ed., p. 21.

[81] Claramente, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 19.

[82] Sobre la doctrina expresada en éste, MIR PUIG, *Introducción*, p. 73-74.

[83] Cfr. por todos, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979, pp. 61-65, para el ámbito de la determinación de la pena.

[84] Cfr. la descripción de ambas doctrinas en MIR PUIG, *Introducción*, p. 75 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 220 y ss.

[85] Cfr. al respecto, por ejemplo, PAUL, Poder y control, n.º 0, 1986, p. 61, citando la doctrina sentada en este sentido por el Tribunal Constitucional alemán; CALLIESS, *Strafzwecke und Strafrecht*, NJW 1989, pp. 1338-1343, p. 1339. En España, cfr. la amplia exposición de CEREZO MIR, *Curso*, PG, I, 3.ª ed., p. 24 y ss; MIR PUIG, *Introducción*, p. 71 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 217 y ss.

últimos decenios se han presentado como retributivas, la teoría de la prevención general positiva y, en general, las doctrinas que, acogiendo nominalmente una fundamentación preventiva, añaden a la misma, a modo de «límites», un gran número de principios ajenos a la lógica de la prevención; éstos, en cuanto límites, puede decirse que co-fundamentan la intervención punitiva. En este amplio abanico de la doctrina dominante, de signo ecléctico, se dan, como antes se ha indicado, buen número de posturas diferentes, siendo difícil realizar al respecto afirmaciones generales. Con todo, no me parece aventurado estimar, como antes se ha apuntado, que la concepción más difundida es la que, sobre un fundamento preventivo-general[86], ha dado cabida en su seno a consideraciones derivadas del pensamiento retributivo (en términos garantísticos), así como a la necesidad (reconocida en la Constitución) de que las penas mantengan una vertiente que posibilite la resocialización.

> Las teorías de la unión no pueden estimarse el punto final de la evolución de la doctrinas legitimadoras de la intervención final. Si bien limitan los aspectos negativos de cada una de las teorías preexistentes, fracasan en la resolución de las antinomias de fines que, sin duda, aparecen, y, al menos a mi juicio, infravaloran la significación del Derecho penal como institución garantística[87].

B) «Utilidad» y «Principios garantísticos» en la fundamentación de la legitimidad del «ius puniendi».

1. La *teorización* del recurso a la pena en los siglos previos al S. XVIII fue, por lo general, de signo —al menos aparentemente— antiutilitarista. El utilitarismo, como concepción legitimadora del Derecho penal, debe estimarse fruto del movimiento de la Ilustración, logrando a lo largo del S. XIX una amplia difusión[88]. Por contra, las teorías absolutas aparecidas en el mismo contexto histórico apenas alcanzaron repercusión fuera del ámbito filosófico o teológico del que procedían[89]. En todo caso, es en este momento en el que puede ubicarse la consagración teórica definitiva[90] de las dos tradiciones fundamentales en cuanto a la *justificación moral de la pena:* la *tradición utilitarista,* que dirige

[86] Sobre el amplio predominio de consideraciones preventivo-generales en la discusión actual acerca de los fines del Derecho penal, HASSEMER, JuS 1987, p. 258, aludiendo a que en Norteamérica ello tiene lugar desde la perspectiva de una variante de la teoría del análisis económico del Derecho.

[87] En este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción,* p. 161.

[88] Aunque fuera a través de lo que FROMMEL, *Präventionsmodelle,* p. 113, 135 y ss., llama teorías relativas «encubiertas».

[89] Sobre la actitud crítica con que son recibidas por los juristas de la primera mitad del S. XIX las tesis kantianas, FROMMEL, *Präventionsmodelle,* p. 138 y ss., 149.

[90] Evidentemente, elementos de las dos tradiciones pueden hallarse en múltiples autores desde la antigüedad. Sin embargo, es en este momento en el que ambas cristalizan de modo definitivo.

su mirada al futuro teniendo como objetivo el logro de la felicidad general[91], y la *tradición kantiana*, que dirige su mirada al pasado[92]. El utilitarismo, en su vertiente preventivo-general o preventivo-especial, ha dominado, según creo, todo el desarrollo teórico del Derecho penal moderno, por mucho que, teniéndose presentes sus dificultades para conformar una teoría justificadora exclusiva, sus proposiciones siempre fueran matizadas[93].

Esta línea de desarrollo se rompe aparentemente en la segunda postguerra mundial. En efecto, una contemplación superficial del problema podría mostrar que en ella la concepción retribucionista ocupó un papel fundamental : así, no es infrecuente leer que, en tal momento histórico, por razones en cierto modo comprensibles, la misma adquiere una auténtica presencia en la realidad jurídica, trascendiendo al limitado ámbito de las construcciones filosóficas idealistas y de la reflexión ético-jurídica de raíz cristiana. Se alude, concretamente, a la voluntad de contrarrestar los excesos utilitaristas que en Alemania se habían sufrido especialmente de manos del régimen nacional-socialista[94]; y el medio de reaccionar contra tales excesos sería atribuir al Derecho penal una función de realización absoluta de la justicia sobre la Tierra.

2. Por mi parte, creo que las cosas pueden interpretarse de modo diferente. Y ello, no sólo a propósito de las concepciones «retributivas» surgidas en los últimos decenios en Alemania, sino incluso respecto a alguna de las figuras más representativas de las teorías absolutas: el propio HEGEL. En efecto, como pone de relieve un sector de la doctrina alemana actual, si se deja aparte a KANT[95], es más que discutible que los demás autores tradicionalmente calificados de retribucionistas conciban la pena como desprovista de fines sociales. Tal misión social aparece ya en el planteamiento de HEGEL a través de la idea de «restabecimiento del Derecho»[96] y, a mi entender, no está ausente en el planteamiento de ningún declarado retribucionista.

---

[91] Cfr. al respecto NINO, *Introducción*, p. 428. Desde este punto de vista la pena se legitima si es eficaz, si es necesaria y si, además, puede verse realmente como un mal menor.

[92] Cfr. NINO, *Introducción*, p. 429. Desde esta perspectiva, la pena se legitima por recaer sobre el sujeto responsable del mal que la pena retribuye y por ser proporcionada al mal causado y a la responsabilidad del agente.

[93] Cfr. al respecto las referencias de BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 30.

[94] Así, ROXIN, JA 1980, p. 223; CUERDA RIEZU, *El legislador*, p.21.

[95] Pero incluso la naturaleza del retribucionismo de Kant ha sido cuestionada en el ámbito anglosajón. Al respecto vid. *infra*. Por otro lado, últimamente HASSEMER, *Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz*, NStZ 1989, pp. 553-559, p. 555 nota 29, advierte la posibilidad de interpretar que incluso en Kant la justicia no es el fin último, sino condición de la vida social en común. Cfr. también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 29 nota 53.

[96] Sobre la concepción de Hegel, desde este punto de vista, STRENG, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, ZStW 92 (1980), pp. 637-681, p. 641, en especial nota 16. Un enfoque diverso del pensamiento de Hegel, es el que pretende seguir HERZOG, *Prävention des Unrechts*, p. 57 y ss, 89 y ss, proponiendo la recuperación del pensamiento de este autor para superar las fundamentaciones heterónomo-preventivas de la intervención punitiva del Estado.

A título meramente ejemplificativo, valga la referencia a MAURACH, quien, en defensa de la no vacuidad de la pena retributiva, señala: «Precisamente la cualidad de la pena retributiva estriba en su carácter absoluto desligado de todo fin, tal como se manifiesta en la exigencia de Kant de que se imponga al último asesino su pena aun cuando perezca con él la sociedad humana. *Esta actitud absoluta despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a las de los efectos propios de los fines de prevención.* Con respecto a la generalidad, significa la verificación del derecho; en relación al autor, la expiación de la pena»[97]. Naturalmente, no escapa a la atención que MAURACH habla de «efectos» sin atribuirles el rango de fines. Pero es curioso que lo único que se alega contra la vacuidad de la pena retributiva sean tales «efectos»; éstos pasan, pues, por lógica, a un primer plano en la legitimación de la propia pena retributiva. Por decirlo en palabras de HASSEMER: «Persecución de fines y negación de fines —esta paradoja no es un elemento exclusivo de la concepción de la pena retributiva de MAURACH, sino que constituye desde hace tiempo una característica de las teorías absolutas»[98]. Ahora bien, «una teoría absoluta que trata de justificarse considerando que la inexistencia de fin es la forma más inteligente y eficaz de perseguir un fin ha renunciado a sus fundamentos»[99].

Desde el momento en que la pena «retributiva» no aparezca justificada por sí misma de modo absoluto, sino por los efectos psicosociales que pueda producir, ya no podrá hablarse de «retribución» en sentido estricto, sino, a lo más, de «prevención a través de la retribución»[100]. A partir de aquí, la cuestión es si, progresivamente, esta retribución puesta al servicio de la prevención no pierde definitivamente su referencia a valores absolutos para aparecer instrumentalizada, en sus propios contenidos aparentemente retributivos, en función de las necesidades (psicosociales) de pena (preventivas, en suma). A mi entender, es esto lo que ha sucedido exactamente. Este deslizamiento resulta especialmente perceptible en la obra de un autor como JAKOBS, discípulo de WELZEL, y que inicia su Tratado[101] indicando que, como el propio WELZEL[102], atribuye al Derecho penal la misión de asegurar la vigencia de los «valores etico-sociales positivos de la acción». En él, la fundamentación retributiva pasa a ser preventivo-integradora, en la medida en que se atribuye a la pena la función de estabilizar la norma y de ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho. Sin embargo, son otros

[97] MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. CÓRDOBA RODA), Barcelona 1962, tomo I, p. 79-80. (El subrayado es mío).

[98] HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 126.

[99] HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 127. Cfr. también HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau/Frankfurt 1976, p. 77. A juicio de HASSEMER, JuS 1987, p. 264, es común a todas las teorías «absolutas» de nuestro siglo una defensa sólo semántica de la retribución ajena a fines, mientras que materialmente proceden a justificarse con consideraciones que pertenecen al ideario de la prevención general positiva.

[100] «*Vorbeugung durch Vergeltung*»: la frase es de Gallas, en Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, p. 4, citado por HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 76.

[101] JAKOBS, AT, 1.ª ed., Prólogo, p. V.

[102] WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª ed., p. 2.

muchos los autores que, en nuestros días, señalan asimismo que la mejor forma de prevenir es atenerse a las reglas de la «imputación justa» pero, bajo el término «justo», no entienden el valor absoluto de la justicia, sea cual sea su forma de concreción, sino la estimación social concreta acerca de cuál es la sanción justa en un determinado caso. Con ello, la «justicia» pasa a ser el eufemismo de la necesidad psicológico-social de pena, o de venganza. De ser todo esto correcto, no tendría por qué sorprender que JAKOBS cite en favor de su concepción las tesis de HEGEL[103], ni que Arthur KAUFMANN califique a la tesis de JAKOBS de retributiva[104]. Porque lo que ocurre, probablemente, no es que JAKOBS sea «retribucionista» en el sentido clásico del término, sino que la retribución, perdido su anclaje en los ideales de justicia absoluta, puede haberse ido convirtiendo progresivamente en una concepción preventiva-integradora, al sustituir aquella idea de justicia absoluta por la estimación que, acerca de la sanción penal justa, existe en un cuerpo social de configuración concreta y en un momento histórico determinado. Según se entiende, esta idea del castigo justo habría de ser satisfecha pues, de lo contrario, se correría el riesgo de no mantener la confianza en el Derecho, de no estabilizar la norma y de que, consiguientemente, se produjeran situaciones indeseadas: por un lado, reacciones informales de venganza, ante la insatisfacción por la respuesta penal al hecho; por otro lado, delitos del mismo signo («reacciones de emulación»), ante la falta de un refuerzo punitivo suficiente (para controlar los impulsos del *Ello*) de los dictados del *Super-Yo*. Como puede advertirse, por esta vía se ha descendido de la metafísica (reflexión abstracta de principios) a la psicología social.

> Así, por ejemplo, alude FLETCHER a la acogida, por parte del pensamiento utilitarista, de determinados principios (garantísticos), aunque no por su valor abstracto, sino porque la no acogida de los mismos produciría efectos negativos en la población (desmoralización, pérdida de confianza en el sistema). Ello, sin embargo, implica que lo acogido no es el valor o principio en sí, sino meramente su reflejo en las estimaciones o convicciones sociales: vgr. no la justicia o la igualdad, como principios obtenidos en virtud de una reflexión abstracta, sino la estimación social en un momento concreto acerca de lo justo o lo igualitario. Obvio es decir que lo uno y lo otro no tienen por qué coincidir[105].

---

[103] JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 1, n.º marg. 21 : «En Hegel la teoría absoluta adquiere una configuración, cuya diferencia con la prevención general positiva aquí sostenida es pequeña». La única diferencia radicaría en que, mientras que Hegel parte del concepto de Derecho en abstracto, en Jakobs el punto de partida lo constituyen las condiciones de existencia de una determinada sociedad.

[104] En general, entiende que la teoría de la prevención general positiva es, en su núcleo, retributiva, esto es, «Schuldausgleich»: cfr. Arhur KAUFMANN, *Über die gerechte Strafe*, en Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlín/New York 1986, pp. 425-431, p. 429.

[105] Cfr. FLETCHER, *Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht*, ZStW 101 (1989), pp. 803-818, p. 807-808. Como señala GALLIGAN, *Crime, Proof & Punishment*, p. 152, si se entiende que las restricciones al utilitarismo son «pragmáticas y condicionadas», las mismas resultan corruptibles cuando la finalidad principal se obtenga de un modo mejor por otras vías.

La cuestión es, ahora, si, con ello, no se produce una mistificación tanto de la prevención como de las pretensiones garantísticas de la retribución. De ello nos ocuparemos más adelante, al estudiar la doctrina de la prevención general positiva. Sin embargo, ya ahora debo adelantar que, en mi opinión, las cosas son, en efecto, así: Sumergida la retribución en un marco general preventivista de base psicológico-profunda, la misma pierde autonomía y, por lo tanto, capacidad crítica y limitadora de las necesidades preventivas. Lo justo, lo proporcionado, deja de ser un valor para convertirse en un dato empírico, cuyo alcance puede obtenerse en una encuesta (qué entiende la población, o un sector de la misma, por «sanción justa» en una situación determinada). El valor limitador que ello pueda tener me parece más que discutible.

> Algo, según creo, claramente diferente de lo anterior es lo que señala M. BAURMANN acerca de las razones por las que son reconocidos los principios garantísticos (vgr. culpabilidad, proporcionalidad) en el Ordenamiento jurídico. Ello, a su juicio, no se debería a una reflexión valorativa abstracta (de base filosófica), sino a un cálculo de utilidad individual (de costes y beneficios) —egoísta, por tanto, en última instancia— del hombre medio que se halla tras el Ordenamiento jurídico. A dicho hombre medio le «interesa» que rija el principio de culpabilidad para todos porque así no corre el riesgo, en el caso de delinquir él, de ser castigado sin culpabilidad; asimismo, le interesa que exista un «derecho a la proporcionalidad» (por la misma razón)[106]. Pues bien, como digo, esto es muy diferente de lo anterior porque esa naturaleza racional-económica de los móviles para la acogida de los principios no supone ninguna tergiversación de los mismos. Al contrario, la base individualista (y no de funcionalidad social) que se establece es la mayor garantía de que tales principios desplieguen toda su eficacia[107].

3. Pese a la reseñada tendencia general, cuyo análisis y crítica detallada me parece ineludible, dada la velocidad con que parece extenderse en el ámbito alemán, es cierto que también se dan otros movimientos que enlazan con el retribucionismo clásico, esta vez, según entiendo, desde perspectivas claramente antiutilitaristas[108]. Con todo, no creo estar lejos de lo correcto al afirmar que las aspiraciones de estas nuevas corrientes tampoco se dirigen hacia una nueva fundamentación metafísica del Derecho penal. De ahí que la expresión «neo-retribucionismo», que en ocasiones puede leerse en algún trabajo, deba emplearse con gran cautela. En realidad, más bien parecen apuntar tan sólo hacia una recuperación de la aportación práctica esencial del planteamiento retribucionista clásico: la exigencia garantística y el rechazo de toda instrumentalización del

---

[106] BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 145, 146, 148-149, 150-151.

[107] Próximo a Baurmann, HOERSTER, *Weinberger-FG*, p. 236.

[108] Cfr. la exposición de CALLIESS, NJW 1989, p. 1340-1341. También alusiones en FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale* PG, Bologna 1985, p. 410.

ciudadano[109]. Ciertamente, en esta línea pueden situarse planteamientos doctrinales de configuración diversa. Por un lado, planteamientos de un garantismo radical, que rechazan toda posibilidad de legitimación del Derecho penal sobre la base total o parcial de la prevención, apoyando toda posible legitimación del Derecho penal en su aspecto de *garantía material* o *formal* del ciudadano.

> A título de ejemplo: Un reciente planteamiento radicalmente garantista (en sentido material) es el de CALLIESS, que concluye afirmando que los fines de la pena carecen de toda función legitimadora del Derecho penal, aunque operen como criterios configuradores de la parte del mismo relativa a las sanciones. Textualmente: «El Derecho penal es Derecho de protección de los ciudadanos. Si bien cabe que las penas atiendan a fines, para el ciudadano el Derecho penal es un Derecho de defensa contra el Estado y, a la vez, garantía de protección contra la autoayuda arbitraria y violenta de otros»[110]. Por su parte, insiste en el aspecto garantístico formal NAUCKE, estimando que el mismo no puede hacerse compatible con la finalidad preventiva[111].

Por otro lado, propuestas que, pese a subrayar con insistencia los aspectos garantísticos (formales, materiales, o ambos), abrigan el común propósito de alcanzar un punto de compromiso entre las consideraciones utilitaristas (de la prevención) y de justicia. Las mismas pueden ser calificadas sin demasiados problemas, según entiendo, de tesis eclécticas, con todas las salvedades que se quiera.

> En esta línea pueden situarse los esfuerzos de la corriente del llamado «neoclasicismo» que, si bien insiste en la necesidad de respetar los principios garantísticos (legalidad, proporcionalidad, etc), no cuestiona la base preventivo-general[112]. También podría estimarse expresión de un punto de vista próximo, en mi opinión, la frase de NAUCKE de que «la prevención general, en realidad toda prevención a través de la pena, y los derechos fundamentales de la persona no se encuentran en una contradicción de principio siempre que el ámbito de las formas de conducta merecedores de ser prevenidas se determine con justicia»[113].

---

[109] Cfr. BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 122-123, indicando cómo los aspectos de culpabilidad y proporcionalidad insertos en la teoría retributiva la hacen atractiva modernamente desde perspectivas garantísticas.

[110] CALLIESS, NJW 1989, p. 1343. Sobre estas tesis, que son próximas a las de FERRAJOLI, ya mencionada, y HASSEMER, en algún punto, cfr. *infra* IV. 3. B) c), en el capítulo relativo a si puede afirmarse que lo fundamental en el Derecho penal sea el aspecto garantístico relativo a la prevención de las «reacciones informales».

[111] NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 23: «Genaue Rechtsstaatlichkeit und Pflege der Präventionsmöglichkeiten gegen Abweichung passen nicht zusammen. Rechtsstaatliche Prävention entsteht nicht, kann nicht entstehen» y p. 24. También HERZOG, *Prävention des Unrechts*, p. 15.

[112] Sobre el «neoclasicismo» cfr. *supra* II. 2. D) a).

[113] NAUCKE, *Generalprävention und Grundrechte der Person*, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt 1979, pp. 9-28, p. 23. Obviamente no me ha pasado desapercibida la aparente contradicción entre este texto y el anteriormente citado de NAUCKE; una resolución de la misma sólo es posible por la vía de entender que en el primero se piensa en una prevención regida por su propia lógica únicamente y en el segundo, en cambio, ya se parte de una integración de prevención y garantías.

4. Al ámbito de las tesis eclécticas (de utilitarismo y garantismo) pertenecen también, de modo destacado, los intentos de fundamentación del Derecho penal debidos a autores como RAWLS, HART o, en el ámbito hispano-hablante, NINO[114], los cuales, pese a la existencia de matices divergentes, muestran una toma de posición coincidente en lo esencial. Estos autores, en efecto, manteniendo una fundamentación básicamente utilitarista del recurso a la pena (de la *pena como institución*), introducen, no obstante, consideraciones de distinto género, que matizan o corrigen el principio fundamental, en el momento en que se trata de justificar la imposición de la pena a un sujeto determinado (*actos punitivos* concretos)[115]. Aquí, en este nivel de la imposición de una pena concreta a un sujeto concreto, no valdría la fundamentación del recurso a la pena en términos de una filosofía del «mal menor» sino que sería preciso mostrar la relación existente entre esa pena y el hecho cometido. Ahí radicaría —en su opinión— la virtud del pensamiento retributivo que, de hecho, ellos tratan de recuperar[116].

> En realidad, este planteamiento ha tratado de sostenerse incluso como una correcta interpretación del planteamiento de KANT. Desde este punto de vista, sería preciso distinguir también en la obra de KANT entre el fundamento de la existencia del sistema punitivo (*general jusifying aim*), por un lado, y el fundamento de la imposición de la pena a un individuo concreto y en una medida concreta (*issues of distribution*)[117]. Pues bien, sentado esto, para tal perspectiva, la fundamentación de lo primero no sería retributiva, sino que se hallaría en la intimidación o control de la criminalidad a fin de asegurar las leyes que garantizan la libertad de todos los ciudadanos (*consequentialism*); en cambio, la fundamentación de lo segundo sí sería retribucionista (*retributivism*)[118]. La conclusión de todo ello sería que KANT no se opone en sí a la instrumentalización de la persona como medio para la consecución de otros fines (preventivos), sino que tal oposición tendría lugar sólo cuando en dicha instrumentalización se vulnerara la dignidad de la persona al no respetarse el «*ius talionis*», el criterio de lo que a ella es justo o proporcionado, en atención a lo que ha cometido[119]. En conclusión, pues, el retribucionismo de KANT no sería absoluto (*throughgoing*), como tradicionalmente se le ha atri-

[114] Cfr. también, en la línea de Hart y Rawls, FLETCHER, ZStW 101 (1989), p. 813-814.

[115] Cfr. la extensa referencia al planteamiento de John Rawls en VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung* (colección Recht und Staat, 509), Tübingen 1982, p. 8 y ss. Sobre estos autores, vid. también COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 630.

[116] Vid. la expresión de este planteamiento en HART, *Prolegomenon to the principles of punishment*, en Punishment and Responsibility, Oxford 1968, p. 8 y ss; también en NINO, *Introducción*, p. 431-432. Más detalladamente en NINO, *Los límites*, p. 197 y ss. Este autor señala que, si bien toda pena se legitima sobre la base de criterios utilitaristas de protección social, la imposición de una pena socialmente útil a un sujeto concreto sólo puede admitirse cuando es consentida, es decir, cuando el sujeto sabe que esa pena es consecuencia necesaria de su conducta (teoría consensual de la pena).

[117] Cfr. el trabajo de SCHEID, *Kant's retributivism again*, ARSP 1986, pp. 224-230, p. 224 [Una exposición más detallada de su tesis se encuentra, según cita, en su propio trabajo Kant's retributivism, Ethics 93 (1982/3), pp. 262-282].

[118] SCHEID, Ibídem.

[119] SCHEID, ARSP 1986, p. 225.

buido, sino parcial[120]. Esta tesis, sin embargo, ha sido sometida también a crítica[121]: ello, no sólo porque se estima que hay múltiples textos de Kant que impiden sostener que el mismo adoptara una justificación no retributiva del sistema punitivo en su totalidad[122], sino, fundamentalmente, por apreciarse que no existe diferencia práctica alguna entre ese «retribucionismo parcial» supuestamente propio de Kant y el «total». En concreto, el punto de vista de Kant se opone no sólo a sancionar al inocente o a sancionar al culpable de modo excesivo, sino también a dejar de sancionar al culpable o a sancionarlo con pena inferior a la merecida. Ese supuesto utilitarismo en la fundamentación general no tiene, pues, repercusión alguna, ni siquiera en beneficio del reo[123]. Algo que, en el fondo, acaba reconociendo SCHEID, cuando señala que la distinción por él realizada tiene más trascendencia en el nivel de la filosofía política que en el de la práctica diaria de un sistema punitivo[124].

5. Las teorías que establecen tal diferencia de niveles a la hora de determinar el fundamento legitimador de la pena parten, pues, de rechazar que la retribución pueda constituir el fin general de la pena, con carácter legitimador[125]. Al contrario, como se ha visto, justifican la existencia del sistema penal en términos claramente utilitaristas. Otra cosa sucede, en cambio, cuando se plantea la cuestión de la atribución o imposición *(Zuerkennung)* de la pena, esto es, cuando se trata de decidir quién puede ser castigado y con qué pena[126]. En este punto se rescatan las aportaciones garantísticas del pensamiento retributivo tradicional, introduciendo criterios de responsabilidad y proporcionalidad[127]. El resultado es una teoría

---

[120] SCHEID, ARSP 1986, p. 224 y 229. SCHEID establece tres modelos, en los que considera la posición que pueda adoptarse tanto respecto a la justificación general del sistema punitivo, como respecto a la imposición de una pena concreta a un sujeto concreto. Estos son: el retributivo *absoluto*, cuando la fundamentación es retributiva en las dos cuestiones; el *parcial*, cuando la fundamentación retributiva sólo alcanza a lo segundo; y el *mixto*, cuando incluso en el segundo punto se entremezclan la fundamentación retributiva y la «consecuencialista».

[121] Cfr. PRIMORATZ, *On «partial retributivism»* ARSP 1985, pp. 373-377.

[122] PRIMORATZ, ARSP 1985, p. 374-375.

[123] PRIMORATZ, ARSP, 1985, p. 377.

[124] SCHEID, ARSP, 1986, p. 230. Insiste de nuevo en que las tesis de Kant no son plenamente retribucionistas, BYRD, *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its threat, retribution in its execution*, en Law and Philosophy 8, 1989, pp. 151-200, passim y p. 198 y ss., sino prevencionistas en lo relativo a la conminación penal y retribucionistas en lo relativo a la pena concreta, a fin de que el individuo sancionado sea un fin y no un medio de obtención de otras metas sociales.

[125] Cfr., por ejemplo, también HART, *Eine Vereinigungstheorie von Prävention und Vergeltung*, en Hoerster (comp), Recht und Moral, pp. 221-237, p. 223.

[126] HART, en Hoerster (comp.), *Recht und Moral*, p. 225.

[127] En cierto modo, podría estimarse que el planteamiento de FEUERBACH constituye un antecedente de posturas de esta naturaleza, empeñadas en hallar un compromiso entre una fundamentación utilitarista del Derecho penal y la atención a principios garantísticos derivados de los derechos fundamentales de la persona. En efecto, en la tradición de la Ilustración el Derecho penal se fundamenta en el cumplimiento de fines preventivos. Los derechos individuales no lo fundamentan, sino que lo limitan, o introducen determinadas reservas frente al mismo. Tal control o limitación del Derecho penal preventivo tiene lugar, sin embargo, no en la declaración de un comportamiento como punible, sino tan sólo en el nivel de las penas, esto es, en el de las reacciones contra un comportamiento previamente estimado punible según criterios puramente preventivos. El planteamiento de FEUERBACH representa un intento de hacer compatible

ecléctica de especial factura que pretende presentarse como la única posibilidad de superar la quiebra existente entre utilitarismo y principios garantísticos, o, en otros términos, entre las ideas propias del Estado de Derecho y del Estado social. En palabras de FLETCHER, la única solución sería establecer una alianza entre ambos, en virtud de la cual cada uno de ellos dominara un ámbito específico[128].

6. Sin dejar por ello de reconocer el valor del esfuerzo de clarificación que representan estas teorías, en mi exposición se adoptará un punto de vista discrepante de las mismas[129]. Desde la postura que aquí se estima preferible, los aspectos garantísticos no sólo deben tenerse en cuenta en el momento de la imposición de una pena concreta, sino que inciden directamente en la justificación del Derecho penal moderno[130]. Este, cuya especificidad radica en la «formalización» y en el desempeño de funciones garantísticas, debe atender a ellas no sólo a la hora de determinar la aplicación de una pena, sino ya en el primer momento en que tiene lugar su intervención: en el de la selección de objetos de protección jurídico-penal y la tipificación de las conductas merecedoras —en abstracto— de pena[131]. La idea es, en definitiva, que el Derecho penal no se legitima sólo por el fundamento utilitarista, sino que es preciso que responda también —en toda su globalidad como institución— a las exigencias garantísticas. A esta idea responden, desde luego, en mayor o menor medida, las tradicionales tesis eclécticas, así como las concepciones estructuradas sobre la dicotomía de *fundamento* y *límites*. Aquí se sostendrá, sin embargo, que todo ello son fines del Derecho penal, que los mismos se encuentran permanentemente enfrentados, dado que

---

la idea de que la pena sólo puede entenderse como reacción a un hecho injusto con la fundamentación preventivo-general del Derecho penal. Ello se consigue mediante una concepción preventivo-general (teoría de la coacción psicológica) de la conminación penal abstracta y una concepción kantiana de la imposición y ejecución de la pena concreta. Cfr. extensamente sobre el particular NAUCKE, en *Hauptprobleme*, p. 15 y ss. Todo ello podría explicar que JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 1, n.º marg. 27, afirme que la teoría preventivo general (coacción psicológica) de Feuerbach no es una teoría de la pena, sino una teoría de la amenaza de pena a través de leyes penales; la aplicación de la pena concreta, en cambio, no podría según FEUERBACH fundamentarse en términos de utilidad o eficacia, pues ello implicaría una instrumentalización del individuo en beneficio de otros, cosa que FEUERBACH, como kantiano, rechaza. La eficacia no sería, pues, más que un efecto secundario —aunque bien recibido— de una pena que se concibe de modo absoluto: como «consecuencia jurídica necesaria» del delito.

[128]FLETCHER, ZStW 101 (1989), p. 813-814.

[129]En sentido crítico de las tesis de Hart y Rawls, GALLIGAN, en *Crime, Proof & Punishment*, p. 149 y ss., indicando que, dada la justificación general utilitarista del sistema, no se explica la razón de esas restricciones en el nivel de la imposición de la pena en concreto; HOERSTER, *Weinberger-FG*, p. 231, concluyendo que esa combinación tiene el carácter de una hipótesis *ad hoc*, que en el fondo no es ni utilitarista ni prevencionista y que debe conducir a buscar otro principio; crítico también SADURSKI, *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, p. 255 y ss., 257, subrayando la imposibilidad de distinguir los principios aplicables a cada nivel y la necesidad de plantear en ambos la contraposición entre utilidad y justicia.

[130]En similar sentido crítico, COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 632.

[131]Cfr. en esta línea NAUCKE, en *Hauptprobleme*, p. 21 y ss. También SADURSKI, *Giving Desert Its Due*. p. 258, indicando que en ambos niveles «they must decide about the relative weight of justice and utility in punishment».

sus lógicas son diferentes e incluso contrapuestas, y que el fin legitimador del Derecho penal resulta de la síntesis de los mismos[132].

IV.3. Elementos de la propia concepción: Primero.— El fin de prevención general de delitos y reacciones informales de la sociedad

A) Planteamiento

1. La tesis que aquí se defenderá toma como primer punto de partida (ciertamente no único), según ya se habrá advertido, una consideración utilitarista: a saber, la de que lo único que puede legitimar la intervención punitiva del Estado es la evitación o, mejor dicho, el mantenimiento en unos niveles razonables, de los delitos y de las reacciones (informales) desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad. Es decir, en definitiva, la estimación de que las alternativas radicales al Derecho penal constituyen un «mal mayor» que la propia existencia de éste. Ello, naturalmente, debe comprobarse[133]. Así, debe ser objeto de algún análisis la cuestión de la idoneidad y eficacia de los mecanismos propios del Derecho penal para mantener los niveles de criminalidad en un grado aceptable; esto es, su idoneidad para cumplir el fin de prevención[134]. Con todo, y no obstante lo anterior, el cumplimiento del fin de prevención, si bien se estima condición necesaria de la legitimación del Derecho penal, no es condición suficiente. El Derecho penal, que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado[135]. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de principios garantísticos individuales. En el estudio de todas estas cuestiones, procederemos del siguiente modo: En este apartado nos detendremos en las

---

[132] Como señala SADURSKI, *Giving Desert Its Due*, p. 256, y luego trataremos de poner de relieve, «the appropriate decision should, if possible, maximize both justice and effectiveness».

[133] Como señala PAUL. W., Poder y control, n.º 0, 1986, p. 64-65, «...a diferencia de lo que sucede con la teoría absoluta, la validez de la teoría relativa de la pena se hace depender en la práctica irrevocablemente de su verificación empírica». Aunque luego él adopta un punto de vista escéptico al respecto: «El modelo de la prevención ocupa, sin duda, un puesto progresivo en la lucha por un Derecho penal más efectivo y mejor, pero su significado desde el punto de vista político-criminal es pobre. Una valoración histórica global demuestra que la teoría relativa de la pena no ha superado en Europa la prueba de fuego de la confirmación práctica y, como consecuencia de esta carencia de pruebas de su efectividad, su validez práctica general —si bien no en determinados casos concretos— es puesta en duda». En adelante se examinará con más detalle si ello es así.

[134] Prevención como medio para cumplir los fines de protección: reducción de la violencia informal: cfr. MORILLAS CUEVA, *Estudios penales, en homenaje al Prof. FERNÁNDEZ-ALBOR*, p. 520; LUZÓN PEÑA, *Alcance y función del Derecho penal*, ADPCP 1989, pp. 5-53, p. 46 y ss.

[135] La idea de que la legitimación del Derecho penal proviene de más de un frente y que, por tanto, ni la perspectiva retributiva absoluta ni la utilitarista absoluta tiene razón, la sostiene, en el ámbito anglosajón, GALLIGAN, *Crime, Proof & Punishment*, p. 162.

características de la prevención general de delitos estudiando las variantes de la misma, la clásica (negativa, intimidatoria) y las introducidas en épocas más recientes. En el apartado próximo, en cambio, examinaremos la configuración que adopta la otra finalidad del Derecho penal: la de reducción de los niveles de violencia estatal.

B) La prevención general negativa

a) Consideraciones generales.

1. El aspecto de prevención general negativa constituye un elemento común entre las finalidades del moderno Derecho penal y las propias del Derecho penal previo a la modernidad, Derecho penal privado y medios del control social informal. Se trata, pues, según parece, de una constante característica del fenómeno punitivo: sus efectos de intimidación. Tal efecto, sin embargo, no siempre se ha ubicado en el mismo momento del «iter» de la pena. Así, tradicionalmente ha sido vinculado a la imposición de la pena concreta y, todavía más, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido aflictivo. Al respecto, la gran novedad introducida por el liberalismo es que el cumplimiento de los fines de prevención general pasa a situarse en un nivel anterior, concretamente en el de la conminación penal típica. A partir de ese momento, la conminación penal abstracta se convierte en el eje de cumplimiento de la misión del Derecho penal, mientras que los momentos posteriores se muestran como manifestaciones de la seriedad del Derecho penal en el cumplimiento de aquella misión. Las connotaciones liberales de esta modificación son, como ya antes se puso de relieve, evidentes. En efecto, el momento central pasa a ser ocupado por un diálogo racional entre la norma y sus destinatarios, en el que ésta trata de disuadirles de la realización de comportamientos antinormativos, convirtiéndose los momentos esencialmente aflictivos en meras pruebas de la seriedad de las advertencias efectuadas. Pues bien, éste es el marco en el que se produce la formulación por FEUERBACH de su *teoría de la coacción psicológica,* según la cual, para disuadir al delincuente de la comisión de un delito, es preciso amenazarle con infligirle un mal que resulte superior al mal que le pueda suponer el renunciar a la comisión de dicho delito[136]. La teoría de FEUERBACH se basa, pues, en un modelo antropológico racionalista (utilitarista), el propio de la Ilustración, que concibe al hombre como un ser que pondera racionalmente las ventajas e inconvenientes que puede reportarle una determinada actuación[137]. Ello determina que, por ne-

[136] FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts,* 14.ª ed. Gießen, 1847, p. 37 y ss.

[137] Cfr. al respecto NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien,* p. 35. En nuestro país, el interesante estudio de TORÍO LÓPEZ, *El sustrato antropológico de las teorías penales,* RFDUC monográfico 11, Estudios de

cesidad, los mecanismos de la norma penal se conciban como operativos en el plano «consciente» del individuo, mediante un diálogo en el que se apela a la razón utilitaria del mismo, sin pretender, a lo que parece, conformar su esquema de valores —o, desde luego, sin pretenderlo de modo directo—. Tal concepción es puesta hoy en tela de juicio por algunos, que entienden que expresa una visión idealista del destinatario de las normas y de la forma de operar de éstas, que en nada responde a cómo suceden las cosas en la realidad[138].

> Así, señala HASSEMER que la idea preventivo-general «desprecia soberanamente la 'irracionalidad' fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico-penal, con la conminación penal y con la posibilidad de la ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo»[139].

Sin embargo, en todo caso, dejando aparte el nivel del *ser*, en el que cabe desde luego imaginar que las normas penales ejerzan primordialmente funciones distintas a la intimidatoria (aunque tampoco dudo de la existencia de ésta, en una medida por determinar), entiendo que en el nivel del *deber ser* las cosas no pueden ser muy distintas de lo que sostiene esta concepción de la prevención general negativa[140]. En efecto, estimo que una concepción liberal de las relaciones entre el Derecho y sus destinatarios —seres racionales— como la que subyace a esta doctrina constituye elemento necesario (aunque no suficiente, como se ha señalado ya y después se expondrá con mayor detalle) de la legitimación del

---

Derecho penal en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa, 1986, pp. 667-678, p. 671; por contra, las teorías de Kant y Hegel se basarían en un modelo antropológico metafísico, idealista (p. 669-670 y 676 y ss).

[138] Sobre ello NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 35-36. Cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 207, en relación con la crítica de que esta concepción parte de una concepción del hombre como «ser racional puro», ignorando otros aspectos de la psicología del delincuente, así como la incidencia de factores como la confianza en no ser descubierto; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 380 y 384-385, subrayando la importancia de los tabúes y los aspectos irracionales. En contra, más en la línea de lo sostenido aquí, BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschatt*, p. 116, indicando que el ser humano representativo de la sociedad moderna y occidental se caracteriza por dos rasgos básicos: la racionalidad (utilitaria) y la autonomía (esto es, por dar preferencia a la libertad y la autodeterminación personal).

[139] HASSEMER, *Fundamentos*, p. 384. También HERZOG, *Prävention des Unrechts*, p. 41, indicando que FEUERBACH parte de un concepto de hombre como «homme machine» y subrayando la coincidencia de las tesis de FEUERBACH con las conclusiones del moderno análisis económico del Derecho penal. Estas, resumidas por el propio HERZOG (p. 42-43), mediante la transcripción de textos de Posner son, elementalmente, que «Una persona comete un delito porque los beneficios que espera obtener del mismo superan los costes esperados»; así pues, «la función del Derecho penal, contemplada desde un punto de vista económico, consiste en imponer costes adicionales a la conducta contraria a Derecho». Sin embargo, asimismo, «dado que las sanciones penales conllevan un coste, es supérfluo emplearlas allí donde no afectarían al nivel de conductas antijurídicas».

[140] Como señala BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 117: «El modelo antropológico del Estado de Derecho es el del individuo racional».

Derecho penal[141]. Tal concepción, sin embargo, parece situarse en trance de desaparición ante la progresiva introducción de elementos irracionales, o la generalización de doctrinas que directa o indirectamente pasan por una conformación de la conciencia de los ciudadanos. Con todo, que esto sea así —y, según creo ello es lo que sucede con las concepciones que se agrupan en torno a la llamada «prevención general positiva»— no obsta a que una concepción que aparezca como síntesis de la prevención general negativa y de los fines de utilidad y garantía que se contraponen a la misma siga siendo, en mi opinión, en el plano del deber ser, la más idónea para legitimar la intervención punitiva del Estado. En efecto, ella, en mucha mayor medida que cualquiera de las demás alternativas, se aproxima al ideal de una intervención auténticamente «mínima» sobre la esfera individual de los ciudadanos.

b) Problemas de legitimación

1. La función intimidatoria del Derecho penal, entendida sobre la base de la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, plantea, al menos, cuatro problemas significativos: 1) el de la legitimación axiológica de la intimidación al delincuente; 2) el de su legitimación empírica; 3) el de la explicitación de los mecanismos de la intimidación; y 4) el del concepto de norma que presupone una concepción así. El primero de los referidos problemas ya fue puesto de relieve, con palabras muy conocidas, por HEGEL, al señalar que «la fundamentación de la pena de este modo la equipara al acto de levantar el palo frente a un perro, con lo que el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino precisamente como un perro»[142]. En cuanto a lo segundo, se trata de discutir si el conjunto de normas que integran el Derecho penal cumplen, efectivamente, una función de intimidación. Ello tiene que ver con lo planteado en el tercer problema, relativo a los mecanismos de la intimidación que, por lo general, no son desde luego directos (pues la mayoría de los destinatarios no tiene un conocimiento inmediato del contenido de las normas), sino más bien indirectos. Finalmente, la prevención general intimidatoria plantea el problema de si su aceptación implica de por sí la acogida de un determinado concepto de norma; ello tiene que ver también con la cuestión, relativamente discutida, de si lo que previene, intimida, es la pena o la norma. Como habrá podido advertirse, los tres problemas últimos

[141] Por eso no creo que afecte a mi planteamiento la crítica de HASSEMER, *Fundamentos*, p. 388, cuando este autor señala que «con 'intimidación' no se describen los efectos del Derecho penal en la comunidad. Estos son mucho más diferenciados y reales...» (el subrayado es mío). Yo, en efecto, no me ocupo ahora de las funciones que cumple el Derecho penal en sociedad, sino de los fines que debe cumplir para ser legítima su intervención. Sobre las funciones empíricas del Derecho penal, cfr. críticamente *infra* IV.6.

[142] HEGEL, *Apéndice al § 99 de Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), citado por ROXIN, JA 1980, p. 224.

muestran una más que notable proximidad. De hecho, pues, los problemas de una teoría de la prevención general son dos: el relativo a la *legitimación axiológica,* y el relativo a la *legitimación empírica* general[143], respecto a la cual deben examinarse sus presupuestos teóricos y prácticos. A continuación nos ocuparemos de ello, si bien algunos aspectos de los aludidos encuentran mejor acomodo en otros lugares de este texto, a los que remitimos[144].

2. Sentado que la doctrina de la prevención general negativa responde a una visión utilitarista de la intervención del Derecho penal, se plantean ciertamente dudas significativas acerca de la legitimidad de una concepción de tal índole[145]. Por lo general, las dudas doctrinales se han centrado en la imposición de la pena a un sujeto concreto: las bases utilitaristas de la prevención, se dice, podrían conducir a castigar a un sujeto no responsable del hecho, si ello se mostrara como necesario para evitar un mal social de trascendencia mayor. Sin embargo, con la misma razón podrían discutirse las conminaciones penales abstractas, en las que la utilidad puede llevar a subvertir las exigencias de la proporcionalidad abstracta. Sobre el tema, cabe hallar posturas extremas de uno y otro signo: Así, todavía hay quien entiende de modo radical que cualquier fundamentación preventiva del Derecho penal es esencialmente ilegítima, de modo que sólo la retribución de la culpabilidad, que responde a la idea ética de la dignidad del hombre como sujeto moral autónomo, puede sentar las bases de tal legitimación[146]. Por

---

[143] Sobre ambas cuestiones, por ejemplo, WALKER, *La eficacia y justificación moral de la prevención* (trad. Del Rosal Blasco), CPC 1980, pp. 129-145; ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell' irrogazione e dell' esecuzione della pena,* en Romano/Stella (comp.), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati,* Bologna, 1980, p. 32-48, p. 36-37; VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung,* p. 7; HAUPTMANN, *Sozialpsychologische Aspekte der Generalprävention,* en Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (5), Wien 1978, pp. 76-97, p. 76 y 77; MÜLLER, *Der Begriff der Generalprävention,* p. 27; DÖLLING, *Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?,* ZStW 102 (1990), pp. 1-20, p. 1 : «ethische Berechtigung», «tatsächliche Wirkung».

[144] Así, sobre los problemas que plantea la intimidación mediante normas y sobre los aspectos discutibles de la llamada «teoría de la motivación» cfr. *infra* V. 1.

[145] Cfr., por todos, HASSEMER, *Fundamentos,* p. 381: «La teoría preventivo general amenaza la dignidad humana» y p. 382: «la teoría preventivo general, sin referencia al fin de la retribución justa o al principio de proporcionalidad, es insoportable»; también p. 388; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 26. Críticas a los evidentes excesos de la lógica utilitarista también en OTTO. H. J., *Generalprävention,* p. 256 y ss, 268 y ss, entendiendo que un Derecho penal exclusivamente utilitarista no puede cumplir su función de ordenación social.

[146] Cfr., por ej., recientemente, BIELEFELDT, *Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts,* GA 1990, pp. 108-120, passim y p. 111, 119. Su discurso se apoya, entre otros argumentos, en una referencia a los procesos de delincuentes nacionalsocialistas que tienen lugar todavía en la actualidad: a su juicio (p. 118), si estos procesos, pese a su inutilidad preventivo-general y preventivo-especial, se siguen estimando necesarios, ello es por un mandato de justicia, de igualdad sin excepción arbitraria alguna. Esta consideración, además, mostraría, siempre según Bielefeldt, la deficiencia de las teorías que toman la culpabilidad como límite (así, la mayoría de las modernas teorías de la unión) y no como fundamento de la pena; tales teorías no podrían fundamentar por qué aquí, pese a faltar la necesidad preventivo-general y preventivo-especial, debe sancionarse penalmente. Lo cierto es, sin embargo, que esa sanción se ha tratado de fundamentar en criterios simbólicos y de prevención general positiva (conformación de las conciencias). Desde mi concepción, en cambio, tal sanción no puede fundamentarse.

otro lado, también se levantan voces que entienden que la «lógica de la prevención» en sí misma considerada, es suficiente para la legitimación del Derecho penal, en la medida en que los elementos de proporcionalidad o de responsabilidad son inherentes a esa propia lógica de la prevención[147]. A mi juicio, la posición correcta probablemente no se halla en ninguno de los dos extremos[148]. Por tanto, el problema de la legitimación axiológica de la prevención general (negativa) como teoría del Derecho penal sólo puede resolverse si se tiene presente que la legitimación no la posee en sí misma[149], sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal[150] y que, en consecuencia, lo que legitima la intervención penal no es la prevención de por sí, sino el esfuerzo por aproximarse en la mayor medida posible a la consecución de todos los fines (*tendencia a la maximización de la prevención, utilidad social y garantías individuales*)[151]. Ello permite, según entiendo, salvar sin problemas la objeción axiológica más frecuentemente dirigida contra las teorías de la prevención general, que sería su carácter utilitarista y, en consecuencia, sus posibilidades instrumentalizadoras[152]. Pues, además de que el cumplimiento del propio fin de utilidad social puede introducir restricciones importantes en la lógica de la prevención, el cumplimiento de los fines garantísticos del Derecho penal impide que el complejo resultante pueda ser acusado de caracter instrumental alguno.

3. La legitimidad de la prevención general ha sido sostenida, por lo demás, como ya se ha ido comentando, a partir de la incorporación a la misma de un *sistema de límites* que impidan los excesos de la lógica de la prevención o, en

---

[147] Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed, p. 150 y 55; también, LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis*, en MIR PUIG (comp), *Derecho penal y ciencias sociales*, pp. 141-157, p. 145 y ss, donde señala que la intimidación general es capaz de limitar a la pena en medida muy superior a la que se atribuye a las ideas de retribución, principio de culpabilidad, etc; en concreto, afirma que de la prevención general se deriva la exigencia de proporcionalidad de la pena con el hecho. En el sentido de que ni la retribución ni la reeducación pueden legitimar la intervención del Derecho penal, sino sólo su idoneidad para prevenir delitos, PAGLIARO, *Verifica empirica dell' effetto di prevenzione generale*, en RFDUC monográfico 11, Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa. Madrid 1986, pp. 501-515, p. 501.

[148] En el mismo sentido, OTTO. H. J., *Generalprävention*, p. 266 y ss, subrayando los inconvenientes de un Derecho penal meramente orientado a la realización de mandatos éticos o de derechos individuales de defensa frente al poder del Estado.

[149] En este punto estoy de acuerdo con NAUCKE, en *Hauptprobleme*, p. 11, cuando afirma que un Derecho penal de fundamentación puramente preventiva es contrario a la dignidad humana [citando en nota 7 el trabajo clásico de BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, JZ 1964, p. 338 y ss]. Cfr. también HASSEMER, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, pp. 117-139, p. 131.

[150] Próximo, BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 142; VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 11.

[151] La inclusión de las garantías individuales en el complejo de fines del Derecho penal supone, según entiendo, rescatar la principal aportación de la concepción retributiva clásica: su vocación garantística, elevándola al máximo rango como misión del Derecho penal. Cfr. sobre esta fundamental aportación de las teorías absolutas, HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 129; HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 77; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 204.

[152] Al respecto, VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 8.

términos que ya veíamos más arriba, mediante la distinción entre la legitimación de la pena como institución, en general, y de la realización de actos punitivos, en concreto. Ha sido ésta la línea seguida, por ejemplo, por RAWLS, HART o NINO, y, según entienden estos autores, permite hacer compatible una fundamentación utilitarista del sistema punitivo en su conjunto, basada en el consenso y compatible, por tanto, con la teoría del contrato, con una imposición concreta de la pena atenta a las circunstancias del hecho cometido y respetuosa, por tanto, de la dignidad del sujeto que la ha de padecer. Ambas concepciones son, desde luego, correctas y aptas para salvar la objeción de «utilitarismo instrumentalizador». Sin embargo, como ya se puso de relieve, plantean el problema, no irrelevante, de degradar lo que a mi juicio son auténticos fines generales del Derecho penal al rango inferior de meros límites o de principios de imposición de la pena en el caso concreto. En el planteamiento que aquí se seguirá esto no es así: los fines garantísticos se estiman tan esenciales como los de prevención, es más, se considera que el hacer hincapié en los mismos —junto con el constante replanteamiento de la noción utilitarista del «mal menor»— constituye el factor fundamental de dinamización y progreso del Derecho penal. Por expresarlo brevemente: el empeño garantístico es, junto con la constante revisión de la utilidad de los propios medios, la principal característica del Derecho penal de la modernidad.

4. La otra faceta de la fundamentación de una teoría de la finalidad preventivo-general del Derecho penal es la que se refiere a la *legitimación empírica* de la misma. En efecto, para que el Derecho penal pueda legitimarse, entre otros fines, por el fin de prevención general negativa, será preciso demostrar que puede ejercerla con eficacia[153]. El requisito de la eficacia preventivo-general del Derecho penal es, pues, imprescindible para una fundamentación de este último desde la perspectiva que aquí hemos adoptado. Tal análisis de la eficacia puede realizarse, sin embargo, al menos en dos niveles diferentes: en el nivel general, alusivo al Derecho penal en toda su globalidad como institución; y en el nivel particular, de determinadas normas o determinados grados de penalidad. Aquí nos ocuparemos del nivel legitimador general, esto es, de *si es correcto afirmar que el Derecho penal en su conjunto posee alguna eficacia intimidatoria,* dejando la consideración de aspectos concretos para el apartado próximo, relativo a la finalidad utilitarista de reducción de la propia violencia estatal, en contraposición a la lógica de la prevención.

5. Lo primero que ha de tenerse presente a la hora de fundamentar la eficacia intimidatoria del Derecho penal es que tal eficacia no se mide por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención[154]. Asimismo, que tal eficacia

[153] Sobre esta cuestión, y la necesidad de pruebas empíricas en este punto, Voss, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzen.* Ebelsbach 1989, p. 149 y ss., 164 y ss.

[154] En este sentido, VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung,* p. 26 y 27, así como nota 41: La eficacia preventivo-general no se puede medir desde la perspectiva de la erradicación del delito, ni

intimidatoria no la logra él solo, sino que, en todo caso, lo que hace es reforzar en términos intimidatorios la función de prevención del delito llevada a cabo por otras instancias del control social[155]. En fin, que el efecto intimidatorio del Derecho penal es tanto directo como, fundamentalmente, indirecto[156]. Sentadas estas premisas relativizadoras, parece que, intuitivamente, podría llegarse sin más al convencimiento de que el Derecho penal desempeña efectivamente una función preventivo-general de índole disuasoria[157]. Sin embargo, es lo cierto que son frecuentes las alusiones categóricas a que el Derecho penal no «intimida»[158], a que carece de eficacia preventivo general negativa[159]. Ello se ha afirmado desde diferentes puntos de vista: Por un lado, desde perspectivas próximas al abolicionismo, tratándose de poner de relieve que el Derecho penal no realiza ninguna función socialmente útil, lo que conduciría a la conclusión de que constituye una «causación de dolor inútil» y, en consecuencia, habría de prescindirse de él. Por otro lado, sin embargo, a partir de investigaciones de psicología profunda, tratándose de significar que la concepción intimidatoria no refleja la función fundamental del Derecho penal, al centrarse en los procesos racionales (eventuales cálculos de utilidad realizados por el destinatario de sus normas), cuando el Derecho penal, en realidad, opera fundamentalmente en un nivel subconsciente, estabilizando determinadas funciones psíquicas que son necesarias para desarrollar comportamientos individuales conformes con las normas[160]. Esta última crítica sería, como en parte ya se ha señalado más arriba, probablemente

---

tampoco, por tanto, desde la perspectiva de los delitos cometidos; lo decisivo es si hay autores potenciales a quienes la existencia del sistema penal disuade de cometer delitos; también KÖBERER, *Läßt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe —am Beispiel der Todesstrafe in den USA—*, MschrKrim 65 (1982), pp. 200-218, p. 215.

[155] Como señala SCHREIBER, *Ist eine Effektivitätskontrolle von Strafgesetzen möglich?*, en Schäffer/Trifferer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rödig Gedächtnissymposion, Baden-Baden 1984, pp. 178-186, p. 181, toda comprobación de eficacia de normas penales ha de tener en cuenta que ese comportamiento se ve influido por otros sistemas normativos (moral, costumbre, convención), así como por la propia conciencia personal del individuo; asimismo, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 45.

[156] Sobre otras peculiaridades de la eficacia intimidatoria del Derecho penal, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 240-241, citando a LUZÓN PEÑA.

[157] En este sentido, HAUPTMANN, en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (5), p. 81: la idea de que un hombre medio que calcule racionalmente en situaciones normales se ve influido por las conminaciones penales tiene en su favor un alto grado de plausibilidad. También PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 227 y ss., 284, quien, si bien reconoce la insuficiencia de conocimientos empíricos sobre este punto, concluye que el ciudadano normal se ve intimidado por la posibilidad cierta de imposición y ejecución de una pena.

[158] O, al menos, a que el aspecto intimidatorio no es el esencial.

[159] Cfr. las críticas que transcribe, sin compartirlas, VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 17 y p. 22 y ss. También la crítica de BARATTA, Poder y control, n.º 0, 1986, p. 85; HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 131; HERZOG, *Prävention des Unrechts*, p. 46-48. En España, estima no comprobada la eficacia intimidatoria del Derecho penal, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 26; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 125, habla de la existencia de conocimientos limitados al respecto.

[160] En este sentido, por ejemplo, STRENG, ZStW 91 (1980), p. 671.

acertada si se analizaran las funciones del Derecho penal en el plano puramente empírico. Ciertamente, los efectos irracionales, subconscientes (de psicología profunda) que la intervención penal puede producir en la sociedad son seguramente mucho más poderosos que sus funciones «racionales»[161]. La cuestión relevante aquí es, no obstante, si esos efectos irracionales podrían legitimar la intervención punitiva del Estado, esto es, si reúnen los requisitos para formar parte de una teoría justificativa del Derecho penal. Mi impresión es que no, aunque no dejo de reconocer que las tendencias en el ámbito de la prevención general se dirigen precisamente a resaltar tales aspectos en detrimento de los estrictamente intimidatorios. Con todo, la cuestión habrá de recibir cumplido análisis en el capítulo dedicado a la «prevención general positiva», al que me remito por el momento. En lo que hace a las críticas del primer signo, éstas se hallan probablemente en el origen de las múltiples investigaciones empíricas sobre la eficacia preventivo-general (intimidatoria) del Derecho penal, a las que haremos alusión en adelante. Al respecto, sin embargo, hay que poner de relieve que la mayoría de éstas parten del Derecho penal como un dato inalterable y no se plantean el hecho de cómo se comportarían los individuos si no hubiera Derecho penal, refiriéndose únicamente a los efectos de determinadas variaciones en el seno de un Derecho penal dado[162]. Ello, naturalmente, les resta valor en orden al tema que aquí nos ocupa. Por lo demás, tales investigaciones deben valorarse con prudencia: ni siquiera puede hablarse de que hayan cerrado la polémica en lo relativo a la incidencia preventiva de determinadas variaciones en la configuración del sistema penal. Con todo, sí han establecido determinadas distinciones que pueden contribuir a esclarecer en qué términos puede hablarse de una eficacia intimidatoria del Derecho penal.

6. La conclusión más extendida es que, mientras que los incrementos en la *severidad* de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos sí resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor *certeza* de la sanción[163]. Ello incide, naturalmente, de modo central en la cuestión de la legitimación empírica de unas y otras normas y conminaciones penales. Ahora bien, ¿cabe extraer de ello alguna consecuencia positiva en relación con la eficacia preventiva del Derecho penal como sistema global? A mi juicio, y contra lo que

[161] Efectos «racionales» que, según creo —y ya he señalado antes—, también se dan: en este sentido, replicando a la objeción de que la teoría de la prevención general intimidatoria se basa en una imagen errónea del sujeto (por excesivamente racional), VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 22, 23 y 24.

[162] Así, refiriéndose a la técnica de las encuestas, DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 7.

[163] Cfr. sobre este tema la interesante investigación empírica, ceñida al Derecho penal de jóvenes, de SCHUMANN/BERITZ/GUTH/KAULITZKI, *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, Neuwied/Darmstadt, 1987, cuyas conclusiones (p. 57-58) son que los jóvenes no se ven influidos decisivamente por la *gravedad* de la conminación penal (aunque fuera de privación de libertad) y sólo en cierta medida es afecta la *posibilidad de ser aprehendidos;* más relevantes en orden a la prevención son otros factores extrapenales (p. 152). Por todo ello, se acaba proponiendo una amplia despenalización en este ámbito, dado que no serían de esperar menguas relevantes en el efecto preventivo-general (p. 168).

se señala por algunos, la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. En efecto, si el aumento de la certeza de las sanciones penales (y, por tanto, en general, el aumento de la certeza de que el sistema penal funcionará satisfactoriamente) supone incrementos verificables en la eficacia preventiva de las normas, ello es indicativo de que el Derecho penal en su conjunto intimida más de lo que intimidaría su ausencia[164]. Si la *mayor* certeza de la intervención del Derecho penal intimida *más*, parece claro que ello se deberá a que el Derecho penal intimida *algo*[165].

> En términos matemáticos: si la intimidación del Derecho penal fuera igual a «0», las medidas dirigidas a multiplicar las posibilidades de hacer efectiva tal intimidación seguirían multiplicándose por «0» y siendo, en fin, igual a «0»; si, en cambio, al incrementarse los medios de garantizar la certeza, se incrementa la eficacia preventiva del Derecho penal, ello es porque, en la base, ésta no es igual a «0», sino que tiene alguna entidad.

Por lo demás, una de las más significativas aportaciones del Derecho penal (sobre todo, una vez codificado) como monopolio del Estado es, pese a todas las imperfecciones del sistema penal estatal, un considerable incremento de la certeza del castigo, respecto a los grados que podrían alcanzarse con formas no organizadas de control social. No en vano, tras ese sistema penal se encuentra toda la estructura del Estado, con la policía y el aparato judicial[166].

7. Si esto es así y como creo, puede hablarse de una fundamentación empírica de la función preventivo-general del Derecho penal en su conjunto[167], una conclusión resultaría evidente: se haría necesario contar con la posibilidad de que los procesos de despenalización de conductas o incluso (aunque desde luego en menor medida) el incremento de instituciones de renuncia a la pena conduzcan

---

[164] En el mismo sentido, PAGLIARO, RFDUC monográfico 11, p. 510: si consta la existencia de una relación entre la certeza de la sanción y la reducción de la tasa de criminalidad, ello será debido a que la sanción es vista como un mal y su presencia retrae de la comisión de delitos, lo que abona la tesis de la prevención.

[165] Por subordinado que sea el papel que la intimidación penal desempeñe entre los motivos que puedan incidir en la decisión de realizar o no realizar un comportamiento; cfr. al respecto ALBRECHT, *Die generalpräventive Effizienz von strafrechtlicher Sanktionen*, en Forschungsgruppe Kriminologie (comp.), Empirische Kriminologie, Freiburg 1980, pp. 305-327, passim y p. 318, indicando cómo el temor a la sanción aparece, entre las variables estudiadas en su investigación, muy por detrás de la relativa a la «vinculación (moral) de la norma».

[166] El efecto preventivo del Derecho penal se hace más claro si pensamos en que el Derecho administrativo sancionador (un Derecho punitivo en temas éticamente más neutros) tiene una eficacia preventiva que nadie puede discutir. ¿O es que alguien piensa que se circularía a la velocidad debida en la misrna medida en que se hace ahora aunque no hubiera amenaza de sanción?.

[167] En este sentido, con abundantísimas referencias a investigaciones empíricas, VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 44 y 46; SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, en Festschrift für H. H. Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin, 1985, tomo II, pp. 1081-1105, passim y p. 1103-1104; también KOLLER, ZStW 91(1979), p. 94, aunque reconociendo que diversas condiciones pueden incidir en que esta prevención sea mayor o menor (p. 87 y ss.). Escéptico, en cambio, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 26; vid. asimismo NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36.

eventualmente a disminuciones en la eficacia preventiva[168]. Sin embargo, al respecto faltan estudios empíricos suficientes y, por otro lado, es obvio que una cosa es que el Derecho penal (como conjunto) desempeñe funciones disuasorias superiores a las que existirían en su ausencia y otra, muy distinta, que ello suceda con todas y cada una de las normas penales. Tampoco desde esta perspectiva cabe descartar, pues, la posibilidad de despenalizaciones (con el consiguiente sometimiento de la materia al Derecho civil o al Derecho administrativo) que no redunden en una disminución de fectos preventivos. Pero, sin duda, muchos fenómenos de despenalización pueden acarrear tal mengua de disuasión. En la medida en que tales despenalizaciones fueran requeridas por razones de resocialización o no-desocialización, nos encontraríamos ante una situación de colisión, cuya resolución en un determinado sentido proporcionaría una síntesis, reflejo de la realidad político-criminal de un Derecho penal concreto en un momento dado. Por la misma razón en que se basan las consideraciones acabadas de efectuar, tampoco hay que esperar necesariamente un incremento disuasorio como consecuencia de la incriminación de una conducta constitutiva hasta el momento de ilícito civil o ilícito administrativo. Ciertamente, en unos casos será así, con lo que la criminalización estaría legitimada desde la óptica preventiva (aparte habría que considerar perspectivas de signo garantístico, por ejemplo). Sin embargo, en otros casos no cabrá esperar un mayor efecto preventivo, con lo que la criminalización se revelará injustificada desde perspectivas de prevención y, por tanto, básicamente ilegítima (esto es lo que sucede con determinados fenómenos de incriminación que persiguen metas básicamente simbólicas)

8. La afirmación de que el Derecho penal cumple efectivamente funciones de prevención general intimidatoria no indica nada todavía acerca de cuáles son los vehículos de esa intimidación, sobre todo si partimos del general desconocimiento que los ciudadanos tienen de las normas penales en sí mismas consideradas. A mi juicio, una visión realista del problema debe partir de que la eficacia disuasoria respecto de la comisión de un delito resulta, como ya se apuntó al principio, de un complejo de factores, de los que la intimidación penal estricta, indudablemente presente, probablemente no sea el más importante.

> Además, como ya se ha apuntado, esta intimidación no se producirá normalmente de modo directo, como parecería indicar el modelo esquemático de FEUERBACH, —algo que, por otra parte, sería imposible ante el general desconocimiento de las normas penales como tales—, sino mediante numerosas «instancias mediadoras»[169].

[168] Así, SCHÖCH, *Jescheck-FS*, tomo II, p. 1104.

[169] Sobre ello, LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 143. También, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 384. Sin embargo, por mucho que estas instancias reelaboren el mensaje normativo, no creo posible obtener la conclusión que HASSEMER extrae de ese hecho: a saber, que «la idea de que la norma penal influye en la actuación de los afectados por ella es falsa». Pienso, por el contrario, que las instancias mediadoras transmiten la intimidación penal recayente sobre determinados hechos (cada vez de modo más exacto, con los medios actuales de comunicación) y que, por tanto, puede hablarse de una eficacia intimidatoria indirecta.

Así, la posibilidad real de ser descubierto[170], la existencia (y el grado) de otros controles sociales[171] o el propio grado de internalización «moral» de los contenidos de las normas[172] son variables que inciden muy relevantemente en la prevención y explican, probablemente, las desigualdades existentes en cuanto al éxito preventivo respecto a unos y otros delitos[173]. Ahora bien, el reconocimiento de esta realidad no debe implicar, según entiendo, una banalización del aspecto intimidatorio estricto de las normas penales. Este seguirá siendo trascendente en tanto en cuanto haya personas que, por las razones que sean, delinquirían si no se las intimidara, y, dada tal intimidación, no lo hacen[174]; y negar que existan casos en que las cosas sean así no me parece posible en absoluto[175]. Por otro lado, la afirmación de que en la prevención de delitos se produce una superposición de instancias tampoco debe conducir a absolutizar el papel desempeñado por las instancias de control social informal (familia, escuela, confesión religiosa, empresa, etc.), que transmitirían los diversos contenidos valorativos, produciendo su progresiva internalización por el individuo: esto es, por vía educativa-moralizante (creadora de costumbres), y no intimidatoria. Personalmente, estimo que las cosas no son necesariamente así: Por un lado, dado el pluralismo existente en el cuerpo social, es dudoso que quepa hablar de una transmisión uniforme de los contenidos del sistema penal en los términos reseñados[176]. Por otro lado, en la actualidad los medios de comunicación que, ciertamente, constituyen el vehículo esencial de difusión pública de los contenidos de las normas penales, sin negar que lleven a cabo tal difusión en términos en buena medida educativos (esto es,

[170] Que, como es sabido, tiene mayor influencia que la gravedad de la sanción. Así, SCHREIBER, en Schäffer/Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, p. 184. También, por ejemplo, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 386, quien alude asimismo a la necesidad de distinguir según sujetos, delitos y situaciones de la acción.

[171] La coincidencia de las normas penales con los demás sistemas normativos obviamente las refuerza; la discrepancia, por contra, las debilita: SCHREIBER, en Schäffer/Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, p. 182.

[172] Como señala DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 7, la *«moralische Verbindlichkeit der Norm»* se convierte en la variable decisiva sobre todo en delitos graves, en los que es determinante de la no realización del hecho, mientras que el riesgo de la sanción apenas si incide. O, expresado en los términos de STRENG, ZStW 91 (1980), p. 670-671, cuanto mayor es el «tabú», menor es la necesidad de reforzarlo a través de la intimidación, y viceversa.

[173] En este sentido también VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 28 y ss, 31; PAGLIARO, RFDUC monográfico 11, p. 502-503. Ello también explicaría por qué muchos ciudadanos no delinquen ni siquiera aunque falte la coacción externa representada por el Derecho penal, aspecto al que alude, como «problemático», BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 25.

[174] Subrayando la existencia de casos en que, pese a la coincidencia de normas, es el imperativo penal, por las consecuencias que conlleva, el que resulta decisivo, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 47-48.

[175] Cfr. al respecto NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36, que aceptan que ello efectivamente sea así, si bien no lo estiman suficiente para una legitimación del Derecho penal.

[176] Aparte de que no pocas normas penales son éticamente neutrales o carecen de correspondencias en los ámbitos normativos extrapenales, lo que determina que su eficacia les sea imputable a ellas en exclusiva. Así, SCHREIBER, en Schäffer/Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, p. 182; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 45-46.

pretendiendo alcanzar una asunción del valor de que se trate, una internalización), desde luego también expresan el mensaje intimidatorio de la norma[177]. Así pues, el hecho cierto de que las normas no sean conocidas directamente, sino que su contenido trascienda a la opinión pública básicamente a través de los medios de comunicación no obliga a rechazar la eficacia intimidatoria del Derecho penal y a sustituir tal función por otra educativa-moralizante (por vía indirecta). A mi juicio, también respecto a la referida vía indirecta cabe hablar perfectamente de la existencia de una prevención general negativa (intimidatoria), la cual (a diferencia de los efectos educativo-moralizantes, también existentes) sí puede legitimar la existencia del sistema penal.

> A partir de estas bases, me parece posible mantener la concepción de que la norma jurídico-penal no es sólo una norma de valoración (un juicio de valor, cuyo contenido se va internalizando en los procesos de socialización), sino también un imperativo, una norma de determinación. Esta dirige sus directrices de conducta a los ciudadanos, tratando de motivarlos en contra de la realización de delitos, mediante la intimidación con el mal de la pena para el caso de que no atiendan a la referida motivación. El hecho de que la motivación no sea directa, sino indirecta —a través, por ejemplo, de la difusión dada por los medios de comunicación—, no altera, según creo, la estructura de diálogo racional entre la norma y los destinatarios que subyace a la teoría de la prevención general negativa. En cualquier caso, de los problemas del concepto y función de las normas jurídico-penales habrá ocasión de ocuparse más adelante[178].

9. Por lo demás, la concepción con origen en FEUERBACH acerca del «modus operandi» de la función intimidatoria del Derecho penal, debe puntualizarse en otro sentido. Así, resulta que no es sólo que la misma no opere de modo *directo,* sino casi siempre *indirecto;* además, debe afirmarse que opera no sólo *específicamente* (esto es, mediante una norma y respecto a una conducta delictiva determinada) sino también *genéricamente* (el Derecho penal como sistema global de normas contra el delito como conjunto de conductas «criminales»). Este último aspecto ha sido resaltado últimamente por DÖLLING. Este autor, en efecto, señala que una de las funciones básicas del sistema penal en su conjunto es la de influir, no ya sólo sobre las decisiones puntuales de infringir o no infringir una determinada norma, sino también sobre las decisiones fundamentales que adopta un sujeto «a largo plazo» y que configuran las líneas esenciales de su «estilo de vida»[179]. Estas líneas esenciales en la configuración de la propia vida pueden condicionarse a través de la educación (socialización e internalización de normas). Sin embargo, lo que aquí interesa es que el Derecho penal puede contribuir a

---

[177] Baste aludir a la difusión dada a ciertos procesos por delitos contra la Hacienda pública habidos contra famosos, en la que primaban desde luego aspectos intimidatorios (la idea de «cárcel»).

[178] *Infra* V.1.

[179] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 10-11, 12-13.

ello mostrando, a través de la intimidación —que, en estos casos, será también necesariamente indirecta— que la opción por el delito no merece la pena (*«crime doesn't pay»*[180]): en una palabra, desacreditando, en términos generales, y desde perspectivas de utilidad, la decisión por una carrera criminal, con el fin de lograr que el sujeto tome la decisión genérica de adecuar su conducta externa a las normas penales[181]. Ello, desde luego, no excluye la comisión puntual de algún delito, pero, sin embargo, sí reduce, en medida relevante, la probabilidad de que eso suceda[182], con lo que constituye un complemento esencial de la intimidación operada a través de las normas concretas.

c) ¿Autonomía del aspecto de la prevención de reacciones informales?

1. En nuestro planteamiento, la misión preventivo-general del Derecho penal tiene por objeto mantener en límites tolerables la comisión de delitos y la producción de reacciones sociales informales frente a la delincuencia. En un planteamiento así, este último aspecto no merecería ser singularizado: en realidad, las reacciones informales, si afectan a bienes jurídico-penalmente protegidos (del autor del delito o de otras personas a él vinculadas), no son otra cosa que delitos y los principios que rigen su prevención son los comunes. Si, pese a ello, ha parecido conveniente dedicar un apartado a la finalidad de prevención de reacciones informales, ello es debido a que se han dado ciertos planteamientos doctrinales —escépticos frente a la idea de «intimidación» y con pretensiones de fundamentar el Derecho penal desde perspectivas exclusivamente garantísticas— que sostienen que éste es el aspecto fundamental de la misión del Derecho penal[183]. Tales planteamientos parten de la evidencia de que la renuncia al Derecho penal tendría como efecto inmediato la aparición de sistemas informales de control, los cuales, dada la ausencia de formalización y la incidencia de fenómenos coyunturales o subjetivos, se mostrarían como muchos peores, en cuanto al grado de intervención, que el propio Derecho penal. Por tanto, lo que

[180] JENSEN, en *Social problems*, 1969, p. 189 y ss. [citado por HASSEMER, JuS 1987, p. 257].

[181] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 11. Conviene insistir en que lo que aquí interesa es la dimensión intimidatoria que desacredita, en puros términos de utilidad, las opciones que no pasen por una adecuación de la propia conducta a las normas penales. No, en cambio, la dimensión educativa del Derecho penal, la cual, a través de la internalización de las normas, puede asimismo condicionar intensísimamente el 'estilo de vida', pero a la que, a nuestro juicio, y como se verá, le faltaría la legitimidad.

[182] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 10.

[183] Cfr., por ejemplo, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 400-402. FERRAJOLI, Poder y Control, n.º 0, 1986, p. 37 : «fin primario»; acepta ciertamente también (p. 38) la función de prevención de delitos, pero indica que, mientras que la idoneidad del Derecho penal para el cumplimiento de este último fin es dudosa, es más cierta su idoneidad para prevenir las reacciones informales «aun cuando se haga con penas modestas y poco más que simbólicas». Cfr. también CALLIESS, NJW 1989, p. 1343: *«Gewährleistung des Schutzes vor willkürlich-gewaltsamer Selbsthilfe durch andere»*. Sobre ello, por lo demás, GIEHRING, KrimJ 1987, p. 8.

legitimaría fundamentalmente al Derecho penal sería la protección del autor de un delito frente a las reacciones informales de la sociedad, y sus intervenciones se hallarían legitimadas por proceder a canalizar las necesidades y expectativas de sanción despertadas en la colectividad por la conducta delictiva, impidiendo que las mismas generen reacciones informales. Esta legitimación pretende ser, pues, plenamente garantística: el Derecho penal ha de limitarse a imponer la sanción mínima que sea suficiente para proteger al autor del delito de eventuales acciones de venganza dirigidas contra él por parte de la víctima, su entorno o, en general, de la sociedad.

2. Esta construcción supone un interesante cambio de perspectiva, al poner de relieve una nueva dimensión garantística del Derecho penal, que, en este caso, no protege al delincuente frente al aparato punitivo estatal, sino frente a la sociedad. El resultado sería una configuración plenamente garantística del Derecho penal, con dos proyecciones: la protección del delincuente frente al Estado y la protección del delincuente frente a la sociedad. Con ello, parecerían poder eludirse las tradicionales críticas a las doctrinas preventivas: la sanción no sólo no instrumentalizaría al delincuente, sino que resultaría protegerlo también[184].

3. Sin embargo, pese al enorme atractivo de esta nueva presentación de los fines del Derecho penal, estimo que no hay razones para pensar que con ella se produzca una variación sustancial de los términos de la discusión: nos hallamos, pues, ante *«more of the same»*. Sentado, en efecto, que la misión del Derecho penal es la protección del delincuente frente a las reacciones informales de la sociedad, y que tal protección, y sólo ella, es la que debe determinar la medida de la intervención punitiva, se abre la duda de cómo habrá de protegerse al delincuente frente a las referidas reacciones. Y la respuesta, a mi juicio, no puede ser otra que la siguiente: o bien intimidando a la colectividad, en contra de la producción de tales reacciones (que, en la medida en que afecten a bienes jurídicos del delincuente, son delitos equiparables a cualesquiera otros); o bien estabilizando la conciencia jurídica de la colectividad alterada por la comisión del delito (devolviéndole a ésta la confianza en el Derecho o, en términos de psicología profunda, dando satisfacción a la necesidad psicológico-social de castigo)[185]. En definitiva, pues, la protección del delincuente frente a las reacciones

[184] Ya esto, sin embargo, se revelaría como inexacto, pues el fin de protección del delincuente frente a las reacciones informales de la sociedad y el fin de protegerlo frente a la propia violencia del Estado pueden pertectamente entrar en colisión, desde el momento en que el primero exija una pena que deba rechazarse en atención al segundo.

[185] Desde esta perspectiva veo dudoso que, como afirma FERRAJOLI, Poder y control, n.º 0, 1986, p. 38, puedan bastar, de modo general, penas modestas o simbólicas para producir el efecto de eliminación de reacciones informales. Ciertamente, en un plano teórico podría pensarse en normas penales sin sanción o con una sanción simbólica, en la medida en que ello satisfaciera las necesidades preventivas. Pero esto ya hace pensar en que tales normas sólo podrán darse excepcionalmente. De hecho, ya disponemos en el Derecho comparado de preceptos que prevén la mera declaración de culpabilidad con renuncia a la pena, etc. Pero se trata de supuestos de bagatela que no pueden generalizarse. En general, la sanción en forma de pena privativa de libertad o alternativa sigue siendo necesaria.

informales redunda o en prevención general negativa (intimidatoria) o en prevención general positiva (integradora)[186]. Un Derecho penal mínimo concebido como el mínimo imprescindible para la protección del delincuente frente a las reacciones informales sociales habrá de optar entre el mínimo imprescindible para intimidar y el mínimo imprescindible para estabilizar. *«Tertium non datur»*.

> De todos modos, es preciso poner de relieve que, cuando se habla de un fin de prevención de las reacciones informales, se está pensando en el fin que han de cumplir la efectiva imposición de la pena y su ejecución, con lo que esta teoría parecería situarse más próxima a la teoría de la prevención general positiva (que es una teoría de la pena impuesta) que de la prevención general intimidatoria (cuyo centro se halla en la conminación penal). Sin embargo, ello no me parece decisivo: el castigo al delincuente es prueba de que la amenaza (todas las contenidas en el Código y leyes penales) es seria y, por tanto, cumple efectos disuasorios para quienes deseen intentar algo contra tales leyes (infringiendo alguna de las normas penales).

Lo anterior muestra que tampoco esta nueva perspectiva logra eludir la necesidad de atender a la prevención general de delitos como uno de los fines del Derecho penal. En cambio, permite conectar con el interrogante de si tal prevención debe entenderse, para legitimar la intervención penal, en sentido negativo o intimidatorio, o en sentido positivo o integrador. La respuesta a tal interrogante exige previamente el estudio de esta última modalidad, que acometemos a continuación.

C) La prevención general positiva

a) Fundamentación y críticas

1. Es lo común en la doctrina, según creo, el afirmar que la doctrina de la prevención general «positiva»[187], estabilizadora o «integradora»[188] constituye un fenómeno reciente, de finales de los años setenta e incluso de comienzos de los ochenta, en donde alcanza su máxima difusión en la versión que de la misma

---

[186] Además de esta observación fundamental, puede objetarse a esta tendencia doctrinal su olvido de algo que, a mi juicio, resulta obvio: a saber, que, además del fin de protección del ya delincuente frente al Estado y frente a las reacciones informales, el Derecho penal ha de cumplir otro fin, lógica y cronológicamente anterior a las mencionados, que es el de proteger al conjunto de la sociedad frente a los *potenciales* delincuentes, tratando de disuadirles de la comisión de delitos. A este fin, que desempeñan en primer lugar las normas primarias, no se alude por tales doctrinas.

[187] Vid. esta denominación en HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 132.

[188] Vid. esta denominación en ROXIN, *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal*, en su *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (trad. MUÑOZ CONDE), Madrid 1981, pp. 147-186, p. 183. Críticamente sobre la expresión «integradora» por insinuar, a su juicio, una adaptación a una sociedad estáticamente considerada y a sus normas, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 163. Sobre la cuestión terminológica, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 17 y ss.

se desarrolla en el Tratado de JAKOBS, vinculándola a la teoría de los sistemas. Sin embargo, todo parece indicar que, aunque sin ser denominada así, materialmente ya existía en tiempos muy anteriores[189]. Al respecto, ya aludíamos más arriba a los indicios que permiten establecer una vinculación entre muchas de las teorías retributivas y las doctrinas preventivas construidas en el ámbito de la prevención de integración. Por lo demás, en la última edición del Tratado de WELZEL se contiene la siguiente declaración, muy significativa:

> «El concepto de prevención general se utiliza en dos sentidos diferentes, lo que a menudo pasa inadvertido: En el sentido más estricto, en el que se entiende predominantemente, la misma consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo. En el sentido más amplio, consiste en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación. (...) En aras de la claridad conceptual habría que evitar la utilización del término 'prevención general' para designar al segundo contenido, más amplio»[190].

Así pues, desde una perspectiva material podría afirmarse que existe una doctrina de la prevención general positiva o integradora desde el momento en que las tesis retributivas dejan de legitimarse apelando a la «majestad de la pena absoluta»[191] y a la realización de la justicia como valor metafísico, para pasar a hacerlo alegando los efectos sociales positivos de la «pena desprovista de toda función». Por citar de nuevo a WELZEL:

> «Las teorías de la prevención general ven el efecto principal de la pena, y, con ello, su función principal, en el influjo psicológico sobre la colectividad para la contención del delito (intimidación); ahora bien, en la medida en que, a propósito de este influjo, se piense en la conformación y fortalecimiento del juicio ético, se trata de un efecto de la retribución justa y sólo de la retribución justa...»[192].

La teoría de la prevención general positiva, por tanto, puede tener sus raíces en ciertos planteamientos desarrollados por las tesis retributivas[193]. Ello, sin

---

[189] Cfr. sobre ello PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 25 y ss; HETTINGER, *Recensión de «Fritz Loos (comp.), Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, Göttingen 1987»*, GA 1989, pp. 311-317, p. 313 cita a Anton Bauer, Die Warnungstheorie (1830), p. 155 y ss, 190, como el creador de una variante de la doctrina de FEUERBACH que ya incluiría elementos de prevención general positiva.

[190] WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., p. 242.

[191] Parafraseando a MAURACH: *«Die vornehmste Eigenschaft der Vergeltungsstrafe ist ihre zweckgelöste Majestät»* [Deutsches Strafrecht, AT, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, p. 77].

[192] WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., p. 241-242.

[193] En este sentido, también, WOLFF, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, ZStW 97 (1985), pp. 786-830, p. 799 y 800, señalando claramente que en la prevención general positiva aparecen como fines los que había reclamado para sí la teoría retributiva: concretamente, el de reforzar la fidelidad al Derecho de los ciudadanos. Aludiendo a que el concepto preventivo-general positivo se inserta en la tradición de la (equívoca) doctrina de la

embargo, no implica que sea en sí misma retributiva, sino que, por el contrario, las referidas doctrinas retributivas se habían desnaturalizado como tales[194], convirtiéndose en doctrinas preventivas justificativas de la pena por sus efectos sociales[195], aunque ciertamente no intimidatorias[196].

Por lo demás, la aparición, como producto de la intervención del Derecho penal, de efectos preventivo-generales de naturaleza no intimidatoria ya había sido advertida por diversos autores. Así, se ha hablado de la existencia, junto al efecto intimidatorio, de un efecto de *moralización* y otro de *orientación social a través de la creación de costumbres*[197]. Evidentemente, lo significativo no es que se adviertan tales efectos, sobre cuya existencia en el plano empírico existen probablemente pocas dudas[198]. Lo que importa es la trascendencia que se atribuya a esos efectos en el plano del deber-ser: esto es, si se funda en ellos o no la legitimación de la intervención del Derecho penal. Al respecto, hay autores que se limitan a hablar de ellos como efectos secundarios sin atribuirles un papel fundamentador[199]. Quienes, por el contrario, pasan a atribuirles tal carácter legitimador esencial[200] podrían estimarse ya defensores de concepciones de prevención general positiva. En España, puede mencionarse especialmente en esta línea (¡en 1944!) a ANTÓN ONECA, cuando señala que

---

«fuerza configuradora de las costumbres del Derecho penal» , SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik*, GA 1986, pp. 293-352, p. 350 nota 259. Sobre la vinculación entre la concepción de Jakobs y la tesis tradicional de Welzel sobre la misión de protección de los valores ético-sociales de la acción, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 102-103. Por lo demás, sobre todo ello, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 28 y 29.

[194] Cfr. al respecto MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht*, en Festschrift für H.H. Jescheck zum 70. Geburtstag, tomo II, Berlin 1985, pp. 813-827, p. 815.

[195] Cfr. STRENG, ZStW 92 (1980), p. 679, p. 679, indicando que, si bien la pena es, por su esencia, retribución, tal retribución no es un fin en sí misma, sino que es funcional al satisfacer las necesidades sociales de pena. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 29, habla al respecto de teorías mixtas, aunque estima que ponen su acento en la retribución.

[196] Como señala, desde otro punto de vista, HERZOG, *Prävention des Unrechts*, p. 48 y ss., 50, la doctrina de la prevención general positiva se aproxima ciertamente a las teorías absolutas, dada su crítica a las nociones de intimidación y de terapia; sin embargo, no parece que deje de ser una «teoría moderna», dado que se orienta a los «output», esto es, a las consecuencias externas.

[197] Así, por ejemplo, STELLA, *Il problema de la prevenzione della criminalità*, en Romano/Stella (comp.), *Teoria e prassi*, pp. 13-32, p. 22, siguiendo a Andenaes [cfr. las observaciones realizadas por éste en Teoria e prassi, p. 33-34]; sobre ello SCHUMANN, *Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung*. Heidelberg 1989, p. 3-5; también, FIANDACA/MUSCO, PG, p. 407-408; MORILLAS CUEVA, *Estudios penales en memoria del Prof. Fernández Albor*, p. 516.

[198] Pero cfr. SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, passim.

[199] Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 143: mantenimiento de la confianza social en el orden jurídico como efecto secundario y derivado; p. 146: «aun reconociendo que hay otro aspecto de la prevención general: el 'prevalecimiento del Derecho' *(Rechtsbewährung)*, también denominado —desde otro punto de vista— 'prevención estabilizadora' (...) he mantenido y sigo manteniendo que este aspecto debe entenderse como secundario y *derivado* del de la intimidación general». También, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 49, con referencias bibliográficas. Sobre la postura de MIR PUIG, vid *infra* IV.3.C)b).

[200] Cfr. la referencia de CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 22 a autores como H. Mayer, Antón Oneca y Noll; de nuevo sobre Antón Oneca en p. 26, con importantes observaciones para una historia del tema desde perspectivas españolas. También sobre antecedentes LÜDERSSEN, en *Hauptprobleme*, p. 58.

«la prevención general no es sólo intimidación. Su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad»[201] y que «la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral colectiva y actuación ejemplar conforme a sus principios»[202].

2. Las doctrinas de la prevención general positiva o integradora[203] —pues no se puede hablar de una doctrina única[204]— asignan a la pena un complejo de fines de índole, según entiendo, diversa, cuyo factor común es, sin embargo, el predominio de elementos ético-sociales.

En realidad, desde el análisis realizado por MIR PUIG[205], puede distinguirse entre concepciones *fundamentadoras* y *limitadoras* de la prevención general positiva. Las primeras (Welzel, Jakobs, Armin Kaufmann, según la interpretación de Mir) permitirían ir más allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social. Las segundas, en cambio, sólo buscarían limitar los excesos de pena debidos a razones intimidatorias, exigiendo penas que respondan a la conciencia social (así, Roxin, Hassemer, Zipf, según los interpreta Mir). Aquí nos ocuparemos básicamente de las concepciones fundamentadoras, que según creo van cobrando auge, si bien también se hará alusión, en sentido crítico, a algunos aspectos de las «limitadoras» pues tampoco éstas, a mi juicio, en algunas de sus formulaciones, son inmunes a la objeción de que toman como base una incidencia en el fuero interno de la persona.

En su base, se halla la consideración de que el Derecho penal no puede ni debe reducirse a la intimidación de autores potenciales, contemplados como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que, teniendo en cuenta además la relación del Derecho penal con los demás medios del control social[206], debe

---

[201] ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial*, p. 93, aludiendo a la exigencia de respetar la proporcionalidad y la culpabilidad (p. 93-94, citando a H. Mayer), así como de atender a la corrección (p. 95), como requisitos de la ejemplaridad y reafirmación de la moral pretendidas.

[202] ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial*, p. 97, aunque sin excluir, por ello la existencia de una función intimidatoria (p. 95-96).

[203] PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 19-20.

[204] En este sentido (además de lo que más adelante se señala respecto al punto de vista de Mir Puig y su distinción entre prevención general positiva fundamentadora y limitadora), SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 1, quien distingue tres modelos de prevención general positiva en función del grado de vinculación que establecen entre el Derecho penal y la moral: el de Helmuth Mayer, para quien el Derecho penal contribuiría a crear moral; el de Roxin, para quien la pena estabiliza la moral; y el de Jakobs, para quien la pena indica que la norma jurídica subsiste.

[205] MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 49 y ss.

[206] Es ésta una de las constantes del planteamiento de HASSEMER: cfr. HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 135; HASSEMER, *Fundamentos*, 392-393; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 162. Cfr. también ZIPF, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, en Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie. Festschrift für F. Pallin zum 80. Geburtstag, Wien 1989, p. 479-490, p. 489-490. Esta insistencia, desde ámbitos próximos a la prevención de integración, en mostrar la similitud del Derecho penal y los medios de control social es, a mi juicio, fuente de problemas. Pues, en efecto, mientras que los medios de control social se entienden en términos puramente funcionales, en el sentido de orientados a las consecuencias empíricas (de estabilización, integración social), en el Derecho penal la

tratar de influir positivamente sobre el arraigo social de las normas[207]. Frente a la intimidación, cuya tendencia al terror penal se pone de relieve, se pretende alcanzar una auténtica afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales, y ello, por la vía de una política penal humana, respetuosa de las garantías del Estado de derecho y atenta a los intereses de todos los intervinientes en el conflicto provocado por el delito[208]. A partir de esta base, se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición para cumplir las normas[209] (ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho). Para ello es importante una determinada configuración de las conminaciones penales que propicie luego la imposición al infractor de la sanción que esa colectividad sienta como justa (y satisfaga el sentimiento jurídico de tal colectividad)[210]. Ello redunda en el aspecto de estabilización de la norma. La sanción refuerza contrafácticamente la vigencia de la norma, puesta en tela de juicio por la comisión del delito, mostrando que lo incorrecto es precisamente el delito y que la norma continúa marcando una pauta de conducta vinculante[212]. Todo el esquema produce una impresión de fuerte connotación educativa: la pena, pues, y el juicio de desvalor que precede a su imposición, contribuyen de modo decisivo a formar la conciencia ética, valorativa, de la colectividad[213].

---

legitimación pasa por la asunción de principios (*Prinzipiendenken*), esto es, por una reflexión en términos no puramente funcionales. De ahí que tenga razón NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 23, nota 17, cuando señala que, cuanto más en relación se ponen Derecho penal y mecanismos del control social, más peligro corre la formalización, esto es, las garantías individuales. En concreto: «*Erst die Abtrennung des Straf rechts von sozialen Kontrollmechanismen ermöglicht die Auszeichnung durch —gemessen am Ziel sozialer Kontrolle: unzweckmäßige— Formalisierung*». De ahí que aquí se haya insistido desde el comienzo en que, si bien el Derecho penal tiene en común con otros medios del control social el aspecto punitivo, lo decisivo, lo característico del Derecho penal es la formalización, la finalidad de garantía, a la cual debe prestarse una especial atención. Aunque también es cierto que el propio HASSEMER [en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 136; *Fundamentos*, p. 400-401; en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 116 y ss] es uno de los máximos adalides de la formalización como característica del Derecho penal en el conjunto de medios del control social.

[207] MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 51; HASSEMER, JuS 1987, p. 262; ZIPF, *Pallin-FS*, p. 490.

[208] HASSEMER, JuS 1987, p. 262; MOOS, *Positive Generalprävention und Vergeltung, en Pallin-FS*, pp. 283-318, p. 302-303, quien critica el modelo intimidatorio de FEUERBACH como formalista, policial, autoritario, contraponiéndole el modelo de la prevención general positiva como el propio de la democracia y la solidaridad social. La pretensión parece clara: sustituir un Derecho penal que se impone desde arriba por otro que «integra» a los ciudadanos, gozando de su aceptación. La cuestión es, sin embargo, en qué medida esto se consigue y si la propia teorización de la prevención general positiva no imposibilita una real atención a tales fines.

[209] HASSEMER, *Fundamentos*, p. 392: «afirmación y aseguramiento de las normas básicas»; ROXIN, en *Culpabilidad y prevención*, p. 183: fortalecer la conciencia jurídica general con la satisfacción del sentimiento jurídico.

[210] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 15; críticamente, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 16-17.

[211] JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 1. n.º marg. 3. Según JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 1. n.º marg. 15, la función de la prevención general positiva es ejercitar en el reconocimiento de la norma, lo que comprende tres aspectos: ejercitar en la confianza en la norma; ejercitar en la fidelidad al Derecho; y ejercitar en la aceptación de las consecuencias. De todos modos (n.º marg. 16) también acepta la intimidación, aunque como efecto secundario, no misión de la pena.

[212] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 14.

[213] Ya KOLLER, ZStW 91 (1979), p. 70-71 y 85, hablaba de la existencia de un aspecto en la prevención caracterizado por lo educativo, por la eficacia configuradora de una moral («*moralbildende, sozialisa-*

> Como pone de relieve GÓMEZ BÉNITEZ, desde una postura favorable: «El Derecho penal se concibe como un mecanismo más de control para la integración social, específico pero no aislable respecto a otros instrumentos del control social corporizados, por ejemplo, en la escuela, la familia, el mundo profesional, etc. En este contexto, la prevención general será una teoría de la «educación colectiva o de la socialización» (...) que encuentra su centro de especificidad fundamental en la conminación penal y que opera en la medición de la pena difiriendo su efectividad a largo plazo, mediante una constante y ponderada medición socializadora (...) ya que persigue directamente la generación de hábitos conductuales social-éticamente aceptables[214].

3. Para las teorías de la prevención general positiva, la misión del Derecho penal se proyecta fundamentalmente sobre el fuero interno de los ciudadanos. Es ahí donde se trata de generar una actitud de «convencimiento»[215], de «fidelidad» al Derecho[216], mucho más eficaz, sin duda, que la mera intimidación, para el fin de protección de los bienes jurídicos de la sociedad[217]. A tal fin, sin embargo, no son suficientes las normas, publicadas como jurídicamente vinculantes. Tampoco basta, ante la producción de una infracción a las mismas que, ciertamente, de no ir seguida de consecuencia alguna, podría despertar dudas acerca de la permanencia de la vinculación jurídica de tales normas, con una declaración pública («simbólica») de que las normas siguen vigentes para todos. Es preciso que recaiga una sanción penal sobre el infractor[218].

> Como apunta SCHÜNEMANN, es característico de la idea de la prevención general de integración que «descubre la idoneidad y la necesidad de la pena para la protección de bienes jurídicos en el hecho de que, sin ella, el proceso de internalización de las normas y valores culturales por parte de la población sufriría, a la larga, menoscabo»[219]

---

tionssteurende Funktion»; cfr. asimismo DÖLLING ZStW 102 (1990), p. 16-17. En España, COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 619, cuando definen este aspecto de la prevención, advierten en él una connotación educativa fundamental «dado que la reprobación y el reproche de las violaciones del Derecho expresado en la pena puede penetrar en la conciencia ciudadana, reforzando el respeto al ordenamiento jurídico».

[214] GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)*, RFDUC monográfico 3, 1980, pp. 128-194, p. 143.

[215] Este es el término que emplea HASSEMER, *Fundamentos*, p. 393.

[216] Claramente ARMIN KAUFMANN, *La misión del Derecho penal* (trad. MIR PUIG), en MIR PUIG (comp.), *La reforma del Derecho penal*, II, Bellaterra 1981, pp. 9-22, passim.

[217] De ahí que se enlace con la doctrina welzeliana del fomento de los valores ético-sociales fundamentales de la acción, como medio indispensable para proteger bienes jurídicos. Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 101.

[218] Cfr. críticamente BARATTA, *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica* (trad. García Méndez/Sandoval Huerta), CPC 1984, pp. 533-551, p. 545; MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 57. Aunque existan otras posibilidades alternativas: entre ellas las medidas. Cfr. JAKOBS, AT, 2.ª ed, Ap. 1., n.º marg. 12 y 13.

[219] SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 350.

De los rasgos definitorios de la pena, como sanción estabilizadora (reforzadora de la fidelidad y confianza de la comunidad en el Derecho) se ocupa muy especialmente la doctrina de la prevención general positiva, que es, ante todo, una doctrina de la «pena».

> En realidad, puede pensarse en leyes penales que, aun sin haberse llegado a aplicar (esto es, sin haber dado lugar a una «pena»), produzcan efectos de «integración» de la población; así, las leyes simbólicas. Sin embargo, a medio/largo plazo, si a ese establecimiento de conminaciones penales no le sigue la imposición real de penas por las infracciones que se produzcan, tendrá lugar una pérdida de la confianza alcanzada en el Ordenamiento y, en definitiva, la «desintegración» y la no-estabilización de la norma. Para tal integración, tal obtención de confianza en el Derecho por parte de la población, no basta, por lo demás, según la doctrina de la prevención general positiva, con cualquier forma de reafirmación simbólica de la vigencia de la norma. Por el contrario, se estima necesaria la imposición de la pena como mal, sufrimiento, para el delincuente. Por ello estimo que, en efecto, la doctrina de la prevención general positiva es una doctrina de la pena (impuesta) más que de la conminación penal abstracta.

Para cumplir la función educativa que se pretende, es preciso que la sanción integre contenidos como la culpabilidad, la proporcionalidad (la justicia, en suma) que están arraigados en la conciencia popular y sin cuyo respeto al sancionar al infractor el Derecho penal no podría conseguir esa fidelidad que pretende obtener de la población[220]. Basándose en esto, es frecuente que se afirme la vocación limitadora de la intervención penal que subyace a las concepciones de la prevención general positiva[221].

> Así, HASSEMER: «Las normas no se estabilizan en las personas y en los grupos por la intimidación, sino, al contrario, por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia. Este convencimiento es perturbado cuando las normas son excesivamente gravosas, y, en cambio, es reforzado cuando la conminación penal y la ejecución de la pena —a pesar de su tosquedad y violencia— se presentan como medios para garantizar los bienes jurídicos y posibilitar la libertad humana. La teoría de la prevención general, entendida correctamente, encierra, pues, dentro de sí misma su propia limitación jurídico-estatal. Sólo dentro de estos límites puede el sistema jurídico-penal ayudar a la estabilización de las normas sociales»[222].

---

[220] Al respecto, MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS*, II, p. 818 y ss.

[221] En efecto, teóricamente, para reafirmar la vigencia de la norma y seguir mostrándola como pauta vinculante podrían bastar sanciones de poca gravedad (incluso meras sanciones extrapenales). Por otro lado, la exigencia de que las penas, para cumplir su función estabilizadora, deban responder a la conciencia jurídica de la población, obligaría —también teóricamente— a prescindir de penas excesivas o desproporcionadas. Estas podrían producir un efecto de rechazo, contrario por tanto al efecto estabilizador perseguido.

[222] HASSEMER, *Fundamentos*, p. 393. Cfr. también, al respecto, STELLA, en Romano/Stella, *Teoria e prassi*, p. 23.

Sin embargo, que ello se logre con la teorización de la prevención general positiva es discutible.

4. En efecto, en primer lugar, una concepción del Derecho penal que asigna a éste la misión de *ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad* al Derecho, de convencerlos de la bondad del sistema, parece más intervencionista que otra que se imita a *intimidarlos en contra de la realización* de conductas contrarias al ordenamiento. Además, resulta que el logro de esa actitud fiel, de ese convencimiento, requiere una interacción por la cual el Derecho recoja en sus sanciones las aspiraciones de aquellos cuya fidelidad trata de conseguir. Ello significa que la determinación de la sanción justa para un hecho no se regirá por una reflexión de principios, sino por una atención a las demandas de la población en este sentido, expresivas de sus necesidades psico-sociales[223]. La satisfacción de tales necesidades será, en efecto, una garantía del logro de la deseada «actitud fiel». A continuación trataremos de estos y otros temas problemáticos en relación con la prevención general positiva.

5. Apenas me cabe duda de que el Derecho penal tiene en la realidad (esto es, en el plano empírico) efectos coincidentes con los mostrados —como fines del mismo— por la prevención general positiva[224]. Así, tiene por un lado un efecto de *integración y estabilización social,* que pasa por la reafirmación simbólica de la norma como directriz válida, correcta, y la correlativa estigmatización del infractor como «sujeto desviado» a quien se *aisla* del grupo de los que «creen» en la referida norma[225]. En íntima relación con lo anterior, desarrolla una función *psicológica-profunda* sobre la sociedad[226]. Mediante la sanción del infractor, satisface la necesidad subconsciente de pena de la colectividad, cana-

---

[223] Moos, *Pallin-FS,* p. 308, pretende distinguir la confirmación de valores jurídicos, propia de la prevención general positiva, de una mera satisfacción de los instintos de la colectividad; sin embargo, en p. 311 acaba reconociendo que es el sentimiento jurídico de lo justo o lo proporcionado, producto del estado de cultura alcanzado, el decisivo a efectos de prevención de integración. Con ello, sin embargo, no salimos del ámbito de las necesidades psico-sociales: una cosa es el estado de cultura alcanzado en la calle (en donde se mezcla con múltiples manifestaciones irracionales) y otra la reflexión en el nivel de los principios culturales anclados en la Constitución. Una cosa es el populismo demagógico y otra la auténtica democracia.

[224] A pesar de la dificultad que entraña la comprobación empírica de tales efectos: cfr. Dölling, ZStW 102 (1990), p. 8-9; ya Gómez Benítez, RFDUC monográfico 3, 1980, p. 143; Hassemer, en *Derecho penal y ciencias sociales,* p. 138. Recientemente, Schumann, *Positive Generälpravention,* p. 14 y ss., afirma —apoyándose en estudios de campo realizados— que los modelos de la prevención general positiva son susceptibles de comprobación empírica. Aunque se muestra escéptico en cuanto al efecto estabilizador real de la pena *(passim).*

[225] Cfr., sobre este aspecto, Neumann/Schroth, *Neuere Theorien,* p. 103-104, poniendo de relieve cómo ésta «función» trasciende con mucho a la mera rehabilitación de la norma infringida, para prestar una auténtica contribución a la «plena integración de la sociedad».

[226] Sobre la relación entre prevención general positiva y mecanismos de psicología profunda, Streng, ZStW 92 (1980), pp. 660 y ss, 679, equiparando expresamente *«positive Generalprävention»* y *«Tiefenprävention»;* Luzón Peña, en *Derecho penal y ciencias sociales,* p. 152; detalladamente, Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención,* p. 40 y ss.

lizando el instinto de venganza[227]. A la vez, contiene el instinto de emulación del «ello» por medio del correlativo reforzamiento de los mecanismos de autocontrol (del «super-yo»)[228]. En otras palabras, y acogiendo el esquema explicativo del psicoanálisis, con la sanción penal se da cauce al mecanismo proyectivo del «chivo expiatorio», restableciendo el equilibrio emocional de la sociedad[229]. Finalmente, de la conjunción de la conminación y la sanción penal se desprenden efectos educativos sobre el cuerpo social, pues mediante ella se conforma la conciencia, reforzando la adhesión a los valores. De que las cosas son así en el plano empírico apenas hay posibilidades de duda, por mucho que el carácter científico-objetivo de las observaciones de la psicología profunda sea más que discutible[230]. La cuestión, sin embargo, no es ésta. Lo decisivo es si puede legitimar la intervención jurídico-penal una teoría que pasa por la estigmatización del delincuente como medio necesario de integración social de los no desviados[231]; si puede legitimarla una doctrina que pasa por la satisfacción de las tendencias irracionales, subconscientes, de la colectividad, que asume las necesidades sociales de castigo como baremo de decisión del sí y el cuánto de la pena[232]; si puede legitimarla una doctrina de base social-autoritaria, que atribuye al Derecho penal funciones de conformación de las conciencias, de fomento de actitudes internas de fidelidad, en lugar de limitarse a requerir un respeto externo a las normas jurídicas, sin pretender la internalización de los valores que ellas incorporan[233]. Personalmente, pienso que a todo ello debe responderse negativamente[234].

6. En favor de la doctrina de la prevención de integración se ha señalado que la misma es mucho más idónea que la prevención intimidatoria para asumir

---

[227] STRENG, ZStW 92 (1980), p. 650.

[228] STRENG, ZStW 92 (1980), p. 644.

[229] Sobre las doctrinas de la necesidad psicosocial de sanción, cfr. detalladamente LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 150 y ss.

[230] Al respecto, JÄGER, *Henkel-FS*, p. 132-133; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 92-93; LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 151, con esta y otras observaciones críticas.

[231] Críticamente, CALLIESS, NJW 1989, p. 1340; también, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 122. Hay que decir, por lo demás, que se encuentra en una contradicción tan directa con la idea resocializadora —que debe partir de la aceptación del «sujeto distinto»—, que parece imposible resolverla en una síntesis superadora: cfr. sobre ello NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 104.

[232] Cfr. críticamente LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 153, quien, tras constatar la vinculación entre la prevención estabilizadora y las necesidades psico-sociales de pena (descubiertas por el psicoanálisis), afirma: «no es de extrañar que algo (la prevención estabilizadora) que reposa sobre bases tan cargadas de emotividad, apasionamiento, prejuicios y falta de comprensión hacia el delincuente sea no sólo regresivo frente a lo objetivamente necesario para la protección de bienes jurídicos y a las exigencias preventivo-especiales de tratamiento adecuado del sujeto, sino que intentar defender de modo excluyente ese aspecto de la prevención general como el único racional o el más racional posible sea una racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales ocultos».

[233] El carácter moralizante de las tesis de la prevención de integración se advierte con claridad en planteamientos como el de MOOS, *Pallin-FS*, p. 300-301.

[234] También PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 261 y ss, 286, indicando que los efectos que pone de relieve el análisis psicoanalítico han de permanecer como consecuencias secundarias y nunca constituir el fin de la pena. Otro tanto, para la moralización y la función pedagógica, señala esta autora en p. 288.

en su seno los contenidos de los principios limitadores de la intervención penal (justicia, proporcionalidad, humanidad, etc)[235],puesto que la pena estabilizadora es, sobre todo, la pena «justa»[236], mientras que, como tradicionalmente se ha señalado, la prevención general intimidatoria tiende por esencia hacia el terror penal, esto es, el incremento de las sanciones penales[237]. A mi juicio, sin embargo, con tal inserción de las garantías individuales en el bagaje de la prevención general integradora se produce un doble fenómeno, que valoro en forma altamente negativa. Por un lado, las garantías individuales son tergiversadas, pasando de ser valores con un contenido propio de deber-ser — ciertamente variable con el transcurso del tiempo—, a conformarse como meras constataciones empíricas acerca de las necesidades sociales en un momento dado.

> Que ello es así, lo ponen de manifiesto las siguientes palabras de STRENG: «La culpabilidad del autor se muestra, pues, como un mero reflejo de las necesidades emocionales del juzgador, como el correlato proyectado sobre el autor de las necesidades de pena de los conciudadanos o del juez, desencadenadas por la acción de aquél y conformes al espíritu del tiempo»[238].

Por mi parte, estimo incorrecto sustituir el concepto de lo justo o proporcionado como expresión puntual de una determinada razón histórica y culturalmente condicionada (como *producto racional,* pues), por el sentimento de lo justo que, en un determinado momento, puedan tener los miembros de un cuerpo social[239]. En efecto, ese «sentimento de lo justo» no es otra cosa que un eufemismo que encubre la necesidad irracional de pena o de una determinada pena para contener los impulsos del subconsciente[240]. Ello, evidentemente, redunda en una instrumentalización clara del delincuente[241], que, en este caso, no puede

---

[235] HASSEMER, JuS 1987, p. 264. La doctrina de la prevención general positiva resolvería, pues, las antinomias de los fines de la pena: cfr. al respecto MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 50.

[236] En efecto, desde la perspectiva «integradora» el castigo aparecería fundado sólo cuando la ausencia del mismo tropezaría con la incomprensión de la población y afectaría a su fidelidad al Derecho [cfr. MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS,* II, p. 818]. Sólo entonces, si se castiga cuando la población estima que ello es debido y se hace con la pena que ella estima «justa», se produce el efecto de reforzamiento y estabilización de la conciencia jurídica [MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS,* II, p. 819 y 823].

[237] Cfr. MOOS, *Pallin-FS,* p. 312-313, entendiendo que, dado que, en casos no graves, la comunidad puede aceptar que se prescinda de la pena, y dado que para la integración lo decisivo no es la pena como mal sino su eficacia simbólica de estabilización, desde una perspectiva de prevención general positiva el Derecho penal puede cumplir sus funciones con una menor causación de daño.

[238] STRENG, ZStW 92 (1980), p. 656-657.

[239] Ello, sin embargo, es lo que se manifiesta en STRENG, ZStW 92 (1980), p. 649, cuando entiende que el término «retribución» debe interpretarse como «necesidad social de retribución» y, en nota 46, cita a Schmidhäuser [*Vom Sinn der Strafe,* 1963, p. 81], para indicar que la calificación de una pena como justa es una «*Vergeistigung unseres Vergeltungdrangs*».

[240] Aunque MOOS, *Pallin-FS,* p. 312, indique que la decisión no recae sobre la opinión pública (a través de prensa o de estadísticas) sino sobre el legislador y el juez, es lo cierto que los criterios de prevención de integración, para ser efectivos, no pueden tener otro referente que el conjunto de la comunidad.

[241] Poniéndolo de relieve, WOLFF, ZStW 97(1985), p. 802-803 y ss.

corregirse con la apelación a garantías individuales, pues éstas, supuestamente, se hallan incorporadas en el mismo concepto preventivo-integrador. Resulta, por tanto, inaceptable que lo que son productos psicológicos se hagan pasar como elementos de la esfera axiológica[242]. La pregunta, sin embargo, es si en la fijación del contenido concreto de esos valores cabe, realmente, sustraerse a ese influjo psicológico profundo, o, por el contrario, la determinación del valor «justicia», por ejemplo, siempre se halla lastrada por tales elementos del subconsciente[243]. Por mi parte, estimo posible una determinación distinta de tales principios: sin salir del plano cultural, pero buscándolos, no en las expresiones cotidianas, sino en la *meta* (ideal normativo) de la sociedad. Concretamente, como principios enmarcados en el programa de la Constitución, de contenido racional-garantístico, expresión de un deber-ser situado por delante de las tendencias sociales en la materia: esto es, como manifestación de derechos hacia cuyo pleno respeto afirma tender la sociedad constituida en Estado[244], por mucho que sus tendencias profundas resulten ser menos progresivas. En palabras de LUZÓN, siguiendo a GIMBERNAT, «no es ni debe ser misión del Derecho penal la satisfacción de los instintos de venganza, sino que éste puede ir por delante y ser más avanzado, o más exactamente: más racional y menos emocional que determinados sectores de la población»[245].

7. Lo anterior en cuanto a la tergiversación o mistificación que experimentan los principios de las garantías individuales si se insertan como meros componentes de la función de prevención general positiva. A tal mistificación, sin embargo, debe añadirse la anulación de la capacidad crítica que les es inherente como principios autónomos. En efecto, la doctrina de la prevención general positiva trata de presentar como coincidentes los intereses de la prevención y los intereses de los principios garantísticos: la mejor forma de prevenir, se dice, es atender a los criterios de la imputación justa. Sin embargo, las cosas no son así. En realidad, a nadie puede escapar la existencia de radicales contraposiciones entre los principios de las garantías individuales y los intereses sociales a los que sirve cualquier doctrina de la prevención (también la prevención general positiva). Lo que ocurre

---

[242] Sobre que una cosa son las representaciones psicológico-sociales de lo justo *(Gerechtigkeitsvorstellungen)* y otra los criterios normativos de justicia *(normative Gerechtigkeitskriterien)*, cfr. el informe de LAGODNY, *Diskussionsbeiträge der Strafrechtlehrertagung 1989 in Trier. Tagungsbericht*, ZStW 101 (1989), p. 908 y ss., 916.

[243] Esto último es lo que parece concluir STRENG ZStW 92 (1980), p. 661-662: *«Nicht das Schuldprinzip begrenzt oder bändigt ganz allgemein die Strafbedürfnisse, sondern das jeweilige gesellschaftseigene Ausmaß an Humanität, an Wissen um die Ursachen von Kriminalität und an Bereitschaft zur Hinterfragung von Strafbedürfnissen bestimmt über die Strafmentalität und damit über Gesetze, Gerichtspraxis und Strafvollzug»*.

[244] De principios «absolutos» habla WOLFF, ZStW 97(1985), p. 805-806.

[245] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 157 nota 46; LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 154. También señalan correctamente HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 169, la necesidad de que desde el Derecho penal se adopte una postura crítica frente a determinadas evoluciones sociales.

es que estos principios, construidos en sí como garantías individuales, se transforman —en el seno de la doctrina de la prevención general positiva— en funciones sociales, con lo que resulta lógico negar la contraposición[246]. La tergiversación del sentido de las garantías prepara el camino para su absorción por la idea preventivo-integradora y la anulación de su potencial crítico. Con ello, aparentemente no ha sucedido nada; en la realidad, sin embargo, tales principios desaparecen y sólo se emplean para legitimar una determinada opción preventiva de exclusivo fundamento psicológico-social[247].

> Ello se pone de relieve en el análisis de STRENG. En efecto, este autor, que pretende subrayar las posibilidades limitadoras de la prevención de integración frente a la prevención intimidatoria, reconoce que, en ocasiones, la necesidad social de pena puede ser considerable e impedir toda posibilidad limitadora[248].

8. La prevención general positiva, pues, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario[249], discriminatorio, que redunda en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos[250]. Dicha esfera, en efecto, se pretende conformar, de modo manifiestamente antiliberal, a fin de alcanzar una plena integración y estabilización social.

> Este aspecto debe subrayarse de la forma más clara. La prevención general positiva tiene un indudable sentido moralizante, «de imposición mediante la coacción de pena de una adhesión interna de los ciudadanos a los valores jurídicos», lo que sin duda es «impropio de un Derecho penal de garantía del individuo»[251]. Lo más coherente con tal Derecho penal, respetuoso con los derechos individuales, es «una *motivación en contra de la realización del*

---

[246] Como señala STRENG ZStW 92 (1980), la culpabilidad no puede limitar a los «*Vergeltungsbedürfnisse*» pues su concepto se construye sobre la base de éstos. Crítica, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 286: la culpabilidad, para poder limitar, ha de fundamentarse no como argumento empírico-social, sino como argumento valorativo deducido de los principios del Estado social de Derecho.

[247] En todo lo acabado de señalar se basa mi discrepancia, en la solución, con la tesis de OTTO H. J., *Generalprävention*, p. 265, 276 y ss., 287-288, pese a que nuestros análisis de la tensión de fines inherente al Derecho penal son próximos.

[248] Cfr. STRENG, ZStW 92 (1980), p. 660-661. Críticamente, WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 803.

[249] Como señala BARATTA, CPC 1984, p. 550, prevalece en ella la conservación del sistema sobre las necesidades y valores del individuo. Sobre la relevante aportación de la teoría sistémica a las doctrinas de la prevención general positiva, críticamente, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 43 y ss.

[250] Para CALLIESS, NJW 1989, p. 1339-1340, la doctrina de la prevención general positiva es precisamente un producto del moderno Estado intervencionista. Cfr., BARATTA, CPC 1984, pp. 533 y ss. También, ZAFFARONI, *El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales*, en Estudios jurídico-penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela 1989, pp. 747-766, especialmente p. 759-760.

[251] Críticamente, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed, Barcelona 1982, p. 32; también ADPCP 1986, p. 57 y 58. Asimismo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 41-42; MUÑOZ CONDE, *Nota a Hassemer, Fundamentos*, p. 394.

delito, que supone la existencia de una función intimidadora de la pena limitada a intentar conseguir un respeto *externo* al orden jurídico»[252].

Por lo demás, desde tal perspectiva «integradora» se puede concluir la necesidad de sancionar hechos que no se sancionarían desde la lógica de la intimidación, o de castigar con una pena mayor.

El tema es, desde luego, discutible[253]. Pero pienso, con LUZÓN, que «las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad (...) para mantener su fidelidad al Derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores —y menos fundadas— que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la prevención de intimidación»[254]. Baste pensar en el empleo autoritario del concepto de «inseguridad ciudadana» que cita LUZÓN, en las propuestas de restablecimiento de la pena de muerte y en tantos otros ejemplos de introducción o elevación de penas claramente no intimidantes para dar respuesta a sedicentes «demandas sociales» de castigo[255]. Obviamente, tal posibilidad de una pena mayor no se daría en las concepciones de la prevención general positiva limitadora, que sólo hacen operar al aspecto integrador por debajo de las necesidades de intimidación[256].

b) La «concepción limitadora» de la prevención general positiva.

1. Como ya antes se ha apuntado, en nuestro país se ha desarrollado por MIR PUIG una concepción peculiar, consistente en rechazar una concepción *fundamentadora* de la prevención general positiva, aceptando, en cambio, la versión «integradora» de la prevención general en la medida en que ésta pueda aportar

---

[252] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto,* p. 274 (subrayados en el original).

[253] Cfr. la valoración de algunos de sus aspectos en DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 16; MOOS, *Pallin-FS,* p. 312, aludiendo a casos en que podría prescindirse de la pena desde perspectivas de integración, mientras que ello no cabría desde una óptica de intimidación. De todos modos, una cosa es cierta: que desde la perspectiva «integradora» no es admisible una pena distinta de la estimada «justa», esto es, tampoco la inferior a la medida (estimada) de la culpabilidad. Ello significa, sin duda, que en algunos casos habría que imponer la pena para dar satisfacción al sentimiento jurídico de la comunidad, pese a que la resocialización pidiera prescindir de ella y ello fuera factible sin mengua de la intimidación. Cfr. sobre ello MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS,* II, p. 824-825; también NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien,* p. 53.

[254] Un análisis interesante sería el consistente en examinar, dada una conminación penal X, desde qué perspectiva sería más factible prescindir de la imposición de la pena sin pérdida (a un plazo medio) de eficacia preventiva: si desde una óptica de prevención intimidatoria o desde una óptica de prevención integradora. Personalmente entiendo que la perspectiva intimidatoria exige menos en este sentido y es, por ello, más conforme con un enfoque de Derecho penal mínimo.

[255] LUZÓN PEÑA, en *Derecho penal y ciencias sociales,* p. 147 y p. 149, indicando además que, mientras que el de intimidación es un concepto racional, el de integración es la racionalización de impulsos, agresiones y emociones de carácter declaradamente irracional. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención,* p. 263 y ss, 270 y ss, 287.

[256] Cfr. MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 55.

límites a la mera intimidación[257]. En efecto, a su juicio, ciertamente no es aceptable atribuir al Derecho penal una función de prevención general positiva si con ella se pretende fundamentar, más allá de la intimidación, una ingerencia en la esfera interna del ciudadano[258].

> En palabras que aquí se suscriben por completo: «La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel, y antes que él la corriente que proclamaba la 'fuerza configuradora de las costumbres' (*sittenbildende Kraft*) de la pena jurídica. La 'actitud interna' (*Gesinnung*) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena. *Ello vale no sólo para la actitud frente a las normas morales, sino también para la actitud interna frente al Derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho.* Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general positiva supondría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno»[259].

En cambio, tal aspecto de la prevención general sí puede ser de recibo cuando, sin tratar de ir más allá de lo necesario para la intimidación, contribuye a frenar la tendencia al terror de la prevención general negativa. En dicha línea se moverían, según la interpretación que de sus tesis hace MIR PUIG, los planteamientos de autores como HASSEMER, ZIPF o ROXIN[260], y a ella se adhiere el propio MIR[261]. De conformidad con todos ellos, se entiende que la referida tendencia al terror propia de la intimidación puede frenarse exigiendo que «la prevención general no sólo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho» lo que «supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en aquel modelo de Estado»[262]. En el planteamiento de MIR PUIG, por tanto, la función limitadora de la prevención general positiva se pone en relación con la idea de Estado democrático, en el que el Derecho penal ha de apoyarse en el «consenso» de los ciudadanos[263].

---

[257] Cfr. MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 31 y ss, 44; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 57; detalladamente MIR PUIG, ADPCP 1986, pp. 54 y ss. Próxima, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 288-289.

[258] Por ejemplo, añadiendo la voluntad de internalizar valores: MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 32. También crítica, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 253 y ss, 285.

[259] MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 56-57 (el subrayado es mío).

[260] Cfr. MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 54-56.

[261] MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 56.

[262] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 57, principios entre los que se cuenta la proporcionalidad. En la 2.ª edición de la misma obra (p. 41) Mir hablaba todavía de una «razonable afirmación de las *convicciones jurídicas* de la comunidad», mucho más discutible que la redacción actual del texto.

[263] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 31, donde hablaba de que este Estado ha de poner la pena «al servicio del sentimento jurídico del pueblo» (*declaración cuestionable*), afirmar «las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respetar en lo posible las de las minorías».

A juicio de este autor, el objetivo de una intimidación que goce, además, del consenso social «se conseguirá *siempre* cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc), y entonces la prevención general se presentará *necesariamente* como correcta intimidación estabilizadora»[264].

2. El punto de vista de MIR PUIG permite recuperar convincentemente la vocación garantística inherente a muchas de las concepciones de la prevención general positiva, dándoles un adecuado cauce expresivo. Así, por un lado, desde el punto de vista del conjunto de la sociedad, su toma de posición despeja toda duda acerca de un posible empleo del Derecho penal para forjar la conciencia jurídica de los ciudadanos[265]. Por otro lado, desde la perspectiva del sujeto delincuente, también queda descartada la posibilidad de imponer —para reforzar la confianza normativa— penas innecesarias desde perspectivas de intimidación y resocialización. Sus afirmaciones me parecen, pues, perfectamente compartibles[266] y sólo en algún aspecto me despiertan las dudas que expongo a continuación.

3. En primer lugar, abrigo, como antes manifesté, algunas reservas acerca de si la opción por la prevención general positiva limitadora ha de tener alguna repercusión a la hora de concretar los principios garantísticos individuales, cuya salvaguarda constituye un fin esencial del Derecho penal. Ciertamente, en la concreción de un principio como el de proporcionalidad (que en sí mismo apenas dice nada) pueden seguirse dos líneas rectoras: por un lado, averiguar qué se siente como proporcionado en las convicciones sociales (¿de qué sectores?), en lo que sin duda, como antes se dijo, inciden numerosos aspectos irracionales o emocionales; y, por otro lado, proceder a hacerlo desde criterios filosófico-jurídicos enmarcados en el programa político-jurídico de la Constitución y derivados de la noción de Estado que en ésta se acoge. Personalmente, como podrá colegirse de lo señalado páginas atrás, me inclino por esta segunda vía, en la creencia de que la Constitución, como programa, normalmente irá por delante —en el respeto a las garantías individuales— de las convicciones de amplios sectores sociales. Ello no significa, claro está, que no admita la posibilidad de que las convicciones sociales estén en plena sintonía con los principios jurídicos programáticos. Simplemente que, en caso de disonancia, estimo más satisfactoria la solución constitucional —más garantística— aunque durante algún tiempo ello tropiece con alguna incomprensión o desconfianza social y no sea, por ello, una solución «estabilizadora» o «integradora» en sentido estricto. Pues bien, la

---

[264] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 32; MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 58.

[265] Extremo que, a mi juicio, queda mucho menos claro en alguno de los autores alemanes que Mir incluye en la concepción «limitadora».

[266] Críticamente, en cambio, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 32-33; también ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 70-71, desde la atribución al Derecho penal de una función «promocional».

cuestión es qué posición cabe adoptar ante este problema desde la tesis de MIR PUIG. En efecto, en su planteamiento es decisiva la referencia al Estado social y democrático de Derecho y los principios que lo inspiran. Sin embargo, no puede negarse que la noción de este modelo de Estado expresa un «*desideratum*», que se encuentra muy por delante de las tendencias sociales efectivas. Ello implica que el hecho de acoger en el Derecho penal principios limitadores derivados de la noción de Estado social y democrático de Derecho pueda ser «*des-estabilizador*» «*des-integrador*», dado el hecho de que tales principios expresan un estado de desarrollo superior al vigente en realidad en la comunidad y pueden chocar con el sentimiento jurídico efectivo de amplias capas de ésta. Desde la perspectiva de un Derecho penal conscientemente abocado a la integración social, pues, lo oportuno podría ser quizá prescindir de tales principios o, mejor aún, desnaturalizarlos; algo inaceptable desde la perspectiva —aquí seguida— que concibe a estos principios como garantías irrenunciables y no manipulables. De modo que es posible que se plantee un dilema entre la atención a los principios del Estado social y democrático de Derecho y el logro de una prevención de integración. Por mi parte me inclino por una atención a las garantías individuales que en ocasiones podrá —y deberá— ir más allá de lo establecido en términos de mera estabilización social.

4. Mi segunda duda —formal y, en fin, de menor trascendencia— afecta tanto a la concepción limitadora aquí estudiada como, en general, a todos los planteamientos de la misión del Derecho penal que se expresan mediante el esquema de finalidad (preventiva) y límites (garantías individuales). Tal duda se refiere a si tales esquemas son aptos para expresar el auténtico carácter de fines del Derecho penal que tienen tales garantías individuales, como también a si expresan con la debida claridad la situación de tensión y conflicto existente entre ellas y la lógica preventiva, o incluso entre las propias grantías de diverso signo. Ya se ha hecho en parte alusión a ello y se volverá a insistir. Por mi parte, en aras de la claridad, he optado por atender a todas ellas como fines del Derecho penal en conflicto, que dialécticamente producen sucesivas situaciones de síntesis.

IV.4. Elementos de la propia concepción: Segundo.— El fin de reducción de la propia violencia estatal.

A) Planteamiento general.

1. Desde que el Derecho penal moderno existe como tal, el mismo ha introducido, junto al aspecto de prevención —que podríamos estimar «heredado»— un aspecto nuevo: la *misión de reducir al mínimo la propia violencia estatal* que, en aras de la prevención, había alcanzado dimensiones de crueldad y arbitrariedad desproporcionadas. En este sentido cabe interpretar la esencia de la idea kantiana, así como la propia expresión de VON LISZT relativa al Derecho

penal como «Magna Charta» del delincuente, que este autor concebía de modo básicamente formal, pero que ahora sin duda debe entenderse, además, en sentido material. Esta misión de autocontrol, de reducción de la medida de la propia violencia, está presidida por dos conjuntos de principios de naturaleza diversa: por un lado, por principios de signo utilitarista (restricción de la intervención penal, en la medida en que ésta constituye un mal, al mínimo auténticamente necesario en términos sociales); por otro lado, por principios axiológicos no utilitaristas, sino de garantía individual (justicia, proporcionalidad, humanidad, etc). Unos y otros entran en relación dialéctica (colisión, conflicto) con el fin (y la lógica) utilitarista de la prevención, aunque tal dialéctica es diferente en el caso de unos y de otros (con lo cual también puede hablarse de una colisión entre ellos mismos)[267]. Por poner un ejemplo sencillo, mientras que en unos casos, la lógica utilitarista de reducción de la violencia estatal podría llegar (en contra de la lógica utilitarista de la prevención) más allá que la lógica de la proporcionalidad (conduciendo a no castigar, o a castigar menos, en casos en que la proporcionalidad demandaría castigo), en otros, en que la utilidad seguiría requiriendo la imposición de pena, podría oponerse a ello la idea de proporcionalidad. Una descripción gráfica correcta, según entiendo, de la situación dialéctica aludida podría estar constituida por un triángulo, cuyos tres vértices aparecieran constituidos por la lógica utilitarista de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención penal posible y la lógica de principios como humanidad, proporcionalidad, resocialización, etc. De la tensión producida por este complejo de fuerzas de direcciones opuestas habrán de resultar, en cada momento histórico, «síntesis» puntuales que marcarán el estado actual de la política criminal en un sistema penal determinado (o en varios pertenecientes a un mismo ámbito de cultura).

B) El fin de reducción de la violencia estatal desde la perspectiva utilitarista (general).

a) Introducción.

1. Ya se ha señalado antes que el Derecho penal no sólo tiene como fin el de prevenir delitos o reacciones informales de la sociedad, sino también el de reducir en la mayor medida posible su propia intervención, en tanto en cuanto ésta no deja de ser un mal, sino que, por el contrario, causa daños perfectamente singularizables y cuantificables. Esta permanente autocrítica dirigida a la reducción

[267] Sobre el conflicto entre la reflexión de principios garantísticos y las consideraciones funcionalistas, en concreto, entre igualdad (justicia) y utilidad, FLETCHER, ZStW 101(1989), p. 805-806, 809 y ss (con alusión a la legislación de «punto final» del nuevo régimen democrático argentino), 811; también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 67.

del mal constituido por la intervención punitiva puede responder perfectamente a consideraciones *utilitaristas:* si el establecimiento de una pena menos grave o incluso la despenalización de determinadas conductas no redundan en una menor eficacia preventiva, debe procederse a ello sin mayores dilaciones. A la inversa, si del establecimiento de una pena más grave o de la criminalización de un hecho antes atípico no cabe esperar un incremento de la prevención, debe renunciarse a ello. Ciertamente, en la mayoría de las ocasiones las cosas no están tan claras y de ahí surgen la mayoría de las tensiones, en el seno de la lógica de la utilidad, entre la lógica de la causación del menor daño posible, que tiende a restringir al máximo la intervención penal, y la lógica de la prevención, que tiende a mantener incólumes los presupuestos de una segura eficacia intimidatoria. El interés de las *investigaciones empíricas* se halla precisamente en que pueden ayudar a resolver estas dudas, apoyando una u otra opción y resolviendo la situación de colisión en una determinada síntesis.

b) Aspectos empíricos.

1. Ya antes hemos aludido a la eficacia como criterio de legitimación empírica de una fundamentación preventivo-general (intimidatoria) del Derecho penal. Allí se trataba de dilucidar si la presencia de un Derecho penal en una determinada sociedad añade eficacia intimidatoria a otros mecanismos disuasorios de comportamientos delictivos que puedan existir previamente en la misma. Creo que puede estimarse que dicha cuestión cuenta con una base empírica, tanto en lo relativo a la prevención de delitos *stricto sensu* como en cuanto a la prevención de reacciones informales. Aquí se trata de precisar el tema aludiendo ya a disposiciones penales concretas: esto es, a qué criterio seguir para intimidar sólo con el mínimo que resulte eficaz, eliminando la existencia de todo *plus* de pena inútil[268]. En otros términos, de plantear las consecuencias del principio de mínima violencia posible, partiendo de la idea antes desarrollada de que el Derecho penal *in genere* constituye violencia útil (mal menor) y tratando de aplicar esa idea en el seno del sistema penal.

2. Lo anterior exige sin duda analizar la trascendencia de dos ideas, ya presentes en la obra de BECCARIA[269], y que desde entonces han sido reiteradamente examinadas en cuanto a su virtualidad preventivo-general. Me refiero a las nociones de «severidad» *(Strafmaß, severity)* y «certeza» *(Strafrisiko, certainty)* de la sanción. A este respecto, la mayoría de las investigaciones empíricas[270],

[268] Como señala, por ejemplo, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 98, «cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve».

[269] Sobre ello, por ejemplo, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 98.

[270] Esto es, tanto las que se ocupan de comparar las diferencias en los índices (estadísticos) de la criminalidad entre territorios con regulaciones diferentes o en un mismo territorio antes y después de una

llegan a una conclusión significativamente clara, según se puso ya antes de relieve. Concretamente, que mientras que de los *incrementos en la severidad* de la sanción no resultan reducciones apreciables en los niveles de la criminalidad[271], los *incrementos en la certeza* de la producción de la sanción penal[272] sí suelen tener como efecto una disminución en la tasa de criminalidad[273]. Ello, naturalmente, no significa que la entidad de la pena carezca de todo sentido intimidatorio, pues, como ha puesto de relieve DÖLLING, en los análisis de los destinatarios a menudo es difícil separar la certeza de que se va a producir una sanción y la magnitud de la sanción en sí misma[274]. Lo que sí, en todo caso, se pretende señalar es que —una vez que se tiene establecida una pena no irrelevante— no cabe esperar necesariamente un mayor efecto intimidatorio como consecuencia de una agravación de las sanciones[275], y, a la inversa, que tampoco una disminución moderada de las sanciones ha de implicar necesariamente una disminución de efectos preventivos[276].

3. Lo anterior es importante, pues, por un lado, permite dirigir una crítica fundada a determinadas tendencias político-criminales recientes, en nuestro país y en otros de nuestro entorno, que se centran en tal agravación de las sanciones penales: valga, a título de ejemplo, la reciente agravación de las penas de determinados delitos sexuales[277]. A la vista de lo señalado, existen razones para

---

reforma legal, como las que operan mediante encuestas. Sobre los problemas metodológicos de este tipo de investigaciones, PAGLIARO, RFDUC monográfico 11, p. 505-508; DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 4-5.

[271] NEUMANN / SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36; SCHÖCH, *Jescheck-FS*, II, p. 1.104; PAGLIARO, RFDUC monográfico 11, p. 510-511.

[272] Por ejemplo, mediante un incremento significativo de las dotaciones policiales.

[273] Cfr. en este sentido, considerando ambos aspectos, VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 32, 41, 43; PAGLIARO, RFDUC monográfico 11, p. 509; DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 3, 6; asimismo, VILSMEIER, *Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen*, MschrKrim 73 (1990), pp. 273-285, en una investigación en la que se llega a poner en duda que penas de más de 3-5 años posean una mayor fuerza preventiva, mientras que la probabilidad de la sanción sí se entiende que mantiene en todo caso su virtualidad en relación con la prevención. También, en concreto para el ámbito del Derecho penal juvenil, BERLITZ / GUTH / KAULITZKI / SCHUMANN, *Grenzen der Generalprävention. Das Beispiel Jugendkriminalität*, KrimJ 1987, pp. 13-31, p. 28-29, apuntando la más que posible eficacia disuasoria, en este ámbito, de estrategias tendentes a hacer patentes las medidas de vigilancia y control (por ej. en grandes almacenes, etc).

[274] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 8.

[275] En efecto, las investigaciones empíricas realizadas a este respecto suelen poner de relieve que el incremento de la pena impuesta a un determinado delito produce, ciertamente, un receso en la tasa de criminalidad; sin embargo, éste es momentáneo, volviéndose, tras un cierto tiempo, a las tasas anteriores.

[276] Cfr., en este sentido, SCHÖCH, *Jescheck-FS*, II, p. 1.104-1.105, aludiendo también a la posibilidad de que medidas judiciales de individualización de las sanciones o incluso de «diversion», siempre que se produzcan una vez declarada claramente la punibilidad, carezcan de efectos contrarios a la prevención general. Ello es especialmente importante a propósito de la pena de muerte, en los Estados (por ej. algunos norteamericanos) en que ésta se mantiene vigente: sobre la imposibilidad de hablar de una comprobación empírica de la eficacia intimidatoria de la pena de muerte, cfr. KÖBERER, MschrKrim 65 (1982), pp. 200-218, passim y p. 217. Cfr. al respecto, también, VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, p. 37 y 40-41, quien, sin embargo, alude a otras investigaciones empíricas realizadas en Estados unidos que sí probarían tal eficacia intimidatoria.

[277] Prescindamos ahora de referirnos a las diversas incongruencias valorativas que se detectan en dicha reforma.

pensar que esa agravación persigue funciones básicamente simbólicas y no de prevención ni de auténtica protección de las víctimas[278]. A la vez, por otro lado, las mismas consideraciones empíricas sientan las bases para admitir desde perspectivas preventivo-generales una disminución de la gravedad de las sanciones que pueda estar orientada a fines de resocialización o, al menos, de la menor desocialización posible del sujeto infractor de la norma.

4. Si bien las disminuciones en la cuantía de la pena en principio pueden no afectar al mantenimiento de la eficacia preventivo-general, no me parece posible llegar a las conclusiones político-criminales que se obtienen por algunos autores alemanes y según las cuales, respecto a determinadas normas cuyo contenido se halla suficientemente internalizado en la población, podría incluso llegar a prescindirse de la sanción penal, sin que ello repercutiera negativamente en la eficacia preventivo-general. En tales casos, por tanto, —y siempre según tales autores— si hubiera de aplicarse una sanción como consecuencia de una infracción de la norma, ésta podría concretarse en atención exclusiva a consideraciones preventivo-especiales[279]. Es cierto que las investigaciones empíricas prueban que en los delitos más graves, aquéllos que pertenecen al núcleo del Derecho penal, el papel disuasorio representado por la obligatoriedad moral de la norma (lo que podríamos denominar «coacción interna») es tan importante que las consideraciones sobre el riesgo jurídico-penal apenas si desempeñan papel alguno en cuanto a la realización o no de la conducta. Sin embargo, esas mismas investigaciones han advertido que la variable representada por el riesgo de la sanción penal adquiere significado tan pronto como las encuestas se dirigen a personas con una menor vinculación al sistema de valores «convencional»[280]. Esto último me parece prevalecer sobre lo anterior, en la medida en que, en sociedades crecientemente pluralistas como lo son las de nuestro entorno cultural, e incluso tratándose de bienes jurídicos básicos, no cabe descartar que, pese a que las normas que los protegen se hallen perfectamente internalizadas en amplias capas de la población, existan otras muchas capas en las que tal vinculación moral o no se dé o sea poco relevante, precisándose de la intimidación jurídico-penal a efectos de disuasión. En concreto, en una sociedad como la española contemporánea, en la que se ha reducido el papel integrador de la doctrina católica, sin que haya asumido su papel una ética civil perfectamente configurada, la renuncia a una configuración preventivo-general de las sanciones penales en determinados delitos a partir de las consideraciones efectuadas no me parece en

[278] En este sentido, HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 197 nota 291. Poniendo de relieve que las estrategias «punitivistas» desempeñan funciones básicamente simbólicas, redundando incluso en una mayor desprotección de las víctimas, dadas las reticencias del aparato judicial, cfr., aludiendo concretamente a delitos sexuales, FROMMEL, *Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus*, MschrKrim 68 (1985), pp. 350-359, p. 352 y ss.

[279] Cfr. sobre esto último BERLITZ / GUTH / KAULITZKI / SCHUMANN, KrimJ 1987, p. 29-30.

[280] Sobre ambos aspectos, DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 7.

absoluto de recibo[281]. En resumen, y como balance de todo lo anterior, estimo posible compartir la conclusión de DÖLLING, cuando este autor señala:

> «Según el estado actual de conocimientos, no parece responsable renunciar a la prevención general a través del Derecho penal. Sin embargo, dado que, según parece, los efectos preventivo generales pueden alcanzarse por igual con sanciones que impliquen una intervención más o menos intensa, se recomienda administrar la prevención general con prudencia y moderación»[282].

c) El principio de «intervención mínima».

1. De lo afirmado en el apartado anterior y de lo que en su momento se apuntó acerca de la legitimación empírica del Derecho penal en su globalidad, cabe extraer las siguientes conclusiones: 1) que el Derecho penal cumple una función intimidatoria que impide considerar, desde perspectivas utilitaristas, su supresión; 2) que, sin embargo, los incrementos en la severidad de las penas no influyen relevantemente en una mayor intimidación, al igual que las disminuciones de éstas tampoco reducen significativamente el nivel intimidatorio. En cambio, faltan datos acerca de en qué casos la consecución de fines preventivos exige la intervención del Derecho penal y en qué medida podrían cumplir la misma finalidad preventiva disposiciones jurídico-civiles o jurídico-administrativas, e incluso otros medios del control social[283]. La realización de investigaciones sobre esta materia es, por tanto, fundamental, en la discusión, desde perspectivas utilitaristas, de los procesos de incriminación y despenalización.

2. Las investigaciones empíricas constituyen, como se habrá podido observar, un instrumento fundamental en la aplicación del principio de intervención penal «mínima». Este principio, admitido unánimemente por la doctrina, expresa la idea —que venimos comentando— de que el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general[284]. Si, como es obvio, el Derecho penal es un mal, no es de

---

[281] Aparte, y desde la perspectiva de la función educativa del Derecho penal, que personalmente no comparto como teoría legitimadora, pero que sin duda se da en el plano empírico, habría que considerar en qué medida ha contribuido el sometimiento a una sanción penal a la «internalización» de una determinada norma, y, en consecuencia, a los eventuales efectos «deseducativos» de una despenalización u orientación preventivo-especial de las sanciones.

[282] DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 20.

[283] DÖLLING, ZStW 102 (1 990), p. 19-20.

[284] Cfr. por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 59 y ss; MIR PUIG, *Introducción*, p. 124 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 150, 153, 154-155; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 20; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 358 y ss; COBO / VIVES, *PG*, 3.ª ed., p. 70-71, distinguiendo su incidencia en el plano de las conminaciones abstractas y en el plano aplicativo; también ARROYO ZAPATERO, *Rev. jurídica de Castilla-La Mancha*, 1, agosto 1987, p. 104-105; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 223; de modo general, MARTOS NÚÑEZ, *El principio de intervención mínima*, ADPCP 1987, pp. 99-134. En Alemania, por todos, ROXIN, en sus *Problemas básicos*, p. 22. Normalmente, los autores engloban en el principio de intervención mínima los subprincipios de subsidiariedad, que luego

recibo admitirlo salvo en los casos en que ello sea imprescindible para cumplir los fines de protección social a través de la prevención de hechos lesivos. La referida idea, que responde al criterio de que la pena sólo es admisible cuando no hay otro «mal menor», tiene, según creo, dos grandes manifestaciones. Una, externa: debe prescindirse de la conminación y sanción penal siempre que, en el caso de que se trate, quepa esperar similares (o superiores) efectos preventivos de la intervención de medios menos lesivos, como, por ejemplo, medidas estatales de política social, sanciones propias del Derecho civil, del Derecho administrativo, o incluso medios no jurídicos del control social (soluciones privadas o sociales del conflicto). Es a esta manifestación a la que en muchos casos se alude con la denominación del «carácter subsidiario» del Derecho penal[285] (también, «ultima ratio» o «extrema ratio»)[286]. La otra manifestación es interna: debe prescindirse de una determinada sanción penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción (o consecuencia jurídica no sancionatoria) penal menos gravosa.

3. Si lo analizamos a la luz de lo que se acaba de exponer, puede concluirse —como ya se manifestó más arriba— que la existencia de «un» Derecho penal responde al principio de intervención mínima del control social sobre el ciudadano[287]. En efecto, la ausencia del mismo conduciría, sin que apenas quepan dudas al respecto, a la aparición de instancias que producirían mayores sufrimientos al conjunto de la sociedad sin que, por otro lado, probablemente se viesen acompañados de efectos preventivos comparables a los del propio Derecho penal. A este respecto conviene insistir en un dato empírico antes comentado: De las variables jurídico-penales que inciden en la disuasión de la realización de un hecho delictivo, la decisiva es la certeza de la sanción, muy por encima de consideraciones de gravedad, por ejemplo. Pues bien, ya se ha señalado que una de las aportaciones más significativas del Derecho penal (sobre todo del codificado), concebido como monopolio del Estado, es el incremento de este valor de la certeza, que se apoya además en la estructura del Estado, en sus

---

comentamos, y el de fragmentariedad. En el texto, en cambio, por razones sistemáticas, se ha separado el de fragmentariedad, al entender que en el mismo inciden no sólo consideraciones utilitaristas, que son las que aquí se toman como referencia, sino también de proporcionalidad. Por ello se ha remitido su examen al apartado de síntesis.

[285] Por ejemplo, detalladamente MIR PUIG, *Introducción*, p. 125-126; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 360; COBO / VIVES, PG, 3.ª ed., p. 70; FIANDACA / MUSCO, PG, p. 7-8, rechazando una eventual acepción ético-social de la subsidiariedad. Críticamente sobre la expresión «carácter subsidiario» optando por la de «ultima ratio», BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 44. Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 60 y ss.

[286] Cfr. sin embargo recientemente BRANDT, *Die Bedeutung des Subsidiarietätsprinzips für Entpoenalisierung im Kriminalrecht*. Ammersbeck bei Hamburg 1988, p. 155, entre otras, donde distingue conceptualmente entre el principio de subsidiariedad y la noción de ultima ratio.

[287] Así ARTHUR KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht (1974)*, en su *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Köln / Berlin / Bonn / München 1983, pp. 81-97, p. 91.

aparatos policial y judicial. Es, según creo, esa creciente certeza, entre otras cosas, la que ha permitido mantener los niveles de prevención pese a la considerable disminución de la gravedad de las sanciones.

4. La obviedad de lo anterior desaparece, sin embargo, cuando, en lugar de tomar como objeto la globalidad de un sistema penal, se examinan las normas y sanciones penales concretas. En este plano sí tiene completo sentido, desde la perspectiva de la «intervención mínima», plantearse si acaso no podría cumplirse idéntica función preventiva-general mediante una conminación penal menos grave, la introducción de mecanismos de renuncia a la pena o incluso prescindiendo de la incriminación del hecho y dejándolo sometido a sanciones administrativas o reparatorias de naturaleza civil[289]. A la vez, ante cada nuevo incremento de las sanciones penales previstas para un delito cabe preguntarse, desde la misma perspectiva, si ello tiene realmente sentido en términos de necesidad. Obviamente, cada caso es distinto, de modo que una decisión fundamentada requeriría la realización de pruebas empíricas específicas para el mismo. Sin embargo, valga, en términos generales, la afirmación antes realizada de que, en un plano empírico, mientras se duda de la consecución de incrementos en la prevención mediante el mero aumento de las sanciones, se admite la posibilidad de que la prevención no se vea esencialmente afectada por disminuciones de las sanciones penales o incluso por la introducción de mecanismos político-criminales de renuncia a la pena, una vez declarada la culpabilidad o formulada la condena. Menos claro es, en cambio, por el momento, el tema de si la despenalización de un hecho puede tener efectos negativos sobre la prevención[290].

5. Las consideraciones anteriores implican que, en ciertos casos (disminución de las sanciones, introducción de nuevas instituciones alternativas a la pena), pueda afirmarse que la lógica de la prevención y la lógica utilitarista de la reducción de la violencia estatal no se encuentran en un conflicto directo, lo que facilitaría la obtención de una síntesis de funciones que legitimara una práctica en tal sentido; ello sería más complejo, como se ha señalado, en el caso de los procesos de despenalización (al menos en el estado actual de las pruebas empíricas). De todos modos, tanto en uno como en otro caso incide también la lógica de las garantías individuales, que pueden verse afectadas en diversos sentidos por tales procesos. De ahí que convenga aludir de nuevo al tema en el lugar

---

[288]Es muy importante considerar como ámbito propio de incidencia del principio de intervención mínima el de la «aplicación de la pena»: COBO / VIVES, PG, 3.ª ed., p. 71; ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1, agosto 1987, p. 104-105. En efecto, si puede prescindirse de la ejecución sin mengua preventivo general, resulta obligado —por el referido principio— hacerlo.

[289]Cfr., en términos generales, MIR PUIG, en *Revista de la Fac. de Derecho de la Univ. de Granada*, 12/1987, p. 243 y ss.

[290]Por lo que se refiere a las medidas estatales de política social, es evidente que en ciertas modalidades delictivas podría llegar a prescindirse de la intervención penal si se adoptaran aquéllas, siendo como son perfectamente factibles. Resulta, pues, claro que en relación con ellas se vulnera el principio de intervención mínima, por mucho que tal violación pretenda excusarse en razones presupuestarias.

sistemático que alude al conflicto y síntesis entre los diversos fines del Derecho penal, al que ahora nos remitimos.

C) El fin de reducción de la violencia estatal en la perspectiva garantístico-individual.

a) Introducción.

1. Como se ha señalado más arriba, ha habido autores que, desde perspectivas preventivo-generales intimidatorias, han sostenido que la propia lógica de la intimidación conlleva la existencia de ciertos principios ordenadores / limitadores, como la proporcionalidad, etc. Por su parte, también desde perspectivas de prevención de integración se ha sostenido que la misma conlleva la inserción en su seno de todos los principios de justicia, proporcionalidad, etc. Aquí se parte de una postura diferente de las dos mencionadas. La prevención, pues, sea positiva o negativa, «no se limita a sí misma». La introducción de criterios limitadores de la prevención es, por el contrario, una cuestión del modelo de Estado: éste sí —y ciertamente sólo él— se limita a sí mismo. Según el planteamiento que aquí se sostiene, sin embargo, tales «límites» de la prevención son mucho más que meros límites: son auténticos fines, asumidos inicialmente por el Estado liberal de Derecho y que adquieren, por tanto, un rango idéntico al del fin de protección social a través de la prevención. Lo que ocurre es que la lógica de la prevención, incluso corregida por la lógica utilitarista de la intervención mínima, sigue caminos distintos de los de la lógica de las garantías individuales. El análisis de cualquier fenómeno de la realidad del Derecho penal mostraría hasta qué punto son contradictorios los criterios preventivos y los criterios garantísticos.

> Una buena manifestación de ello lo constituye el análisis efectuado por HASSEMER, desde esta perspectiva, de la Ley de estupefacientes alemana de 1982. En ésta, que es una ley de fuerte connotación preventivista, se observan quiebras del principio de legalidad y del principio de igualdad en aras de una mayor eficacia preventiva[291]. Ejemplo de lo primero: utilización intencionada de conceptos porosos y otras estrategias de indefinición de la materia de prohibición (cláusulas generales), a fin de evitar la existencia de lagunas o facilitar, en todo caso, la posibilidad de colmarlas en vía judicial tan pronto como se produzcan. Ejemplo de lo segundo: exenciones o atenuaciones de pena para «arrepentidos» que colaboren o agentes provocadores; renuncia a la pena y opción por un tratamiento terapéutico en el caso de autores drogodependientes[292]. Parece claro que consideraciones similares podrían también hacerse a propósito de nuestro propio Derecho en esta materia.

---

[291] HASSEMER, JuS 1987, p. 258-259.

[292] A juicio de HASSEMER, JuS 1987, p. 260, sería un error advertir en esta última posibilidad, dirigida obviamente a la prevención especial (resocialización), la manifestación de una tendencia humanitaria. Al contrario, el factor común de las gravísimas penas previstas en general por esta ley, las exenciones establecidas para ciertos autores y las terapias indicadas para otros no es más que la prevención.

Tensiones como las reflejadas determinan que no me parezca posible pretender una armonización de ambos, que los sitúe en una relación estática y «pacífica». Su relación es, por el contrario, como antes se ha dicho, dinámica, de confrontación permanente. Así, a través del mecanismo dialéctico de tesis / antítesis / síntesis se produce el progreso general en el ámbito de los fines del Derecho penal. Un progreso que, pese a fenómenos coyunturales de retroceso, tiende, según estimo posible constatar, hacia una optimización de las garantías individuales[293]. En otras palabras, se aproxima al ideal legitimador de máxima prevención con máximas garantías. A continuación examinaremos los elementos que integran la finalidad garantística del Derecho penal. Tras ello, se harán algunas consideraciones sobre la «síntesis».

b) La «formalización» como característica del Derecho penal.

1. La característica que singulariza al Derecho penal respecto a otros medios del control social radica, como al principio se señaló, no en lo punitivo, sino en lo jurídico y, en concreto, en el alto grado de *formalización* que esto último supone[294]. Esta formalización preside el ejercicio jurídico-penal del «ius puniendi» mostrándolo como un ejercicio *controlado,* no ya por consideraciones de utilidad social, sino por garantías establecidas en favor del individuo delincuente[295].

> Como señala HASSEMER: «La pena queda diferenciada y se amenaza y se mide públicamente; debe mantenerse dentro de los límites del Derecho penal del hecho y de la proporcionalidad; sólo puede ser impuesta por un procedimiento con innumerables garantías. En resumen: mediante la pena estatal no sólo se realiza la lucha contra el delito, sino también la juricidad, la formalización del modo social de sancionar el delito. No sólo forma parte del carácter de pena la función de respuesta a la desviación (el Derecho penal no es sólo una parte del control social); la juricidad de esta respuesta (el Derecho penal se caracteriza por sus posibilidades de formalización) también pertenece al carácter de la pena»[296].

---

[293] Lo valora también así FLETCHER, ZStW 101 (1989), p. 818, aludiendo en concreto a la igualdad.

[294] Cfr. HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 136; NEUMANN / SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 95; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 400-402; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 16-17: «Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social»; HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 113 y ss. En realidad, la formalización (esto es, la previsibilidad, controlabilidad, sometimiento a principios) se da en todos los medios del control social —HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 116— y, por supuesto, en los medios jurídicos; sólo que en el Derecho penal, al ser más graves las consecuencias, es más intenso también el grado de formalización.

[295] Una referencia a los principios valorativos, sustantivos y procesales, que atenúan la «efectividad» del control social jurídico-penal en favor del delincuente, pero también de la víctima y de otros intervinientes en el proceso, proporcionan HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 120-121.

[296] HASSEMER, en *Derecho penal y ciencias sociales*, p. 136-137.

2. La importancia de la formalización no puede ser minusvalorada. Al contrario, ésta, en la medida en que comprende la específica atención por parte del Derecho penal a finalidades garantísticas individuales, debe tomarse como punto de referencia constante a la hora de valorar cualquier nueva institución o propuesta político-criminal. Ello resulta especialmente importante en el momento actual. En efecto, en los últimos tiempos ha sido posible asistir a la formulación de numerosas tesis que, valorando unilateralmente la intervención del Derecho penal como un mal, han supuesto que la introducción de alternativas al mismo habría de ser necesariamente positiva desde todos los puntos de vista. Ello puede, desde luego, ser cierto desde perspectivas resocializadoras o de disminución de la dureza de la respuesta al delito. Sin embargo, planteamientos así han errado al no considerar la trascendencia de la «desformalización» inherente a sus propuestas de sustituir la pena por tratamientos sociales, o de despenalizar ciertas conductas y someterlas al Derecho civil o administrativo. La situación es tal, que puede decirse que la valoración de las consecuencias de la desformalización se ha convertido en una de las tareas más importantes para la ciencia contemporánea del Derecho penal[297]. Porque, en efecto, la «disminución de la formalización» o la «desformalización» pueden conllevar en realidad —bajo apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito— una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras, «incontroladas»). En toda discusión de propuestas despenalizadoras o de alternativas a la pena debe, pues, junto a los argumentos favorables derivados de consideraciones de resocialización o de menor violencia en la solución del conflicto, ponderarse también, como argumento negativo, el riesgo de desformalización.

3. A continuación examinaremos los más significativos principios garantísticos (formales y materiales) que se engloban en el concepto de la «formalización». En primer lugar, el principio de legalidad; a continuación, los principios de proporcionalidad, humanidad e igualdad. Finalmente, la resocialización, cuya lógica, como habrá podido observarse, puede entrar en colisión con los otros principios garantísticos. Pero a esta posibilidad ya se había hecho alusión más arriba.

---

[297] En efecto, en el momento actual se vive una tensión —que debe analizarse y resolverse— entre la exigencia garantística de formalización y el hecho indudable de que ciertas tendencias político-criminales, pretendiendo reducir la intervención punitiva en sentido estricto, proceden (como en el caso de la «diversion» por ejemplo) en realidad a una «materialización» o «desformalización» del control jurídico-penal. Sobre este último tema, de modo general, HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 174-175, mostrando la desformalización como uno de los caminos de funcionalización en sentido utilitario del Derecho penal; SAVELSBERG, *Materialisierung des Strafrechts: Funktionen, Folgeprobleme und Perspektiven*, ZfRS 10 (1989), pp. 1-27.

c) El principio de legalidad.

1. El principio de legalidad constituye la expresión de uno de las más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho penal moderno[298]. A este respecto, poco importa que en sus orígenes, esto es, en los planteamientos de autores previos a la codificación (BECCARIA, FEUERBACH), la legalidad se contemplara de otro modo. Concretamente, como ha puesto de manifiesto NAUCKE, ésta, en lo esencial, se entendía como refuerzo de una política criminal preventivo-general, a la que aportaría el requisito de la «certeza» del castigo, con la consiguiente mayor efectividad de la norma correspondiente[299]. En tal esquema teórico, el aseguramiento de las libertades desempeñaría un papel meramente secundario. Lo cierto es, no obstante lo anterior, que tan pronto como la legalidad se convierte en un dato «preexistente», la misma pasa a ser, al menos teóricamente, una «barrera infranqueable», un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado. Con ello, a la vez, entra en colisión con la dinámica de la prevención. Desde perspectivas preventivistas, pues, se tratará de recortar el alcance del principio de legalidad[300].

2. En el principio de legalidad se suelen advertir tradicionalmente una dimensión técnica y una dimensión política. En el primer aspecto, dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la *seguridad jurídica*[301]: que los ciudadanos sepan —en la medida de lo posible, dados los mecanismos a través de los cuales se adquiere tal conocimiento— qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución[302].

---

[298] Cfr.por todos MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 79 y ss: principio de intervención legalizada; MIR PUIG, *Introducción*, p. 141 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 49-50 y 58 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 316 y ss; CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed.,p. 161 y ss; COBO VIVES, PG, 3.ª ed., p. 59 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 59 y ss; FIANDACA / MUSCO, PG, p. 19 y ss. Con carácter general, MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia 1983.

[299] NAUCKE, JuS 1989, p. 863-864. En efecto, el arbitrio judicial y la confianza en el eventual pietismo restaban eficacia intimidatoria a las normas. Tan pronto como ello queda excluido, dicha eficacia puede estimarse incrementada.

[300] Cfr. al respecto NAUCKE, JuS 1989, p. 864.

[301] Ello significaría, a mi juicio, no obstante, que la vertiente denominada «técnica» tiene asimismo un inequívoco significado garantístico y, por ello, en definitiva, político. Cfr. al respecto CALLIESS, NJW 1989, p. 1.342.

[302] Son las denominadas garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución: cfr., por ejemplo, MIR PUIG, *Introducción*, p. 144 y 148-149; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 319-320. Las garantías criminal y penal se manifiestan, por lo demás, en la exigencia de ley escrita (prohibición del Derecho consuetudinario), prohibición de retroactividad de preceptos desfavorables al reo, prohibición de «analogía in malam partem». *«Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale, scripta et stricta»*. Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 145-148; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 320-326; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 319-338. A ello se añade, desde una perspectiva material, la exigencia de «lex certa» (mandato de determinación): MIR PUIG, *Introducción*, p. 146-147; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 326-328.; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 314-319.

> Ello es también una muestra de la formalización que singulariza al Derecho penal frente a otros medios de control social. Como dicen HASSEMER / MUÑOZ CONDE, «mientras que las normas del control social poco formalizado de la vida cotidiana sólo se ven cuando se impone una sanción, al permanecer en general tanto la norma como la sanción en un plano difuso, el Derecho penal está obligado a dar toda la información que sea posible y con la mayor publicidad tanto sobre sus normas prohibitivas o imperativas como sobre las sanciones y el procedimiento adecuado para imponerlas»[303].

El segundo aspecto se refiere a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos: tiene por objeto fundamental, pues, el problema de la *legitimación democrática* de las disposiciones definitorias de los delitos y de las penas y de las decisiones que aplican tales normas[304]. Dentro de esta vertiente política puede distinguirse todavía, sin embargo, entre un aspecto formal y un aspecto material. El primero de ellos atiende exclusivamente al rango de las normas reguladoras de la materia penal. Así se señala que sólo por ley, e incluso por ley cualificada, en tanto que expresión de la voluntad general, podrán introducirse las restricciones del ámbito de libertad de los ciudadanos que se expresan en las definiciones de delitos y penas. En efecto, sólo en un procedimiento de las características del legislativo puede esperarse la debida atención a los criterios de la mayoría de la población, a la vez que la consideración de los puntos de vista de las minorías. El segundo aspecto, en cambio, se refiere al grado de precisión con que el legislador cumple su función de establecer tales normas penales y al grado de vinculación existente entre dichas normas y las decisiones de los jueces.

3. En el debate español de los últimos años sobre el principio de legalidad ha predominado la perspectiva formal relativa al rango que han de ostentar las disposiciones penales. Ello es natural, pues se trataba de examinar las consecuencias de la entrada en vigor e inicial aplicación de los preceptos constitucionales sobre el Ordenamiento jurídico-penal. Sin embargo, a mi entender, el principal problema que ha de afrontar la realización práctica del principio de legalidad no es en la actualidad el alcance de la reserva constitucional de ley orgánica en materia penal[305], pese a toda la importancia que esto tiene. Más bien, deseo

---

[303] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 118.

[304] Cfr. sobre ambos aspectos, por ejemplo, MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 5 y ss.

[305] Cfr. al respecto, por todos, BOIX REIG, *El principio de legalidad en la Constitución*, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Deusto 1983, pp. 53-76; ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en Revista española de Derecho constitucional, año 3, n.º 8, mayo-agosto 1983, pp. 9-46; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 86 y ss; COBO / VIVES, PG, 3.ª ed, p. 63; CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed, p. 152 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed.,p. 63 y ss.; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 161. Existe consenso general, avalado por el Tribunal Constitucional, acerca de la necesidad de una ley orgánica para definir delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad. No así en cuanto a las que conllevan pena de multa, pues mientras que la doctrina, en general, exige también para ellas una ley orgánica, el TC se ha manifestado en contra de esta necesidad [STC 16 dic. 1986; STC 13 feb 1987; STC 14 julio 1987] aunque las penas de multa impliquen —como pueden implicar— subsidiariamente una

resaltar otros problemas relativos a la vertiente *material* del principio de legalidad: concretamente, los que afectan al principio de *taxatividad* o *mandato de determinación*[306].

> Como señala OCTAVIO DE TOLEDO, «de nada sirve el acogimiento constitucional y legislativo del principio de legalidad, si la ley penal se limita a su formal observancia y no atiende a la exigencia material de precisión en sus normas»[307].

El mandato de determinación, tal como lo concibe la doctrina en Alemania, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una *«lex certa»*. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la *«lex stricta»*[308]. En la primera vertiente reseñada, el mandato de determinación proscribe todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas[309]. Ello no significa, naturalmente, que deba adoptarse un sistema casuista, que resulta rechazable por su propensión a crear lagunas y debe ser completado con cláusulas generales[310]. Más bien significa que, dentro de una formulación generalizadora, debe tratarse de resolver las innegables tensiones existentes entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, adoptando criterios de diferenciación[311]. Ello, sin embargo, no siempre se consigue. En especial en los últimos años, suele advertirse más bien lo contrario: así, la ambigüedad y la imprecisión son, cada vez más, notas características de muchos preceptos de nuestras leyes[312].

---

privación de libertad. Por lo demás, también cabe registrar discrepancias en la doctrina respecto a las disposiciones que impongan alguna de las restantes modalidades de pena. Sobre el debate italiano a propósito del concepto de «ley», FIANDACA / MUSCO, PG, p. 22 y ss.

[306] Cfr. en este sentido SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 232. Sobre ello, de modo general, MADRID CONESA, *La legalidad*, p. 97 y ss.

[307] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 326.

[308] Así, SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 232; KRAHL, *Die Rechtsprechung*, p. 39 y ss y 342.

[309] Así, básico, RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Heidelberg 1989, p. 12 y ss., una norma es precisa (p. 55) cuando la decisión valorativa acerca de intervención penal en un determinado ámbito la adopta el legislador y no el aplicador; en el caso de conceptos indeterminados, como «buenas costumbres» o «reprochable», para estimar que la norma es todavía precisa será necesario que pueda valorarse un comportamiento de modo unívoco según la concepción general, en otras palabras, que haya «intersubjetividad de la atribución de significado» (p. 78). También SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 6. Cfr. en España, por todos, COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 261 y ss.; en Italia, FIANDACA / MUSCO, PG, p. 30 y ss.

[310] Críticamente, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 168.

[311] Así, MIR PUIG, *Introducción*, p. 145-146; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 326-327; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 318, comentando algunas de las soluciones del derecho alemán.

[312] Lo pone de relieve SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 7-8; básico KRAHL, *Die Rechtspreehung*, passim, indicando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del tribunal Constitucional alemán ha dado carta de naturaleza a tales leyes, con lo que ha vaciado de contenido el mandato de determinación del art. 103, II de la ley Fundamental (cfr. en especial p. 258 y ss., 388, 391, 402).

4. En efecto, una de las expresiones más significativas de las tendencias «desformalizadoras» de los tiempos actuales es el significativo incremento de las «leyes indeterminadas»[313]: leyes con conceptos vagos o porosos, con términos de fuerte contenido valorativo, con cláusulas generales, que de modo implícito conllevan una renuncia del legislador a su misión de definición de los comportamientos punibles y una remisión al juez para que proceda a tal labor[314]. Apenas es necesario subrayar la vulneración del principio de división de poderes y la supresión de la importantísima barrera entre instancias creativas y aplicativas del Derecho que ello puede suponer[315]. La seguridad jurídica se pierde, y se favorece la introducción de elementos diferenciadores posteriores a la comisión del hecho. Sobre las causas a que pueda obedecer ello es difícil formular alguna hipótesis definitiva. Se ha aludido a los efectos de la pluralidad social, que se manifiesta en una legislación de «consenso» necesariamente ambigua; a un aumento del intervencionismo estatal; etc.[316]. A mi juicio, es importante la observación de NAUCKE de que tal tendencia a la imprecisión puede ser expresión de una voluntad de flexibilidad, de adaptación a necesidades político-criminales o fines político-jurídicos cambiantes, a la vez que de conseguir posibilidades máximas de justicia en el caso concreto[317]. De nuevo, pues, se advierte aquí la situación de conflicto entre fines diversos del Derecho penal a que venimos haciendo continuada referencia.

5. Lo cierto es que la evolución de los dos últimos siglos ha producido una constante erosión[318] de la utópica —y, por otra parte, tampoco satisfactoria desde perspectivas materiales— pretensión revolucionaria de que los jueces no fueran otra cosa que «la boca que pronuncia las palabras de la ley». A propósito de esto último es preciso recordar que, como ya vimos en el capítulo dedicado a la dogmática jurídico-penal, el Derecho positivo no puede superar su condición de mero marco para la obtención del Derecho, y, por tanto, que son erróneas las tesis positivistas radicales de quienes creen todavía en el esquema silogístico de la aplicación del Derecho. Frente a tal esquema, es necesario subrayar la imposibilidad de que la aplicación del Derecho, al igual que su teorización por la

---

[313] Sobre ello, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 175. Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 95 y ss.

[314] Críticamente CALLIESS, NJW 1989, p. 1.339, que advierte en ello una manifestación más de la conversión del Derecho penal, de instrumento de garantía de las libertades, en elemento flexible de canalización de la intervención del Estado. Ya antes, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 29 y ss., proponiendo fórmulas cuantitativas para la determinación de cuándo un tipo es preciso.

[315] Críticamente, COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 261.

[316] Cfr. al respecto NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen 1973, p. 13 y 14.

[317] NAUCKE, *Über Generalklauseln*, p. 15 y 16. Vid también MIR PUIG, *Introducción*, p. 148, aludiendo a necesidades de justicia y de prevención especial como fuente de la relativización del mandato de determinación.

[318] Sobre la evolución histórica del problema desde la codificación, cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 147.

dogmática, no contengan elementos «creadores». Sin embargo, ello no significa, ni mucho menos, que puedan verse con complacencia las reiteradas infracciones del mandato de determinación, que se hacen cada vez más frecuentes.

> Como advierten COBO y VIVES, el hecho de que la mayoría de los conceptos jurídicos tengan, junto a un núcleo delimitado, un «campo conceptual» difuso no puede «servir de pretexto para introducir en la ley penal conceptos carentes de un núcleo claro y bien determinado, suficientemente estable, y que cubra la mayor parte del campo de aplicación de las normas. El rigor absoluto no puede, ciertamente, alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez, como meta a alcanzar, cotas más elevadas de seguridad y certeza»[319].

Que las leyes penales constituyan sólo el marco en el que se produce la obtención judicial del Derecho no significa, pues, que se pueda prescindir de formularlas con precisión. Más bien, la constatación de que necesariamente no pueden ser más que un marco debe conducir a fijar ese marco (de la aplicación judicial y la teorización dogmática) de la forma más taxativa posible, a fin de no añadir a la obtención judicial del Derecho, ya de por sí insegura, nuevas —y evitables— dosis de inseguridad. Con todo, lo anterior no debe llevar a pensar en llevar la taxatividad «hasta extremos que no podrían ser cumplidos en ninguna legislación pensable»[320]. Ahora bien, teniendo presente que el Derecho penal tiene otros fines que cumplir[321], el logro de la máxima taxatividad posible y de la real vinculación del juez al tenor de la ley es un objetivo irrenunciable para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho.

6. La finalidad garantística a que responde el mandato de determinación es, pues, irrenunciable. La misma no debe verse fundamentalmente en la seguridad jurídica, entendida como posibilidad del ciudadano de conocer con certeza qué puede hacer y qué no puede hacer[322]. Dado que los mecanismos que ponen en contacto al ciudadano con las normas son indirectos y, en cierta medida, deformadores, a lo más que se puede aspirar es a un conocimiento aproximado y, por ello, impreciso[323]. Por ello, si únicamente se diera este factor no habría argumentos incontestables ni contra una redacción no demasiado precisa de las leyes,

---

[319] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 263.

[320] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 263.

[321] Como señalan COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p 263, no hay que olvidar que las leyes penales tienen como finalidad la resolución de conflictos sociales, lo que se vería imposibilitado por una taxatividad absoluta.

[322] En el mismo sentido crítico, RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, p. 13 y ss; en cambio, parece centrarse en este aspecto BAUMANN, *Beiträge*, p. 3 y 4.

[323] Así también RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, p. 14, 15 y ss, rechazando por las mismas razones que el mandato de determinación se fundamente en la confianza, seguridad jurídica subjetiva del ciudadano (p. 19 y ss.), en la salvaguarda del principio de culpabilidad (p. 24 y ss.), y en la previsibilidad objetiva del Derecho (p. 31 y ss.).

ni contra una «relativa» separación de los jueces del tenor de las mismas[324]. Pero resulta que hay un fundamento determinante, que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar sus decisiones. Se trata del principio de legitimación democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de libertad de los ciudadanos derivada del principio de división de poderes. Así resulta que quien no posee la legitimación democrática directa necesita, para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, apoyarse en la legitimación material que le presta el legislador como expresión de la voluntad general. La apoyatura en la voluntad general, por su parte, es decisiva, por cuanto es a esa voluntad general —y sólo a ella— a la que los individuos han cedido aspectos esenciales de su derecho a decidir autónomamente sobre su esfera de libertad y a responder a agresiones a esa esfera con nuevas agresiones a la esfera de libertad del agresor o de terceros. Por eso y sólo por eso (esto es, por el contrato social) recae sobre el legislador (expresión de la voluntad general) la citada legitimación[325]. Pues bien, tal legitimación sólo se halla garantizada cuando el legislador promulga *«leges certae»* y el juez se atiene a ellas como *«leges strictae»*[326]. De lo contrario, se corre el riesgo de que la intervención y la medida de la misma queden en manos del juez, vulnerándose el contrato social y, con ello, las bases fundamentales de la convivencia en sociedades democráticas. Ahora bien, cabe que eso, es decir, tal disociación, resulte ser precisamente lo deseable desde la perspectiva preventiva, que, como se ha dicho, a menudo requiere flexibilidad, adaptación a las circunstancias ambientales. De ahí que se produzca el inevitable conflicto entre la garantía individual consistente en que sólo los representantes de la mayoría —atendiendo también a la minoría— decidan de modo preciso las restricciones de la libertad individual, por un lado, y las necesidades de prevención general o resocialización, por el otro.

7. En el panorama actual, podemos advertir significativas manifestaciones de la confrontación entre prevención y determinación legal a que al principio se hizo referencia. A este respecto, acabamos de aludir al conflicto entre las necesidades de una política criminal cambiante en función de las circunstancias (orientación a las consecuencias), que requiere cada vez mayores niveles de oportunidad,

---

[324] En los términos que propone SCHMIDHÄUSER, *Martens-GS*, p. 241 y ss. Cfr. también KRAHL, *Die Rechtsprechung*, p. 263 y ss, 267 y ss, que señala que el hecho de que los Tribunales alemanes se hayan centrado en la previsibilidad y seguridad referidas a la propia actuación como fundamento del mandato de determinación, les ha permitido relativizarlo bastante.

[325] Así, SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, p. 9, 11; KRAHL, *Die Rechtsprechung*, p. 22 y ss; RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, p. 40 y ss, 44, 123; HASSEMER, ARSP Beiheft 44, p. 134 y 135.

[326] Lo que produce, además, una importantísima garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, en el sentido de que las restricciones de su libertad se han decidido por los legitimados para ello y, lo que es esencial, de modo general e igualitario. En cambio, RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, p. 38 y ss, observa que la jurisprudencia podría en sí atender mejor a la igualdad entendida como trato desigual en casos desiguales. Ciertamente. Pero ello ha de tener lugar en todo caso en un marco establecido en virtud de consideraciones generales.

y el mandato de determinación[327]. Ciertamente, las exigencias de la prevención pueden requerir un Derecho penal que posibilite intervenciones sobre el delincuente no previstas hasta sus últimos detalles por el legislador, un Derecho penal capaz de adaptarse al cambio social, unos tipos que permitan practicar una concepción individualizadora de la justicia, pretendidamente abierta a considerar en profundidad las peculiaridades del caso concreto[328]. Sin embargo, ello es ciertamente peligroso desde la perspectiva de las garantías individuales. Con todo, y pese a que la situación presente se halla lejos de lo deseable, no me parece que deje traslucir una tendencia irreversible en la que las finalidades de prevención se hubieran impuesto decididamente sobre las garantías de la legalidad. De hecho, la seguridad jurídica se vió sometida a fuertes embates durante la época de dominio de la ideología del tratamiento, con sus sentencias indeterminadas y la sustitución incluso del juez por funcionarios administrativos en la determinación de la duración de las privaciones de libertad. No obstante, desde el «neoclasicismo», por ejemplo, se ha recuperado, en el ámbito de las ideas y en la legislación, el valor irrenunciable de la seguridad jurídica. Lo que es ineludible, en todo caso, es —como se acaba de señalar en el apartado anterior— reconocer que la garantía individual representada por la legitimidad democrática de las restricciones de la libertad expresada en el principio de legalidad no es la única finalidad del Derecho penal, del mismo modo que tampoco lo es la mera consecución de efectos deseables desde la óptica preventiva[329]. Por tanto, se hace preciso dirigir el debate doctrinal hacia la obtención de una *síntesis de los fines en conflicto*, en la que necesaria consecución de otras finalidades del Derecho penal no redunde en una pérdida de las garantías formales y materiales de la legalidad.

8. Lo anterior vale no sólo para los conflictos motivados por fenómenos de intervención penal expansiva (como fue el caso, en su día, de la ideología del tratamiento), sino, en ocasiones, justamente para fenómenos de signo contrario. Por poner un ejemplo: mientras que el principio de intervención mínima puede recomendar, ante una determinada conducta, la despenalización de la misma y su sometimiento a sanciones administrativas o civiles, el principio de legalidad podría oponerse a esa consideración a partir de consideraciones garantísticas (insuficiente precisión de infracciones y sanciones en aquellos ámbitos). En este punto se manifiesta una de las que podríamos denominar «paradojas» de los procesos de despenalización, por cuanto éstos, en principio favorables para el autor de la conducta, pueden dejar de serlo en la medida en que el orden civil o administrativo correspondiente carezca de las garantías que son inherentes al Derecho penal. Podría suceder, en efecto, que, en última instancia, la despenali-

[327] NAUCKE, JuS 1989, p. 866.
[328] Sobre ello, KRAHL, *Die Rechtsprechung*, p. 304 y ss, 329 y ss, 394, 411.
[329] Aspecto este último que subraya BAUMANN, *Beiträge*, p. 4.

zación redundara en perjuicio del sujeto activo, que podría verse sometido a un control menos limitado, más abusivo y, por ello, intolerable desde las perspectivas garantísticas de la legalidad[330]. En el capítulo dedicado a la «síntesis» hacemos alguna referencia a estas situaciones.

d) Las garantías materiales: proporcionalidad, humanidad, igualdad.

1. Proporcionalidad, humanidad e igualdad son principios garantísticos materiales que expresan aspectos del fin general del Derecho penal de garantía de los derechos individuales del delincuente. Todos ellos poseen una indudable base constitucional, si bien, evidentemente, en la norma fundamental no se dan directrices precisas acerca de su contenido. Su concreción habrá de producirse, por tanto, mediante una reflexión filosófico-jurídica atenta al sentido de tales criterios en el contexto de nuestra cultura jurídica. A propósito de los mismos, es preciso resaltar el doble aspecto de que se trata de *principios garantísticos* y de que su concreción ha de tener lugar por la vía de una *reflexión axiológica en el marco de la Constitución*. Lo primero significa, entre otras cosas, que su conflicto con la lógica de la prevención sólo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandara el valor de la proporcionalidad, por ejemplo; pero no, en cambio, si la lógica preventiva llevara a proponer la imposición de sanciones inferiores a lo «proporcionado». En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo. Esta idea establece una significativa diferencia entre nuestra concepción y la de la prevención general positiva fundamentadora. En efecto, esta última —de la que, recuérdese, se decía que incorporaba en su seno ideas como las de justicia o proporcionalidad de la sanción— se opone a la imposición de penas inferiores a lo «justo», a lo «proporcionado», en atención a los posibles efectos desestabilizadores, desintegradores, de tal proceder. Ello, sin embargo, implica que ideas como justicia o proporcionalidad, etc, no se conciben como garantías individuales sino como funciones sociales, con la evidente mistificación que ello supone. El segundo de los aspectos enunciados antes insiste en esta misma idea, al expresar que la concreción de estos principios garantísticos ha de tener lugar mediante una reflexión filosófico-jurídica a realizar en el marco constitucional. Con tal consideración se pretende establecer distancias con respecto a una concreción psicológico-social de los mismos (como, de nuevo, parece tener lugar en el ámbito de las doctrinas de la prevención general positiva). Esta, en efecto, mezcla

[330] Cfr. al respecto NEUMANN / SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 96 y 97, críticos frente a determinadas medidas de despenalización y de solución del conflicto en el marco del Derecho civil, como, por ejemplo, las que propone en Alemania el *Alternativ Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD 1974)*, que atribuye amplias competencias al propietario del gran almacén.

los aspectos racionales del juicio de valor y los aspectos de sentimiento o psicológico-profundos. Estos últimos, sin embargo, en tanto que irracionales, parece difícil que puedan atribuir a los principios reseñados su real contenido garantístico; más bien serán el reflejo de las necesidades sociales en un momento dado.

2. Por el *principio de proporcionalidad*[331] se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta)[332] que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos. La mayor dificultad que plantea el referido principio es, obviamente, la concreción de tal relación valorativa, en virtud de la cual se determina que «ese» hecho *merece* «esa» pena, en abstracto y en concreto. Admitido que ello está sujeto a baremos cambiantes en función de las coordenadas históricas y socio-culturales, cabe, sin embargo, apuntar la relación del merecimiento de pena con el daño social causado[333] y su grado. Ello explica que principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos(-penales) o el de fragmentariedad, a los que más adelante habrá ocasión de referirse, se entiendan aquí como concreciones del principio de proporcionalidad, aunque no sólo de él.

3. El principio de proporcionalidad de las penas tiene rango constitucional[334]. Aunque no quepa «deducir del art. 25,1 CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito», son varios los preceptos constitucionales que cabe citar en favor de la acogida en nuestra Constitución de la idea de proporcionalidad de la intervención penal[335]. Por lo demás, a mi juicio dicho principio no incide sólo en la categoría sistemática del injusto[336], sino en todas las categorías; en particular, estimo que es uno de los que contribuye a la conformación de la idea compleja, que luego comentaremos, de culpabili-

---

[331] MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 78-79: «es una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho»; MIR PUIG, *Introducción*, p. 158 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 290-291, 367; COBO / VIVES, PG, 3.ª ed., p. 69 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 44.

[332] El principio de proporcionalidad es aplicable también en el ámbito de las medidas de seguridad, que es, en realidad, donde más se ha discutido su incidencia como límite a la orientación puramente preventivo-especial de aquéllas.

[333] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 111.

[334] Sobre este principio en el Derecho alemán, NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4.ª ed., Frankfurt 1982, p. 105.

[335] STC 2.ª de 22 de mayo de 1986 (ponente Sr. Latorre Segura): «especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10)».

[336] Lo ciñen al injusto MIR PUIG, *Introducción*, p. 158; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 367. Ciertamente, en el ámbito del injusto este principio muestra una gran incidencia: contribuye a la determinación de los objetos protegibles, de los ataques frente a los que se protegerán, impone la diferenciación entre responsabilidad dolosa y culposa [OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 364], etc.

dad[337]. De él, por ejemplo, se derivan principios como el de responsabilidad personal[338].

4. Otro de los principios fundamentales en los que se expresa la finalidad de garantía individual del Derecho penal es el *principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana*[339]. Tradicionalmente, suele vincularse este principio a la evolución histórica del Derecho penal con sus consecuencias en el ámbito de las sanciones penales, traducidas en la eliminación de las penas corporales, la constante reducción de la duración de la privación de libertad y la mejora de las condiciones de su ejecución[340]. Aquí se parte de atribuir un alcance más amplio a tales principios. Se entiende, pues, que la atención a la dignidad de la persona y la comprensión ante su naturaleza pueden desempeñar funciones de un modo más general. Como señalan HASSEMER / MUÑOZ CONDE, «el principio de humanidad correctamente entendido debería ser el principio rector de la política criminal»[341]. Aunque evidentemente es éste también un concepto histórico, condicionado por las concepciones antropológicas, sociales y políticas y su evolución[342].

> Son, a mi juicio, derivación de esta idea el principio de exclusión de la responsabilidad objetiva (principio de dolo o culpa) así como el de responsabilidad por el hecho (exclusión del Derecho penal de autor)[343]. En efecto, tanto uno como otro vetan la imposición de la sanción penal a supuestos en que la realización del presupuesto de la misma es inevitable. Y es contrario a la humanidad y la dignidad humana sancionar por hechos inevitables[344]. Asimismo, estimo que cabe derivar de un principio de respeto a la dignidad humana la exclusión de toda intervención punitiva que pretenda incidir sobre el fuero interno de los individuos, en lugar de pretender de ellos la mera adecuación de la conducta externa.

5. El último de los principios garantísticos a que haremos alusión en este punto es el *principio de igualdad*[345]. Este principio, de especial importancia en

---

[337] Similar conclusión, aunque con una diversa concepción de la culpabilidad, en COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 71.

[338] Que MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 107-108, incluye en el principio de culpabilidad entendido en sentrido amplio.

[339] Cfr. WÜRTENBERGER, *Humanität als Strafrechtswert*, en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, pp. 1-9, p. 2, donde pone de relieve la relación entre la humanidad y el respeto a la dignidad de la persona como valor esencial; de modo general NAUCKE, *Einführung*, 4.ª ed., p. 104-105.

[340] Cfr. por ejemplo WÜRTENBERGER, en su *Kriminalpolitik*, p. 4 y ss. En España, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 104-105; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 56 y ss.

[341] HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 172.

[342] Si las concepciones acerca del hombre han sufrido variaciones, es lógico que también las haya experimentado la idea de «humanidad»: cfr. WÜRTENBERGER, *Über das Menchenbild im Strafrecht*, en su *Kriminalpolitik*, pp. 9-26.

[343] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 107-109, los incluye en el principio de culpabilidad entendido en sentido amplio.

[344] El principio de dignidad humana es decisivo en la conformación del concepto de culpabilidad. Cfr. al respecto BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 57.

[345] Cfr. de modo general COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 77.

el Estado contemporáneo, debe ser atendido no sólo en la vertiente relativa a la igualdad formal, sino básicamente en la concerniente a la igualdad material, real, entre los ciudadanos. Así, su contenido se plasma en la obligación de tratar de modo igual a los materialmente iguales y de modo desigual a los materialmente desiguales, aspecto éste último de especial importancia en el contexto en que nos movemos. En efecto, ello requiere del Derecho penal una atención especial a las situaciones de desigualdad entre los hombres a fin de que las mismas se vean plenamente reconocidas en el aparato conceptual jurídico-penal y en los preceptos legales. El principio de igualdad, que puede estimarse íntimamente vinculado con el de respeto a la dignidad humana[346], tiene, en conexión con el principio de proporcionalidad, importantes repercusiones en todo el sistema. En particular, contribuye a conformar el contenido del principio de culpabilidad.

6. Puede sorprender que entre los principios garantísticos materiales a que se acaba de hacer referencia no se haya incluido el *principio de culpabilidad,* cuando es usual que el mismo se considere una de los más característicos «límites del ius puniendi»[347]. Ello es debido a que aquí se entiende que el principio de culpabilidad no es en sí expresión de una garantía, sino más bien de la «síntesis» de varias finalidades del Derecho penal, preventivas y garantísticas. Tal punto de vista no implica probablemente compartir la afirmación de MUÑOZ CONDE de que «la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social»[348]. Pero sí una eventual variante de la misma que expresara que la culpabilidad es un juicio general sobre un fenómeno individual. Ello, por lo demás, nos situaría relativamente próximos a la opinión de aquel autor cuando señala que «es la sociedad, o mejor, la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad»[349]. Ciñéndonos ahora a la garantía representada por el principio de culpabilidad en sentido estricto (o atribuibilidad individual), cabe afirmar que en su base se hallan los principios de proporcionalidad e igualdad. Son ellos, en efecto, los que imponen que se trate de modo diferente los casos diferentes. Sin embargo, no señalan de qué forma concreta se ha de tratar, ni sientan las bases para establecer diferentes categorías. Así, no proporcionan criterios determinantes para distinguir, dentro de los supuestos de deficiente recepción de la motivación

---

[346] Cfr. LAMPE, *Gleichheitssatz und Menschenwürde,* Maihofer-FS, pp. 253-268, en particular 259.

[347] Cfr., por ejemplo. MIR PUIG, *Introducción,* p. 153 y ss, 161 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto,* p. 290-291, 365 y 366. Vid. sin embargo ZUGALDÍA, *Fundamentos,* p. 178-179.

[348] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social,* p. 63.

[349] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social,* p. 63. Desde un punto de vista de legitimación, habría que decir que es la «síntesis» de los diversos fines del Derecho penal, realizada en el marco de la Constitución y por la vía de una reflexión filosófico-jurídica que plasmara las aspiraciones de un momento socio-cultural determinado, la que nos proporcionará el contenido de la culpabilidad. Una cosa es la concepción (doctrinal) de la culpabilidad como síntesis legitimadora de la intervención penal, y otra distinta, la síntesis que se alcance por la praxis estatal en un determinado momento, que puede ser inidónea para legitimar tal intervención, por ejemplo, por no haber considerado alguno de los fines a que aquélla debe atender.

de la norma, los casos impunes de aquéllos que merecen sólo una atenuación, o siguen siendo punibles. Para conseguir tal diferenciación es preciso superponer al principio de igualdad una consideración valorativa que permita fundamentar por qué unos sujetos carecen de culpabilidad y otros no. A mi juicio, tal esquema valorativo lo proporcionan los fines de prevención general, de resocialización y de humanidad[350]. Dado que éstas dependen de circunstancias histórico-sociales cambiantes, de este modo podría explicarse la innegable realidad de la variación del contenido del concepto de culpabilidad (y, en consecuencia, de las causas de exclusión de la misma) a lo largo de la historia. Además, se mostraría que la culpabilidad no puede ser límite a la finalidad de prevención, puesto que consideraciones preventivas, entre otras, conforman su contenido. De todos modos, sobre toda esta problemática habrá ocasión de incidir en el capítulo de la síntesis de fines del Derecho penal, al que ahora remitimos.

e) Las garantías materiales: resocialización.

1. La superación de la concepción de la resocialización como fundamento básico de la legitimidad de la intervención penal[351], con la caída en descrédito de la ideología del tratamiento[352], no ha determinado, sin embargo, el abandono, por parte de la teoría de los fines del Derecho penal, de toda referencia a la *resocialización*. Muy al contrario, —como ya se señalara al comienzo— se entiende que cualquier sistema penal moderno, para mostrarse como un sistema legítimo, debe contar en su complejo de fines con una referencia a la «resocialización» o, al menos, «no-desocialización» del sujeto afectado[353]. Lo que ocurre es que se ha producido una variación del sentido de la referencia a esta finalidad, que ahora se entiende en términos claramente garantísticos. La resocialización, pues, entendida no como imposición de un determinado esquema de valores,

[350] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 107, acoge la dignidad humana, la seguridad jurídica y la igualdad real como bases de los principios englobados en la idea de culpabilidad. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán extrajo el principio de culpabilidad de los principios constitucionales de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y Estado de Derecho [así, TIEDEMANN, *Grundgesetz und Strafrecht*, en 40 Jahre Grundgesetz. Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung, Heidelberg 1990, pp. 155-175]. Cfr. también BRUGGER, *Staatszwecke im Verfassungsstaat*, NJW 1989, pp. 2425-2434, p. 2434.

[351] Sigue asignando a la prevención especial, básicamente la resocialización, un carácter fundamentador esencial del recurso a la pena, Arthur KAUFMANN, *Hilde KAUFMANN-GS*, p. 430, aunque con límites como la retribución.

[352] Cfr, sobre la polémica, además de *supra* II. 2. C), los trabajos de MENNINGER, *Therapie statt Strafe*, y de MURPHY, *Kritik am therapeutischen Resozialisierungsprogramm*, en Hoerster (comp.), Recht und Moral, pp. 195-208, y 208-221, respectivamente.

[353] Cfr. de modo general ROXIN, JA 1980, p. 225, 227; SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 346; indicando correctamente que no debe bastar con impedir la desocialización, sino que una moderna comprensión de la libertad y la dignidad humana exige más, una aportación activa al sujeto, LÜDERSSEN, JA 1991, p. 226. En España, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 112-113; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 207.

sino como creación de las bases de un autodesarrollo libre o, al menos, como disposición de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización, constituye una finalidad a la que el Derecho penal debe tender[354]. En esa medida, puede verse en ella una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, desde el cual deben interpretarse todas las medidas con vocación resocializadora.

> En palabras de Bajo FERNÁNDEZ: «...la función de reeducación y reinserción social del recluso debe de entenderse como obligación de la Administración penitenciaria de ofrecer al recluso todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución»[355].

Tal finalidad debe entenderse en el sentido de que responde a una garantía individual, y no a un derecho de la sociedad ni del Estado[356]. La idea de resocialización se opone, ante todo, a penas de esencia, duración o configuración desocializadora: su aspecto negativo es, por tanto, el decisivo[357]. En lo positivo, como tal garantía, debe entenderse reducida a la disposición de medios y carente de toda referencia a fin: el fin debe permanecer como una cuestión de la autonomía individual. No hay, pues, un mandato constitucional de resocializar, sino sólo de orientar la ejecución de las sanciones[358] a (esto es, sentar las bases de) una eventual resocialización del individuo (cuyo contenido, por lo demás, tampoco debe venir dado de antemano)[359].

---

[354] Cfr. *supra* las referencias a las tesis de Calliess, Haffke y Lüderssen. Además, ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 107; COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 620. Es más, responde a una exigencia de la dignidad humana. Cfr. sobre ello LÜDERSEN, *Einleitung*, en Lüderssen / Sack (comp.), Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1. Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik. Frankfurt 1975, pp. 7-34, p. 26-27 nota 30.

[355] BAJO FERNÁNDEZ, *prólogo a Zipf, Introducción a la Política criminal* p. XV.

[356] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 105: «Desde el punto de vista de los derechos fundamentales está claro que el tratamiento es un derecho del penado, pero nunca una obligación. El 'derecho a no ser tratado' es parte integrante del 'derecho a ser diferente' que toda sociedad pluralista y democrática debe reconocer. El tratamiento obligatorio supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales generalmente reconocidos». También, OCTAVIO DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 263 (a propósito de las medidas de seguridad), 296; ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 108.

[357] Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 117: «He aquí, pues, el único sentido que puede y debe tener en la actual realidad penitenciaria española el concepto de resocialización y de tratamiento que le es inherente: *procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras*» (subrayados en el original).

[358] Privativas de libertad.

[359] El Tribunal Constitucional (STC 25 nov. 1983; 10 jul. 1985; 21 en. 1987; 23 feb. 1988; entre otras) ha señalado que el art. 25,2 CE no confiere un derecho fundamental al condenado, sino que sólo contiene un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. Cfr. en cambio, en favor de la tesis del «derecho del condenado» COBO/BOIX, *Derechos fundamentales del condenado. Reducación y reinserción social*, en COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*. Tomo I. Derecho penal y Constitución, Madrid 1982, pp. 217-227, p. 222.

2. Las manifestaciones de esta finalidad resocializadora no afectan, como es común observar, únicamente a la *ejecución* de las penas privativas de libertad (y de las medidas de seguridad —en realidad, algunas de ellas). Ciertamente, es lo más probable que la referencia del art. 25, II CE[360] (luego reproducida en la Ley Orgánica General Penitenciaria) deba interpretarse en dicho sentido restrictivo[361]. Sin embargo, el que la Constitución no extienda su mandato explícito más allá no quiere decir que impida entender que el Derecho penal ha de tener presente el referido fin resocializador ya antes[362], en orden a no adoptar regulaciones que resulten *per se* impeditivas de una eventual opción resocializadora del condenado, o sean directa e inevitablemente desocializadoras[363]. Ello, desde luego, en la imposición de la pena en concreto, pero también, y de modo muy especial, en el momento de la conminación penal. En lo relativo a la determinación de la pena concreta, la mayoría de los Ordenamientos jurídicos establecen que uno de los criterios que han de tenerse presentes —aunque, ciertamente, no sea el único— es el constituido por la personalidad del delincuente, en términos más claros, por las «consecuencias de la pena para la vida futura del sujeto». En lo que se refiere, por su parte, a la conminación penal típica, la incidencia de la finalidad de resocialización o no desocialización se percibe en la tendencia a la práctica eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración, en la progresiva eliminación de penas de duración excesivamente larga (cuyos efectos desocializadores habían sido puestos de relieve de modo reiterado por los expertos), y, en fin, en la creciente introducción de alternativas a la pena privativa de libertad, cuyo origen debe situarse en la decepción ante las posibilidades resocializadoras de la privación de libertad y la intención de dar respuesta a esa misión resocializadora por otras vías.

3. Naturalmente, el fin de resocialización y su lógica pueden entrar en colisión directa con la lógica de la prevención general de intimidación[364]. Como

---

[360] Sobre éste cfr. básicamente COBO/BOIX, en COBO (Dir.) *Comentarios*, I, pp. 217-227, con referencias bibliográficas, en especial p. 218-219. Críticamente respecto a una concepción absolutizadora del tenor de este artículo, Bajo FERNÁNDEZ, *Prólogo a Zipf, Introducción*, p. XIII-XIV.

[361] Cfr. la argumentación de COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 620.

[362] Lo reconocen explícitamente COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 619: «tal clase de prevención se halla fundamentalmente ligada a la fase ejecutiva de la pena (aunque incluso el legislador, a la hora de configurar el sistema penal, pudiera tener presente la finalidad de prevención especial)»; p. 621, exigiendo que, en el momento legislativo y aplicativo, «no se impida que la ejecución de dichas penas se oriente hacia la reeducación y reinserción social». Cfr. también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 242. Limitando, en cambio, el ámbito de aplicación del concepto de resocialización a la ejecución, LÜDERSSEN, JA 1991, p. 222-223.

[363] Cfr. la detallada argumentación de OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 281, también p. 292.

[364] También, con la lógica de la proporcionalidad, tanto por exceso como por defecto. Las tendencias actuales discurren en la línea de hacer prevalecer la proporcionalidad sobre la resocialización, cuando ésta podría conducir a penas excesivas; por contra, se atiende más a la resocialización si ésta conduciría a imponer penas inferiores a las proporcionadas, que, por otra parte, no redundaran en grave mengua de la prevención general. Como se advierte, puede afirmarse una fuerte orientación garantística en la doctrina

es sabido, es tradicional el discurso que, a partir de poner en relación los fines de prevención general y prevención especial, habla de la existencia de una «antinomia de los fines de la pena»[365]. En lo que aquí interesa, y centrándonos más en la conminación penal abstracta que en la medición de la pena, puede aludirse a que ha sido tradicional confiar la eficacia intimidatoria a penas privativas de libertad de larga duración, de las que, por otro lado, se han afirmado efectos desocializadores irreparables. En el otro extremo, modernas instituciones político-criminales orientadas a la resocialización podrían chocar con el argumento de que debilitan la eficacia intimidatoria del sistema penal. Esto último sucedería en varios niveles. Por una parte, en los niveles de la imposición de la pena o de la ejecución penitenciaria de la misma: instituciones como la condena condicional, o el régimen abierto y la libertad condicional, pueden contribuir, ciertamente, de modo eficaz, cada una en su nivel, a la resocialización o no desocialización del sujeto, pero podría argumentarse que en algunos casos ponen en cuestión la confirmación de la «seriedad de la amenaza», debilitando la intensidad preventiva. Por otra parte, ello podría alegarse de modo especial en el caso de la propia conminación penal abstracta, cuando ya a este nivel se advierte una abundancia de instituciones alternativas a la privación de libertad, y con alcance básicamente resocializador. La posibilidad de una colisión entre estas modernas instituciones y la lógica preventivo-general es cuestión controvertida, de la que se ocupan buen número de autores[366] y constituye, desde luego, otro de los elementos dinamizadores del Derecho penal moderno. Sin embargo, la evolución de los argumentos empíricos constituye un buen argumento en favor de la posibilidad de consecución de una síntesis entre el fin de no-desocialización, o de favorecimiento de la resocialización, y el fin de intimidación correctamente entendida[367].

---

sobre este punto, e incluso en la legislación. Manifestación de lo primero es la introducción del requisito de proporcionalidad en las medidas de seguridad; manifestación de lo segundo son las nuevas instituciones de suspensión o renuncia a la pena.

[365] Cfr. al respecto, de modo general, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979, centrado más bien en la imposición y determinación judicial de la pena. Cfr. también, recientemente, MORILLAS CUEVA, *Estudios penales en memoria del Prof. FERNÁNDEZ ALBOR*, p. 517 y ss.

[366] Lo ponen de relieve GUTH/KÜHL/SCHUMANN, *Editorial*, en KrimJ 1987, p. 1, citando expresamente el caso de la «diversion». Sin embargo, cfr. *supra* las referencias a investigaciones empíricas que mostrarían la posibilidad de que en general estas instituciones de configuración resocializadora no redunden en menguas relevantes de la eficacia preventivo general [IV.4. B. b)].

[367] En efecto, si puede disminuirse la intensidad de las sanciones (o sustituirse éstas) sin pérdida relevante de eficacia intimidatoria, como parecen demostrar las investigaciones empíricas, parece que la orientación no desocializadora de las sanciones puede superar la objeción representada por la perspectiva de la prevención general. En caso de conflicto frontal irresoluble entre ambas, prevalecerá la prevención general, extremo éste en el que, a diferencia de lo que sucedía en la década marcada por el Proyecto alternativo alemán, parece estar hoy de acuerdo toda la doctrina (Cfr. MORILLAS CUEVA, *Estudios penales en memoria del Prof. FERNÁNDEZ ALBOR*, p. 518-519]. Lo que es compatible con la idea de que «con el debido respeto al principio de proporcionalidad, debe prescindirse de toda sanción cuyos efectos desocializadores sobre el afectado sean superiores a los beneficios (todavía por probar) que reporte a la colectividad» [SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 347].

D) En particular, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos.

1. La exigencia de que el Derecho penal intervenga exclusivamente para proteger *bienes jurídicos(-penales)* constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno[368]. Se trata, como intentaré mostrar más adelante, de una manifestación de la confluencia (no pacífica, sino tensa) de principios garantísticos diversos ya mencionados. Por un lado, la proporcionalidad: La intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas. De ahí que, según esto último, el *principio de fragmentariedad* (protección fragmentaria de los bienes jurídicos) también pueda concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad. Por otro lado, principios utilitaristas, como el de necesidad y utilidad de la intervención penal (intervención mínima)[369]. La finalidad garantística que —junto a otras— es la fundamental del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos puede haberse visto, sin embargo, frustrada por las diversas vicisitudes que han afectado a la historia del concepto de bien jurídico[370]. Por ello, tienen razón COBO/VIVES, cuando afirman que «el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado»[371]. En efecto, el cumplimiento de la referida finalidad de garantía exige una adecuada determinación del contenido del concepto de bien jurídico[372]. Esta habrá de impedir que el mismo sirva

---

[368] Así, por ejemplo, de modo general, HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici*, en Dei delitti e delle pene, 1 (1984), pp. 104-113, p. 108; ARROYO ZAPATERO, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 1, agosto 1987, p. 103.

[369] En realidad, la doctrina suele conectar el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos y la propia fragmentariedad sólo con consideraciones de necesidad e utilidad (intervención mínima). Así, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 71 y ss; MIR PUIG, *Introducción*, p. 126 y ss; para la fragmentariedad, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 358 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 45. Sin embargo, por muy necesaria que sea la intervención penal en protección de un bien, dicho bien no pasa automáticamente a incluirse en el ámbito de los objetos de protección penal; dicho de otro modo, podría ser necesaria en términos funcionales (aunque inadmisible) la protección de bienes no fundamentales. La postura doctrinal referida implica, pues, según creo, reunir en uno solo los conceptos de «necesidad de protección penal» y de «merecimiento de protección penal». Uno y otro, sin embargo, responden a lógicas diferentes y, como se verá, sólo de la síntesis de ambos puede resultar una adecuada delimitación de los objetos penalmente protegibles.

[370] Un resumen de esta historia en MIR PUIG, *Introducción*, p. 128 y ss. En detalle, las obras de SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel 1962; y AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzip auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt 1972.

[371] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 253.

[372] En esta línea, COBO/VIVES. PG, 3.ª ed., p. 253, apelando a la idea de Estado social y democrático de Derecho, como idea que ha de presidir la formación del concepto material de bien jurídico. También lo señala GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)*, RFDUC 69, otoño 1983, pp. 85-111, p. 86-87, indicando que la capacidad o incapacidad del concepto de bien jurídico para servir de límite al *ius puniendi* estatal depende del criterio que se siga para seleccionar los bienes protegibles.

de mera pantalla para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización de los individuos como seres sociales. Históricamente[373], ese puede haber sido el caso de la concepción del bien jurídico como «valor (espiritual-cultural)» difundida por el neokantismo, que prácticamente lo incapacita para cumplir fin limitador alguno[374].

Ciertamente, si el bien jurídico se entiende únicamente como una «realidad valorada positivamente», parece obvio que bajo esa intitulación puede incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada. La ineficacia garantística de la concepción espiritualista del bien jurídico como materialización de un valor se advierte tan pronto como se piensa en que el Derecho penal nacionalsocialista no tuvo dificultades importantes para acabar aceptando un concepto de bien jurídico de tal factura, rechazado inicialmente por sus connotaciones liberales[375]. La pretendida «materialidad» del contenido del concepto de bien jurídico acababa, pues, por no añadir nada a la idea de «infracción de un deber», dado que cualquier deber podía elevarse a la categoría de bien jurídico. Un concepto así no era capaz, por tanto, ni de fundamentar la despenalización de hechos puramente inmorales, ni de proporcionar las características específicas del objeto de protección del Derecho penal. De ahí que el comienzo del movimiento internacional de reforma del Derecho penal, a partir de los años cincuenta, propiciara un replanteamiento del concepto de bien jurídico, mediante la vuelta a ideas ya intuidas por VON LISZT[376].

2. Así, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos ocupó uno de los centros de la discusión jurídico-penal de los años sesenta[377] y setenta (en España, setenta/ ochenta), orientada básicamente a la reforma del Derecho penal. Se trataba entonces de elaborar un concepto de bien jurídico que diera base teórica al movimiento despenalizador iniciado. De este modo surgieron los *conceptos sociológico-funcionalistas de bien jurídico,* que aprecian correctamente la necesidad de entender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social. Consiguientemente,

---

[373] Sobre la historia del concepto de bien jurídico, cfr. CALLIESS, *Theorie der Strafe,* p. 135 y ss.

[374] Cfr. sobre este tema GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUC 69, otoño 1983, p. 87 y 88, 110; también, TERRADILLOS BASOCO, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal,* RFDUC 63, otoño 1981, pp. 123-149, p. 132-133; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 49. Carecen asimismo de función garantística alguna, como es obvio, las concepciones positivistas, cuyo último representante es JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 2, en quien el bien jurídico se identifica con el sentido y fin de las normas penales (p. ej. n.º marg. 5): concretamente, en n.º marg. 2 sostiene como «bien jurídico-penal» el aseguramiento de las expectativas normativas fundamentales contra su defraudación.

[375] Cfr. MIR PUIG, *Introducción,* p. 131.

[376] Cfr. MIR PUIG, *Introducción,* p. 129-130 y 132.

[377] Una de las primeras muestras de tal interés lo constituye la obra de SINA, citada *supra.* Ya antes, por ejemplo, JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten,* Stuttgart 1957. Y posteriormente, un gran número de obras.

la característica común de los hechos lesivos de bienes jurídicos será su «dañosidad social»[378]. Sin embargo, la corrección de la tesis básica de estas corrientes, que se expresa en el rescate de la noción de bien jurídico del mundo abstracto de los valores y su integración en el ámbito de la realidad social[379], en el que se desarrollan las funciones del Estado y, por ende, del Derecho penal, no puede hacer olvidar determinadas dificultades inherentes a tal concepción[380]. Así, por un lado, como ha advertido cierta doctrina, la adopción de una perspectiva exclusivamente funcionalista puede anular de hecho la eficacia limitadora del concepto, pues, ciertamente, la protección de valores morales (o, incluso, como sucede en nuestros días, de determinadas estrategias políticas) puede ser estimada «funcional» en una determinada sociedad[381]. En todo caso, la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social olvidando al individuo[382]. Ello, por lo demás, nos sitúa ante otra posible objeción contra estas propuestas, a saber, que expresan una concepción estática del bien jurídico (lo funcional a una determinada sociedad), pudiendo mostrarse como tesis reaccionarias[383].

3. En otro orden de cosas, la idea de dañosidad social se halla especialmente marcada por su finalidad coyuntural: concretamente, la de excluir del ámbito jurídico-penal los hechos exclusivamente inmorales. Esto último es, según creo, de gran importancia. En efecto, los conceptos sociológicos de bien jurídico tienen como *leit motiv* la separación de Moral y Derecho (en general); así, construyen ciertamente una teoría de las condiciones positivamente valoradas que merecen protección *jurídica* —a partir del criterio de la dañosidad social— pero no espe-

---

[378] Así, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz* p. 350 y ss, aunque renunciando al propio concepto de bien jurídico y tomando la dañosidad social como referencia directa de la antijuricidad material. Siguiéndole, GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUC monográfico 3 (1980), pp. 128-194, p. 148 y ss. Sin renunciar al concepto de bien jurídico, GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUC 69, otoño 1983, p. 91, 98 y ss., 106 y ss., 111, entendiéndolo como «concepto social».

[379] Subrayando la importancia de la «dañosidad social» como expresión de que el hecho, en sus efectos lesivos, trasciende al conflicto entre autor y víctima, y al daño que esta última sufre, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 38. Sobre la idea de «dañosidad social» por lo demás, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 41.

[380] Así, la primera crítica que puede hacerse a planteamientos como el de Amelung es la innecesariedad de prescindir del concepto de bien jurídico, que es pertectamente apto para incorporar la referencia social que se pretende. Vid la convincente crítica a Amelung, cuyo punto de partida comparte, en MIR PUIG, *Introducción*, p. 135 y ss [siguiendo a CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 143 y ss]; también TERRADILLOS BASOCO, RFDUC 63, otoño 1981, p. 134.

[381] Así, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 344; cfr. también críticamente, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 27-28.

[382] Críticamente, MIR PUIG, *Introducción*, p. 138; TERRADILLOS BASOCO, RFDUC 63, otoño 1981, p. 134, citando a ROXIN. Ciertamente, ello podría corregirse —como hace el propio Mir (*Introducción*, p. 152)— incluyendo, junto a la idea de disfuncionalidad, la referencia a un modelo de Estado dado (democrático), caracterizado por proteger las bases del sistema social en beneficio exclusivo de los individuos que lo integran. En esta línea también COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 253; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 41. Cfr. de todos modos, sobre esto, desde una posición todavía más crítica respecto a las tesis funcionalistas, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 342 y ss.

[383] TERRADILLOS BASOCO, RFDUC 63, otoño 1981, p. 135.

cíficamente jurídico-penal. En otras palabras, no se preocupan específicamente del *grado de dañosidad social* preciso para que la lesión de un bien jurídico devenga penalmente relevante. Sin embargo, parece claro que, dada la especial gravedad de la consecuencia jurídica «pena», el Derecho penal habría de ocuparse asimismo tan sólo de casos de dañosidad social especialmente grave. A ello se atiende en parte, desde luego, mediante la noción de la fragmentariedad (que contempla la gravedad del ataque a un determinado bien jurídico); sin embargo, parece que también podría darse cuenta de tal necesidad desde la propia perspectiva de las características del objeto de protección jurídicopenal.

4. Sentado ya que en estas líneas se entiende que el punto de partida de las concepciones sociológico-funcionalistas (la dañosidad social) es correcto, a las dificultades planteadas por las mismas —y a las que acabamos de hacer alusión— puede hacerse frente mediante las siguientes correcciones. El peligro inherente a la idea de funcionalidad social, que podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o a dar cabida a puntos de vista totalitarios, debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al *individuo*[384].

> Situando la autorrealización del individuo como elemento central del concepto de bien jurídico (que sigue manteniendo el ya aludido elemento de la dañosidad social) se resuelve, según creo, el problema que plantea OCTAVIO DE TOLEDO, en su *crítica a las concepciones del funcionalismo*[385]: a saber, que el Estado, movido por los grupos hegemónicos, quiera castigar todos los hechos disfuncionales respecto al sistema de producción y distribución, del que éstos son beneficiarios, y no quiera castigar hechos que, pese a ser lesivos, resultan funcionales al mismo. En efecto, a partir de la referencia individual del concepto de bien jurídico, hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de

[384] Cfr. en este sentido MARX, M., *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materiellen Verbrechenslehre*. Köln, Berlin, Bonn, München 1972, p. 62 y ss; CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 143, 144 y ss., 147, según quien sólo pueden ser bienes jurídicos las *condiciones que hayan de servir de base para las posibilidades de participación de los individuos en los sistemas sociales;* en la misma línea, MIR PUIG, *Introducción*, p. 139-140; TERRADILLOS BASOCO, RFDUC 63, otoño 1981, p. 136, al identificar el bien jurídico con las «posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas». También COBO/VIVES PG, 3.ª ed., p. 249, que, si bien definen el bien jurídico como «todo valor de la vida humana protegido por el Derecho», entienden el término valor, no en un sentido ético, sino como todo lo que satisface una necesidad humana, del cuerpo o de la mente (p. 256, nota 16, citando a Rocco). Ultimamente, HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico* (trad. P.S. Ziffer), en Doctrina penal, año 12, abril-sept. 1989, pp. 275-285, p. 282: «los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona»; KINDHÄUSER, en Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), *Modernes Strafrecht*, p. 35: «propiedades de personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo». La exigencia de una referencia individual, que permita advertir en la lesión del bien jurídico la producción de un daño a otro (*harm to others*) es la propia de la tradición liberal; crítico al respecto, desde la perspectiva de la atribución al Derecho penal de una función de estabilización de normas sociales, NEUMANN, *Moralische Grenzen des Strafrechts. Zu Joel Feinberg, The moral limits of Criminal Law*, ARSP 1986, pp. 118-125, espec. p. 125.

[385] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 350 y ss; cfr. también ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 41.

autorrealización del individuo no serán punibles. En cuanto a los hechos funcionales para la «práctica» del sistema, si lesionan posibilidades de autorrealización del individuo, en la medida en que el sistema se declare establecido en beneficio de éste (como sucede en los Estados democráticos), podrán, si concurren los restantes requisitos que luego veremos, ser estimados punibles, en tanto que disfuncionales con el «programa» del sistema. En cualquier caso, todo ello demuestra la peligrosa ambigüedad del concepto de dañosidad social, entendido por separado de toda otra consideración: en efecto, problemas como el de la definición de lo socialmente dañoso en una sociedad dividida, cuyos diferentes estratos responden a intereses contrapuestos, no son fácilmente resolubles. De ahí que quizá sea lo mejor el integrar en una sola idea los aspectos de «referencia individual» y de «dañosidad social», afirmando que el objeto de protección jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social (tesis de CALLIESS). Según ello, la dañosidad social de las infracciones del Derecho penal se derivaría precisamente de incidir sobre la esfera de libertad de los individuos, privándoles de medios de participación social: sería sólo constatable a partir de la apreciación de que se ha impedido una participación en los procesos sociales.

La idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social)[386]; determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad[387].

Esta consideración se muestra perfectamente integrada en el esquema de fines del Estado contemporáneo. En efecto, éste tiene como finalidad esencial la de garantizar a cada ciudadano la posibilidad de conducir su vida de modo autónomo, responsable y pleno. Sin embargo, tal finalidad no puede olvidar que el individuo no es un ser aislado, sino que desarrolla su vida inmerso en una comunidad[388].

---

[386] Cfr. en sentido similar MARX, M., *Zur Definition*, p. 62 y 80; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 48. Vid. también la importante concreción de TERRADILLOS BASOCO, RFDUC 63, otoño 1981, p. 140: «la conminación penal ha de dirigirse (sólo) frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida». Subrayando que lo protegido son estructuras que permiten relaciones intersubjetivas, de comunicación, orientadas a la satisfacción de necesidades, CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 133, 139.

[387] Similar, MARX, M., *Zur Definition*, p. 79 y 80, resaltando aquí la necesaria componente social de la autorrealización personal. La referencia individual de todos los bienes supone, por lo demás, que el objeto de la lesión sea la específica disponibilidad del individuo sobre los bienes que favorecen su desarrollo [MARX, M., *Zur Definition*, p. 67-69]. Esta evolución hacia un mayor protagonismo de la idea de «individuo» en el concepto de bien jurídico se observa también en la evolución del pensamiento de ROXIN en este punto. En efecto, mientras que inicialmente [ROXIN, *Problemas básicos*, p. 21] asigna al Derecho penal dos funciones: una de protección de bienes jurídicos, y otra de asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas esenciales, más adelante [citado por GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUC 69, otoño 1983, p. 99 nota 48] define los bienes jurídicos como «realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del total sistema social, construido con tal fin».

[388] Cfr. sobre ello BRUGGER, NJW 1989, p. 2433-2434. No debe olvidarse al respecto que el Tribunal Constitucional alemán, ya en 1954 (BVerfG 4,15), señaló que el modelo antropológico constitucional no

5. La idea compleja, antes aludida, de la incidencia lesiva sobre medios que posibilitan el libre desarrollo del sujeto individual a través de su participación en los procesos sociales[389], se encuentra, según entiendo, en buenas condiciones para proceder a una primera delimitación del ámbito de conductas contra el que debe intervenir el Derecho penal[390]. En efecto, la combinación de los aspectos de afectación a individuos y de repercusión social dañosa permite excluir la punición de los hechos meramente inmorales, así como la protección penal de otros valores, funciones o estrategias político-sociales. En cualquier caso, sin embargo, quedan todavía en este punto no pocas cuestiones abiertas. Por ejemplo, es evidente que la acogida de estos requisitos no excluye la protección penal de los llamados «bienes supraindividuales», en la medida en que ellos tambien constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo[391]. Ello puede fundamentarse indicando que la condición de bien jurídico no requiere una afectación directa del individuo, sino que ésta puede ser también indirecta. Pero entonces surge el problema de dónde fijar el límite: en qué punto de la repercusión indirecta sobre el individuo cabe entender que ya no se dan las condiciones para la protección penal; pues, evidentemente, el término «indirecto» es lo suficientemente ambiguo como para que difícilmente pueda obtenerse una conclusión a partir únicamente del mismo[392].

6. La vía hacia una precisión de los objetos de protección jurídico-penal no acaba, pues, con la afirmación de que las lesiones de los mismos deben afectar a individuos y mostrarse socialmente dañosas.

> Estos dos elementos definitorios son importantes, necesarios, aunque no suficientes para individualizar el objeto de protección penal frente a los objetos de protección de otros sectores del Ordenamiento jurídico. Por tanto, si bien

---

era el de un hombre aislado y soberano, sino que había resuelto la tensión individuo-sociedad en el sentido de afirmar que la persona aparece referida y vinculada a la comunidad, sin que con ello se vea afectada en su valor propio. Algo que, según creo, vale de igual modo para el caso español.

[389] De lo que resulta una propia incidencia lesiva sobre el sistema social general, basado —en los Estados contemporáneos— en la participación en el mismo de todos los ciudadanos.

[390] Cfr. sobre tesis próximas a ésta, que califica de síntesis liberal-social (concepto ecléctico de bien jurídico), GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUC 69, otoño 1983, p. 106 y ss, 109, con cierto escepticismo (p. 110: «su máxima virtualidad se concreta —exclusivamente—, a mi entender, en la inicial evitación de la persecución de conductas (¿resultados?) meramente amorales»).

[391] Cfr. MARX, M., *Zur Definition*, p. 79 y ss, p. 80; el concepto de bien jurídico es único, pues, por mucho que integre bienes individuales y sociales (p. 83). Ultimamente, HASSEMER, en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept. 1989, p. 282: «un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre»; y p. 281: «El fundamento de esta tradición es una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre».

[392] De todos modos, es preciso concluir, con HASSEMER [en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept. 1989, p. 282] que la función de este —de cualquier— concepto de bien jurídico «no reside en posibilitar deducciones *more geométrico*, sino en dar a las discusiones jurídicas determinada línea argumental, como es, en este caso, la concepción personal en la elección de los objetos de protección penal». Más observaciones sobre los bienes universales, *infra* IV. 5. D) a).

combinando ambos han podido darse criterios-guía del proceso despenalizador (añadiéndoles la consideración utilitarista del principio de intervención mínima), no parece que por sí solos puedan poner freno a los procesos de incriminación a que asistimos en nuestros días.

A mi entender, es preciso, por el contrario, seguir procediendo a realizar ulteriores concreciones de las ideas rectoras —en conflicto— de proporcionalidad y necesidad de la intervención penal. Con ello, además, retomamos el hilo de la segunda dificultad de las concepciones sociológico-funcionales del bien jurídico, ya antes apuntada. En efecto, si la consecuencia jurídica «pena» es más grave que las propias de otros sectores del ordenamiento, también será precisa una dañosidad social cualificada para fundamentar su aplicación. La resolución de esta cuestión puede afrontarse desde perspectivas diferentes. Una de ellas ha sido la adoptada por los sectores doctrinales que han tratado de hallar en la Constitución el catálogo de bienes jurídico-penalmente protegibles[393]. En efecto, dichos sectores, partiendo de que la pena constituye una sanción que puede afectar a derechos consagrados constitucionalmente, y en virtud de una obvia consideración de proporcionalidad, exigen que el Derecho penal se limite a la protección de valores constitucionalmente garantizados, de modo explícito o implícito[394]. La propuesta de tomar la Constitución como punto de referencia de la concreción de los objetos de protección penal tiene, desde luego, pretensiones garantísticas y refuerza la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico. Sin embargo, a mi juicio sigue siendo insuficiente para caracterizar de modo pleno

---

[393] En esta línea ya SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, p. 909 y ss [citado por MIR PUIG, *Introducción*, p. 132-133], que pretendía tomar como criterio de la condición de bien jurídico el «orden de valores de la Constitución». Sin embargo, una apoyatura en la Constitución así concebida se mantiene próxima, como el propio Mir señala, al concepto valorativo-espiritual de bien jurídico. La utilidad de la referencia constitucional puede ser mayor si se utiliza como criterio complementario de los ya referidos de la dañosidad social y afectación individual. Más representativo de esta úttima línea, aunque sin desarrollarla por completo, es el trabajo de RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en Festschrift für R.M. Honig, Göttingen 1970, p. 158 y ss., [citado por OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 339]. Cfr. también CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 131-132. Recientemente, AMELUNG, *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden 1991, pp. 269-279, p. 278.

[394] Paradigmáticamente, BRICOLA, *Teoria generale del reato, separata del Novissimo Digesto italiano*, Torino 1973, p. 15-16: «la sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien que, aunque no sea de grado igual respecto al valor (libertad personal) sacrificado, sí al menos posea relevancia constitucional. Esto es: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante»; con referencias a la doctrina alemana, en nota 13. La relevancia constitucional significa, por lo demás, (p. 16), «asunción del mismo (*scil. del bien*) entre los valores garantizados explícita o implícitamente en el texto constitucional». También, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p. 163 y ss, distinguiendo el grado de anclaje constitucional en función de la modalidad de sanción impuesta a la lesión del respectivo bien; FIANDACA/MUSCO, PG, p. 3 y ss. Siguen en España este planteamiento ALVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, CPC 1991, pp. 5-44, y, ya antes, los autores que cita en nota 67; también DE LA CUESTA, *Eguzkilore 3* (1989), p. 63; con matices, ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 42-43. Críticamente, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 51-52.

a los bienes jurídicos penalmente protegibles[395]. Si alguna observación crítica puede dirigirse a esta tendencia, es que sigue pecando por defecto y no por exceso.

7. En efecto, no podría alegarse contra la exigencia de anclaje constitucional del concepto de bien jurídico que las reacciones jurídico-penales no inciden siempre sobre un derecho tan significativo constitucionalmente como la libertad, sino a veces sobre ciertos derechos, el patrimonio, etc.; pues, siendo esto cierto, no lo es menos que ya las normas penales (primarias), al ordenar bajo la amenaza de pena la realización de ciertas conductas y prohibir la realización de otras, suponen una importante restricción del ámbito de libertad individual y que la intervención penal en su conjunto (proceso incluido), aunque la consecuencia de la misma sea una multa, incide de forma sumamente gravosa sobre aspectos de la esfera individual constitucionalmente garantizados. La exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles me parece, pues, plenamente justificada[396], en la medida en que pone de relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la penal sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución. La idea de plasmación constitucional debe, pues, ser acogida por añadir un nuevo elemento limitador a las ideas ya reseñadas de afectación al individuo y dañosidad social. Sin embargo, el ámbito de las realidades consagradas explícita o implícitamente por la Constitución resulta describir un marco flexible y ambiguo, demasiado amplio todavía para los efectos que aquí interesan[397]. Así, si bien es cierto que realidades que no hayan sido consagradas expresa o implícitamente en la Constitución deben quedar por principio cerradas a la protección penal[398], también lo es que no todas aquellas realidades contempladas en la misma adquieren, en virtud de ello, la cualidad de penalmente protegibles[399]. La Constitución, en

---

[395] En este sentido, FIANDACA/MUSCO, PG, p. 5.

[396] En este sentido, VIVES ANTÓN, *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*, en COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*. Tomo I. Derecho penal y Constitución. Madrid 1982, pp. 1-48, p. 25; COBO VIVES, PG, 3.ª ed., p. 253: «Un concepto elaborado sobre tales bases (*scil. las de la idea de Estado social y democrático de Derecho*) estaría en las mejores condiciones para desempeñar la función garantizadora que normalmente se le atribuye, desde el momento que podría aparecer como concreción de un precepto constitucional, vinculante para el legislador ordinario no sólo ideológicamente, sino también desde la más estricta positividad».

[397] Cfr. ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 46 y ss.; AMELUNG, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, p. 278.

[398] Subraya el interés de este procedimiento «negativo» que, por de pronto, vaya determinando qué intereses no merecen en ningún caso la protección penal, aunque todavía no pueda determinar cuáles sí la merecen positivamente, ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 48 y ss, citando a Portilla Contreras. Cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, ADPCP 1990, pp. 5-27, en especial 10 y ss.

[399] Como señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 69, «los derechos fundamentales no son más que un elemento importante del complejo tejido que es la determinación del merecimiento de pena». Asimismo MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en Estudios

efecto, no establece en principio cuál haya de ser el mecanismo protector de las realidades que valora positivamente[400]. Sentada la consagración constitucional, es preciso, pues, proseguir en la labor de concreción de las características de los objetos penalmente protegibles, para lo cual será preciso tener presentes los principios político-criminales que han de inspirar de modo general el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En particular, como luego se verá con detalle, será necesario atender a consideraciones sobre el merecimiento de pena (derivado de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo) y sobre la necesidad de pena, derivada de la ineficacia de otros medios menos lesivos que los penales Evidentemente, también en este proceso de concreción —que debe ocupar, y de hecho ya comienza a hacerlo, la moderna reflexión sobre el bien jurídico penalmente protegible— podrán desempeñar las referencias a principios constitucionales un importante papel, como eslabones de la cadena argumentativa.

8. A mi juicio, el mérito de las modernas concepciones acerca del bien jurídico es precisamente que, distanciándose progresivamente de la idea coyuntural que propiciara su inicial proliferación (sentar criterios de distinción entre los ámbitos de la moral y del Derecho, a lo que se orientaban conceptos como el de «dañosidad social» o referencias a la participación en los sistemas sociales), apuntan, siquiera intuitivamente, hacia una conclusión decisiva, obvia, si se quiere, pero de la que no se han extraído, según creo, las consecuencias debidas. Tal conclusión es la de que *el objeto de protección del Derecho, en general, y el del Derecho penal, en particular, no son idénticos*[401]. La idea contraria, que podría tener cabida en una concepción del Derecho penal como mero refuerzo sancionatorio de normas de otros sectores del Ordenamiento, carece de sentido tan pronto como se advierte que el Derecho penal dispone de normas primarias propias y que lo que hace «penal» una infracción no es la sanción de la misma con una pena, sino determinadas características materiales de la propia infracción. Sentado esto, resulta relativamente fácil advertir que la tarea del momento presente es precisamente determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de pro-

---

penales y criminológicos XIV (1989-1990), Santiago de Compostela 1991, pp. 205-215, p. 210-211: «la cuestión no puede resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen».

[400] En particular, no establece ningún deber de proteger con medios jurídico-penales las realidades que juzga valiosas: AMELUNG, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, p. 278-279. Son excepciones problemáticas los llamados (y discutidos) «mandatos constitucionales de criminalización». Crítico, por ejemplo, ALVAREZ GARCÍA, CPC 1991, p. 28 y ss.

[401] En esta línea, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 71 : «...no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho penal, *ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él*» (el subrayado es mío). A continuación, procede a desarrollar esta idea sobre la base del principio de fragmentariedad y mediante una explicitación de las características que han de reunir los objetos de protección jurídico-penal. Recientemente lo expresa con claridad MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 205: «No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo *bien* jurídico ha de convertirse en un *bien jurídico-penal*».

tección penal en relación con los objetos de protección de los demás sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, la discusión actual no aparece centrada sobre la punición o no de hechos lesivos de valores morales, sino sobre cuál es la específica protección (civil, penal, administrativa) que debe prestarse a determinados «bienes» sobre cuya naturaleza de objetos jurídicamente protegibles no existen dudas. La obtención de criterios de delimitación del objeto que deba ser protegido por el Derecho penal es, pues, decisiva, a fin de contar con un baremo político-criminal que permita analizar críticamente los procesos de incriminación o desincriminación que se están llevando a cabo[402] y en el que se pueda apoyar una correcta praxis en esta materia.

> Esta cuestión es independiente del problema terminológico, que puede resolverse de dos maneras: 1) entender la expresión «bien jurídico» como referida al «objeto merecedor de la protección jurídica» (género), y denominar a la especie constituida por los objetos de protección jurídico-penal «bien jurídico penalmente protegible» o, más brevemente, «bien jurídico-penal»; 2) denominar «bien jurídico» sólo al objeto de protección jurídicopenal. Cabe detectar ciertas discrepancias, que en este marco no pueden ser resueltas, acerca de si el concepto de bien jurídico surgió históricamente para aludir al objeto de protección del Derecho, frente a la moral, o, por contra, ya designaba al objeto de protección específico del Derecho penal. Por mi parte, en todo caso, y a fin de evitar todo equívoco, aludiré con el término «bien jurídico» a todo objeto que merece la protección del Derecho, no específicamente del Derecho penal. Para aludir al objeto de protección jurídico-penal hablaré de «bien jurídico-penal» o de «bien jurídico penalmente protegible».

9. Así las cosas, puede afirmarse que la dañosidad social de la lesión sí es requisito de *toda protección jurídica* del objeto lesionado. Todo bien, para ser «jurídico» requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso: si al Derecho, en su conjunto, le competen funciones de protección social, éste sólo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañosidad social[403]. En cambio, ni la referencia personal (individual)[404], ni otros requisitos derivados de la idea de proporcionalidad, deben estimarse necesarios para todo objeto de protección jurídica, sino más bien específicos del «bien jurídico-penal». En efecto, el Derecho administrativo, por ejemplo, puede atender a la protección de intereses que sólo muy indirectamente, si acaso, repercuten sobre el individuo[405]; es el caso de

---

[402] Sobre ello, MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 208.

[403] Así también MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 207.

[404] Parece requerir, en cambio, la referencia a posibilidades del individuo como requisito de todo bien jurídico (aun el no penalmente protegible) MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 208.

[405] En efecto, no creo que haya razones en contra de la sanción por el Derecho administrativo de ilícitos caracterizados por la existencia de «víctimas difusas» (en materia de drogas, medio ambiente, economía). En cambio resulta sumamente criticable la sanción penal de éstos (normalmente mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto), pues en ellos están en juego instituciones sociales o «unidades sociales de valor» y no intereses humanos concretos. Sobre esto HASSEMER, en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept. 1989, p. 279.

tantas infracciones meramente formales. Por otro lado, si bien es cierto que toda intervención del Derecho debe sujetarse a criterios de proporcionalidad, también es claro que, dada la disparidad de las consecuencias jurídicas de la intervención del Derecho penal y de otros sectores del Ordenamiento, dicha proporcionalidad no puede tener idéntico significado en uno y otro caso.

10. La exposición precedente tiene trascendencia por cuanto en los últimos años se han vuelto a reproducir con especial intensidad las agresiones al concepto de bien jurídico(-penal) que, de algún modo, son características de toda su historia[406]. En efecto, los años ochenta (quizá incluso los setenta en algún país) han significado la puesta en marcha de nuevos procesos de incriminación[407]. Tales procesos, por su parte, afectan a conductas que, hasta el momento actual, constituían ilícitos civiles o administrativos y cuya dañosidad social, su carácter vulneratorio de bienes jurídicos, en suma, no parece discutible. La cuestión no es ahora la de si se lesiona bienes jurídicos, pues ello parece evidente en estos casos, sino si esos bienes merecen protección penal o no[408]. *El tema de nuestro tiempo no es, como ya se acaba de subrayar, la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido*[409]. Y lo decisivo es determinar si esa teoría puede asentarse en consideraciones exclusivamente utilitaristas (un bien jurídico debe ser protegido penalmente cuando ello aparece como útil en términos de necesidad y subsidiariedad) o bien se hace preciso atender también a consideraciones axiológicas o de principio (la decisión sobre la protección penal de un bien jurídico depende de su «merecimiento» de tal protección). Lo primero implicaría entender que la *teoría del bien jurídico-penal* resulta de la superposición a la teoría del bien jurídico del principio —utilitarista— de intervención mínima (en otras palabras, *necesidad de protección penal*). Lo segundo, por su parte, implica introducir en la cuestión consideraciones acerca de la importancia del bien y de la gravedad intrínseca de los ataques al mismo (*merecimiento de protección penal*). Personalmente, estimo que no puede prescindirse ni de uno ni de otro aspecto[410]. Así pues, la teoría del bien jurídico-penal, en tanto que teoría de la incriminación o de la tipificación (que preside tanto los procesos de incriminación como, obviamente, los de des-

---

[406] En el plano teórico es de la máxima trascendencia la construcción de JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 2 n.º marg. 16 y ss, muy crítico respecto a la doctrina de exclusiva protección de bienes jurídicos, desde perspectivas que retoman parcialmente elementos de la doctrina de la «dañosidad social».

[407] Al respecto, HASSEMER, en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept. 1989, p. 277.

[408] Cfr. sobre ello, MIR PUIG, *Revista de la Fac. de Derecho de la Univ. de Granada* 12/1987, 1, p. 244-245; EL MISMO, en *Estudios penales* XIV, p. 208.

[409] Claramente señala HASSEMER, en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept. 1989, p. 278: «...el principio del bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena...» así como que «una conducta que amenaza al bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente, para criminalizar esa conducta».

[410] Próximo, MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 209 y ss, cuando refiere como requisitos del «bien jurídico-penal» una importancia social cualificada y la necesidad de protección por el Derecho penal. También, TAIPA DE CARVALHO *Condicionade sócio-cultural*, p. 90.

penalización), constituye, a mi juicio, una de las manifestaciones del conflicto existente entre las diversas finalidades contrapuestas del Derecho penal, y reflejo, por tanto, de las sucesivas síntesis que entre tales fines se vayan alcanzando. De ahí que el lugar apropiado para comentar el sentido que pueda tener una teoría del bien jurídico penalmente protegible sea el que —más adelante— se ocupa precisamente de la referida síntesis de fines.

IV.5. La «síntesis» de la lógica de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención y la lógica de las garantías individuales.

A) Introducción.

1. Como habrá podido observarse, *las lógicas de los diversos fines antes referidos son sustancialmente contrapuestas y, por ello, se hallan normalmente en situación de tensión, de conflicto*[411]. En efecto, la lógica de la prevención, a fin de garantizar el cumplimiento de este fin, puede tender a desplegar una violencia estatal excesiva en términos de utilidad social (contraria al principio de la intervención mínima) y a violentar garantías materiales. La lógica de la intervención mínima, por su parte, puede tender, por un lado, a disminuir la violencia que, en principio, parecería favorecer los intereses de la prevención; por otro lado, sus conclusiones pueden quedar, en función de las circunstancias, por encima[412] o por debajo[413] de las exigencias de las garantías individuales de proporcionalidad, etc. La lógica de las garantías, por último, opera desde luego en contra de la lógica de la prevención y sus resultados; por otro lado, además, puede disentir de los que se obtendrían partiendo de una perspectiva de utilidad general; en fin, esta lógica de las garantías no es uniforme, de modo que cabe incluso la posibilidad de que se den conflictos internos: así, por ejemplo, entre la humanidad y la igualdad, o entre la proporcionalidad y la resocialización.

2. La existencia de esta relación de tensión o conflicto entre prevención y garantías —la proporcionalidad, por ejemplo— podría ponerse en tela de juicio desde la perspectiva de quienes advierten que la prevención, para ser eficaz, ha de atender a la proporcionalidad. En efecto, se estima que la proporcionalidad aportaría a las conminaciones penales una fuerza de convicción que favorecería la obtención de los objetivos preventivos. En este sentido, que, como puede

[411] En efecto, parece que, en principio, la forma más fácil de tener bajo control la violencia informal (delitos y reacciones informales frente a los mismos) es un empleo intenso de la violencia formal. Lo complejo es hacer compatible la finalidad de prevención de la violencia informal con la finalidad garantística de reducir al máximo la violencia formal.

[412] En casos en que se apreciara necesidad de intervención penal y ello, sin embargo, fuera contrario a exigencias de proporcionalidad, por ejemplo.

[413] En casos en que la intervención penal se estimara proporcionada al hecho, y sin embargo fuera innecesaria, por poderse resolver el conflicto con medios menos lesivos.

verse, coincide en cierta medida con las tesis de la prevención general positiva, se han pronunciado diversos autores, en España y en Alemania. A título meramente ejemplificativo, pueden citarse las afirmaciones que realizan MIR PUIG y OCTAVIO DE TOLEDO.

> Señala MIR PUIG: «...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, 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»[414]. Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO afirma que, pese a no estar determinada la proporcionalidad por la prevención general, «no cabe duda de que, desde una perspectiva racionalista, una y otra se encuentran estrechamente vinculadas. La experiencia muestra con claridad que no son más eficaces, en punto a la obtención de los objetivos prevencionistas, las penas más graves, sino las (dentro del relativismo que caracteriza esta materia) más adecuadas a la gravedad de los correspondientes hechos delictivos. Los efectos criminógenos de la pena desproporcionada son, igualmente, notorios : *de una parte fomenta el descontento (cuando no es rebeldía) frente a la ley*; de otra, como antes se ha señalado, provoca la insensibilidad social y la contemplación de la pena como 'riesgo social'; finalmente, ayuda a la glorificación del delincuente y acentúa su condición de víctima»[415].

3. Personalmente, veo las cosas de modo parcialmente distinto. En primer lugar, no me parece posible negar de modo categórico que prevención y proporcionalidad puedan hallarse en conflicto. Ciertamente, se ha afirmado por los investigadores empíricos que la gravedad de las penas no es, en general, un factor decisivo de su eficacia preventiva, lo que favorecería la obtención de una coincidencia entre el interés de la proporcionalidad con el hecho y el de la intimidación. Sin embargo, no puede negarse que, en ocasiones, los incrementos importantes (cualitativos) de la respuesta punitiva a un hecho —siendo contrarios a la proporcionalidad— desarrollan un superior efecto intimidatorio[416]. Baste aludir, al respecto, a los *procesos de incriminación:* la tipificación como delitos de ciertos hechos, como, por ejemplo, los constitutivos de evasión de divisas o de algunos de los ilícitos que hoy son «delitos fiscales» me parece, como mínimo, discutible desde el punto de vista de la proporcionalidad estricta; sin embargo, obedecen a una innegable lógica preventiva que, a lo que parece, en buena medida ha logrado eficacia. No me cabe duda de que ese mismo fenómeno (vulneración de la proporcionalidad junto a potenciación de los efectos intimidatorios) podría darse, ya dentro del Derecho penal, en casos de significativos

---

[414] MIR PUIG, *Introducción*, p. 160, aunque excluyendo de ello algunos supuestos de conflicto que reconoce expresamente.

[415] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 368.

[416] En sentido similar, BAURMANN, en Baurmann/Kliemt (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft*, p. 135.

incrementos de pena por un delito dado (por ejemplo, pena privativa de libertad en lugar de multa). A la inversa, disminuciones relevantes de la respuesta punitiva, que puedan responder a razones de proporcionalidad, también pueden tener como efecto una pérdida de poder intimidatorio. Aquí podría aludirse a la despenalización de ciertos hechos; pero también cabe imaginar el mismo esquema para el caso de disminuciones importantes de la pena. ¿No cabe pensar que si, por ejemplo, la receptación específica en materia de drogas (art. 546 bis f) CP) se castigara, como reclama la doctrina, con una pena proporcionada a su auténtica gravedad, disminuirían los efectos preventivos que se pretenden alcanzar con la introducción de tal precepto?. A mi juicio, pues, la sujeción a un criterio de estricta proporcionalidad no es ciertamente —o, al menos, no siempre— el mejor vehículo de la eficacia intimidatoria. Pero la cuestión es, precisamente, de qué «proporcionalidad» estamos hablando cuando afirmamos (o, mejor, afirman) que la adecuación a ella favorece la prevención. A mi juicio, no puede tratarse de una proporcionalidad determinada en virtud de una reflexión filosófico-jurídica en el marco programático de la Constitución, sino de la «valoración social de lo proporcionado, lo justo, en un cierto caso»; este extremo se advierte con claridad, según creo, en el texto de MIR PUIG antes transcrito[417]. No me cabe duda de que una proporcionalidad así concebida pueda favorecer la prevención. En efecto, una pena «proporcionada» en tal sentido (la que responde a la convicción social del momento acerca de la sanción proporcionada) desarrolla efectos de integración o estabilización sobre el conjunto de la población, con lo cual tiene un franco efecto preventivo. Pero lo dudoso es que, respecto de ella, quepa hablar realmente de proporcionalidad[418]. Por un lado, en su concreción se han seguido consideraciones emotivas, irracionales, de necesidad social de castigo, intuitivas en todo caso. Desde un punto de vista así, puede ser «proporcionado» imponer la pena de reclusión perpetua, por no hablar de la pena de muerte, a los traficantes de drogas. Pero es que tal concepción de la proporcionalidad la priva, a mi entender y como ya expuse, de todo potencial crítico, por lo que no extraña que pueda favorecer la prevención general. En cambio, de la proporcionalidad, entendida como garantía individual y concretada mediante una reflexión axiológica en el marco programático constitucional, podrían afirmarse cosas distintas.

4. Esto último no significa que la proporcionalidad no pueda en muchos casos ser perfectamente compatible con el interés preventivo. De hecho, la evolución del Derecho penal se plasma en la progresiva obtención de puntos de

---

[417] Que, por cierto, refleja una concepción distinta de la más reciente del mismo autor, en la que, para concretar la idea de proporcionalidad, acude a los principios del Estado social y democrático de Derecho, más que a convicciones sociales.

[418] Más realista me parece la formulación de MORILLAS CUEVA, *Estudios penales en memoria del prof. FERNÁNDEZ ALBOR*, p. 515, cuando apunta que la eficacia preventiva del Derecho penal «va a depender en buena parte de la medida en que la ideología del ordenamiento sea también la ideología de los destinatarios de la norma».

síntesis entre la prevención y proporcionalidad, entre otros fines tendencialmente opuestos. En algunos casos, lograr esa síntesis será fácil: sabido es, por las investigaciones empíricas, que en general la gravedad de las penas no es determinante de modo decisivo de la eficacia preventiva, de modo que proporcionalidad y prevención podrán manifestarse coincidentes. Sin embargo, ello no puede conducir a negar que el principio de proporcionalidad constituye hoy por hoy uno de los contrapuntos decisivos de la tendencia generalizada a una legislación penal expansiva, movida, en general, por finalidades preventivas. El conflicto existe, pues, debiendo buscarse vías para su superación.

B) ¿«Fundamento y límites» o «tesis/antítesis/síntesis de fines contrapuestos»?

1. La idea de «conflicto» entre los diversos fines que hemos tratado de ir subrayando a lo largo de toda la precedente exposición no se opone de modo radical a las construcciones doctrinales que parten de la existencia de un fin homogéneo del Derecho penal, estimando que todo lo demás son meros «límites» del mismo[419]. Ocurre, sin embargo, que aquí, por un lado, se toma como punto de partida la idea de que los denominados «límites» son fines del Derecho penal, no ya por razón de que todo lo que limita de hecho co-fundamenta[420], sino porque el Derecho penal moderno se justifica básicamente, frente a otros modelos anteriores y otros medios del control social, por el cumplimiento de tales finalidades garantísticas (que diversos sectores de la doctrina denominan «límites»)[421]. Además, la formulación del problema que aquí nos ocupa como un conflicto permanente entre fines diversos, que genera sucesivas síntesis, da una idea exacta de la dinamicidad del mismo, justificando la idea sentada al principio de que este conflicto constante constituye el factor fundamental de la evolución progresiva del Derecho penal. En realidad, pues, el planteamiento acogido aquí no supone más que una generalización de la idea, ya tradicional, de la «antinomia de los fines de la pena» que aquí se expresa como una antinomia de fines del Derecho penal.

---

[419] Cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 58 y ss; MIR PUIG, *Introducción*, p. 124 y ss; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 47 y ss, 79 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 256 y ss, 309, 313 y ss.

[420] Sobre la idea de que lo que limita, fundamenta, cfr. CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 28; COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 635-636 nota 55.

[421] Aquí, pues, no se atribuye preferencia al intervencionismo sobre el garantismo, riesgo que podrían correr las formulaciones que responden al esquema fin/límites. De hecho, señala OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 311, que su esquema (función preventiva/límites) «implica una visión superadora —aunque no anuladora— de un Derecho penal garantístico en beneficio del intervencionismo, pero un intervencionismo formal y materialmente limitado».

2. Tal tesis no me parece tampoco muy distante de la que asigna a la pena la finalidad fundamental de la *tutela jurídica*[422]. En efecto, este último punto de vista advierte la necesidad de atender no sólo a la protección social sino también a los derechos del delincuente, como rasgo específico de la tutela jurídica, que no es una clase cualquiera de tutela. El punto en el que se insiste en nuestro esquema es el de la existencia permanente de conflicto entre los diversos aspectos implicados en la idea de tutela jurídica, conflicto que cristaliza en sucesivas síntesis de fines. Tales síntesis expresan el concreto contenido —históricamente variable— que se asigna en cada momento (en la doctrina y en la legislación, de modo no necesariamente coincidente) a la noción de «tutela jurídica» con predominio de unos u otros aspectos.

C) Alusión a las diferentes síntesis históricas.

1. Puede estimarse que la consagración histórica de los diferentes modelos sucesivos de Estado ha producido, en nuestro ámbito, la cristalización de otras tantas síntesis alcanzadas en el conflicto entre los diversos fines del Derecho penal[423]. Así, en el Estado liberal de Derecho se configuró una síntesis con significativo predominio de los aspectos garantísticos; es éste el momento histórico en el que las amplias conquistas humanitarias y los avances en el logro de las garantías formales prevalecen sobre la óptica preventiva (a menudo despiadada) antes predominante. Por su parte, el Estado social muestra una síntesis con predominio de aspectos preventivos; en tal momento histórico se sientan las bases teóricas y legislativas de la intervención sobre los sujetos delincuentes a través de medidas de seguridad y, en general, se teoriza la prevención especial como posible finalidad exclusiva (o, en todo caso, decisiva) del Derecho penal. Por lo que se refiere al modelo de Estado democrático, cuyas metas distan aún probablemente de ser alcanzadas[424], supone una nueva síntesis con prevalencia de los elementos garantísticos[425].

La concepción sucintamente expuesta es muy próxima a la que adopta MIR PUIG, cuando afirma que el Estado social y democrático de Derecho,

---

[422] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 618 : «esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute y ejercicio ha de garantizar el Derecho en virtud de su propia naturaleza en orden a la coexistencia», p. 631-632.

[423] Ello no es extraño si se piensa, con CALLIESS, [*Theorie der Strafe*, p. 94; NJW 1989, p. 1342], que el Derecho penal es una concreción del Derecho constitucional (*konkretisiertes Verfassungsrecht*).

[424] En este sentido también CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 201.

[425] El Estado democrático se configuraría como síntesis aglutinadora y, a la vez, superadora de los elementos característicos del Estado liberal de Derecho y del Estado social. Sobre la contraposición entre Estado de Derecho (más abocado, como se dijo, a las garantías) y Estado social (inclinado a las consideraciones de utilidad y configuración social), cfr., por ejemplo, LÜDERSSEN, en *Hauptprobleme*, p. 54; FLETCHER, ZStW 101 (1989), p. 814.

programáticamente acogido en la Constitución, expresa «una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social»[426], pero a la vez superadora de los mismos: «supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación a la democracia real»[427]. El matiz que pretende subrayar nuestro planteamiento es que también el Estado liberal y el Estado social son modelos sintéticos, y que el Estado democrático, más que síntesis de Estado liberal y Estado social, es síntesis del conflicto dialéctico entre este último y las nuevas corrientes opuestas al mismo, de signo garantístico, que no cabe identificar sin más con las tesis liberales clásicas, sino que incorporan aspectos novedosos, en general caracterizados por subrayar la necesidad de profundizar en las garantías materiales: humanidad, etc., más de lo que se había hecho hasta el momento.

A título meramente ejemplificativo, debe hablarse de la recuperación por el modelo de Estado democrático de algunas de las garantías formales puestas en tela de juicio en el momento de predominio de las ideas preventivo-especiales; del fin de la ideología del tratamiento y la aparición de nuevas concepciones acerca del significado y vías de la resocialización; de las nuevas instituciones político-criminales tendentes a lograr una disminución de la intervención punitiva; de los procesos de despenalización; etc.

2. En la coyuntura actual, sin embargo, en la que, como hemos indicado, aún no se ha alcanzado una síntesis que fuera expresión plena de los ideales del Estado democrático, se observan, en cambio, concretamente en el plano legislativo, reacciones de signo autoritario frente a algunas de las evoluciones garantísticas de los lustros precedentes. Así, hay quienes aprecian en el momento presente el predominio (al menos en cierta legislación) de concepciones de prevención autoritaria (*law and order*)[428]. A mi juicio, ello es probablemente cierto; sin embargo, no es suficiente para poner en cuestión los rasgos generales de la evolución que se acaba de trazar. Lo que ocurre es que seguramente nos hallamos en una «síntesis interna» de los renovados empeños garantísticos y las resistencias a abandonar consideraciones defensistas propias de momentos históricos anteriores, en la que coyunturalmente han prevalecido tales consideraciones de signo proteccionista. De hecho, síntesis «menores», como ésta a que ahora aludimos, se han ido produciendo también en los anteriores modelos de Estado. Ciertamente, la evolución de las ideas penales no es tan simple como el esquema que hemos

---

[426] MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., p. 19. Donde los principios del Estado liberal son básicamente las garantías formales (p. 20) y los del Estado social, la modificación de las relaciones sociales (p. 21).

[427] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 22. También CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 204-205 y 210-211.

[428] Cfr. ALBRECHT, KritV 1988, p. 204, indicando cómo la legislación penal del Estado social intervencionista muestra tendencias expansivas que resultan criticables tanto desde perspectivas de eficacia preventiva, como desde la óptica del principio de Estado de Derecho. Asimismo, SACK, *Der moralische Verschleiss des Strafrechts*, en KritV 1990, pp. 327-343, p. 340 y ss.

trazado podría indicar, sino que tiene lugar a través de múltiples movimientos de avance y retroceso producidos por constantes síntesis de alcance limitado. Sólo al final de una larga sucesión de tales síntesis que, convertidas en nueva tesis, han debido afrontar la contraposición de la correspondiente antítesis, puede advertirse el avance obtenido respecto a las posiciones de un anterior momento histórico.

3. En todo caso, una consideración de las diversas síntesis históricas acerca de los fines del Derecho penal debe distinguir necesariamente el plano doctrinal y el plano legislativo. En el plano doctrinal, la síntesis de fines correspondiente a cada momento expresa la concepción que ha cristalizado acerca de cuál es la finalidad global que el Derecho penal debe cumplir y acerca de cuál es el papel —preponderante o subordinado— que en ella desempeñan las diversas finalidades parciales. En la legislación, la síntesis expresa la medida en que las concepciones doctrinales dominantes han sido traducidas al Derecho positivo. Lo uno y lo otro pueden coincidir. Pero es, en cierto modo, normal que las tesis doctrinales vayan significativamente por delante de su traducción legal[429]. Ello es especialmente claro en el momento actual, en el que, mientras que la doctrina hace cada vez mayor hincapié en los elementos garantísticos, la legislación muestra en no pocas ocasiones acentos autoritarios.

D) La síntesis actual: manifestaciones.

a) Introducción.

1. En el plano doctrinal, la síntesis actual de los fines que debe cumplir el Derecho penal se caracteriza por el importante papel que en ella desempeñan las consideraciones garantísticas. Ello puede responder al intento de traducir al ámbito jurídico-penal la idea de Estado democrático como Estado al servicio de los ciudadanos. Tal pretensión se expresaría en una potenciación de la referencia del Derecho penal a la noción de «persona», con las correspondientes repercusiones formales y materiales. Así las cosas, el argumento de la disminución de las garantías se convierte en decisivo para rechazar una institución, por muchos elementos progresivos que la misma incorpore desde una perspectiva utilitaria. En la legislación actual, por contra, se advierten algunos rasgos autoritarios, expresados en procesos de incriminación, aumentos de penas, etc., que mostrarían una cierta tendencia expansiva de la intervención punitiva. Pero no debe ignorarse que tales rasgos coexisten, desde luego en el Derecho comparado, con muestras

[429] Ello ha ocurrido siempre así, según creo. Así, el predominio doctrinal de las tesis de la ideología del tratamiento es anterior con mucho a su consagración legislativa. Esta, por lo demás, permaneció (y en parte permanece) largo tiempo después de que aquellas concepciones hayan sido superadas.

de importantes experiencias de disminución de la presión punitiva. El panorama es, en este punto, de cierta complejidad y de difícil comprensión, salvo como expresivo de un momento de transición.

2. La síntesis alcanzada en el momento actual por la doctrina en torno a los fines que debe cumplir el Derecho penal tiene manifestaciones múltiples a lo largo de todo el sistema penal. Aquí, sin pretensión de exhaustividad, haremos alusión a algunas de ellas, que juzgamos especialmente importantes. Concretamente, a las manifestaciones en la teoría de los procesos de incriminación y despenalización, en la teoría del delito y en la teoría de las consecuencias jurídicas[430].

b) La teoría de la incriminación/despenalización de conductas. «Bien jurídico penalmente protegible» y fragmentariedad.

1. Una de las manifestaciones más directas del sentido de la síntesis alcanzada en un momento histórico determinado en el conflicto entre los diversos fines del Derecho penal la constituye la teoría del «bien jurídico penalmente protegible» en el ámbito de las ideas, así como la práctica legislativa en relación con los bienes penalmente protegidos. En el momento actual se advierte especialmente una divergencia entre ambos aspectos. Aunque en este campo siempre resulta aventurado formular hipótesis con pretensiones explicativas, ello podría ser debido a que las tesis doctrinales al respecto se hallan en la línea de expresar la síntesis de fines del Derecho penal propia del Estado democrático, mientras que la legislación aparece lastrada por la coyuntura actual, que hemos calificado, siguiendo a cierta doctrina, como de «prevención autoritaria». Ello se advierte no sólo en los aspectos materiales de la «incriminación» o «tipificación», expresivos de la concepción prevalente sobre el «bien jurídico penalmente protegido», sino también en los aspectos formales de tal tipificación, en buena medida vulneratorios de las garantías individuales. En todo caso, pues, cabe constatar una

[430] De hecho, manifestaciones de la situación de conflicto de fines se advierten ya en las concepciones acerca de la propia configuración formal de los preceptos penales, un tema al que ya antes se ha hecho alusión. Desde la perspectiva de la prevención, pueden ser satisfactorias redacciones no muy determinadas, que se adapten con flexibilidad a las necesidades cambiantes de la sociedad. Sin embargo, es evidente que la seguridad jurídica de los ciudadanos requiere justamente lo contrario, la mayor precisión. En el plano doctrinal, se advierte en la actualidad una gran insistencia en la necesidad de otorgar un papel predominante al aspecto garantístico, reduciendo las remisiones a fuentes extralegales o la ambigüedad de los términos legales al mínimo estrictamente necesario (observación que se extiende a la necesidad de mayor precisión, asimismo, en la formulación de los «estados peligrosos»). Existe acuerdo en que debe optarse, en todo caso, por las modalidades de formulación que, atendiendo a la seguridad jurídica en mayor medida, no desatiendan el aspecto de las necesidades de protección. En el plano legal, por contra, —y ciñéndonos a España— se observan indicios de signo diverso, pero parece prevalecer la idea contraria, tendente a una mayor flexibilidad y ambigüedad, que responde, como se dijo, a una absolutización de criterios de protección.

significativa discrepancia entre las concepciones doctrinales acerca del bien jurídico penalmente *protegible* y la realidad de los bienes jurídicos penalmente *protegidos* en virtud de los nuevos procesos de incriminación.

2. La teoría de los procesos de incriminación, que desembocan en la tipificación de una determinada conducta como delictiva (punible), se halla presidida por dos aspectos : en primer lugar, por la determinación de cuáles hayan de ser los «*bienes jurídicos penalmente protegibles*»; en segundo lugar, por la concreción práctica del *principio de fragmentariedad*[431]. Ambos aspectos son imprescindibles: una conducta no puede ser incriminada si no se dirige contra un «bien jurídico-penal»; sin embargo, aun constituyendo una agresión contra un bien que presente tal naturaleza, cabe que no sea susceptible de ser incriminada, si no supone una forma de ataque tan grave como para requerir su tipificación penal. Ambos elementos constituyen, por lo demás, según creo, un campo especialmente apto para contemplar en él las tensiones y conflictos existentes entre las diversas finalidades del Derecho penal. En mi opinión, en ellos se manifiesta la síntesis alcanzada —en un determinado momento histórico-cultural— en el aludido conflicto de fines.

> A algunos de esos principios y fines que aquí entran en juego se refiere HASSEMER[432]: «Como elemento fundante del merecimiento de pena, a la lesión del bien jurídico se contraponen principios orientados a la limitación de la punibilidad que resumo en el concepto de 'formalización de la administración de justicia', entre los cuales merecen ser mencionados los siguientes: subsidiariedad (el Derecho penal sólo debe actuar cuando no haya otro medio de resolver el conflicto); la dañosidad social (el conflicto debe afectarnos 'a todos', y no solamente al autor y a la víctima); tolerancia, humanidad, protección de la dignidad del hombre (una amenaza penal, cualquiera que sea su clase, no debe lesionar los fundamentos de nuestra cultura jurídica). Además, también los fundamentos del Derecho penal de hecho y las leyes penales determinadas constituyen elementos que limitan la determinación del merecimiento de pena». Obsérvese que HASSEMER se sirve únicamente de la expresión «merecimiento de pena»[433], cuando, a mi juicio, los elementos que menciona se explican más satisfactoriamente como afectantes unos al merecimiento de pena en sí, y otros a la necesidad de pena. Ciertamente, podría pensarse que, si se toman en consideración todos esos elementos, como desde luego hace HASSEMER, resulta indiferente la denominación bajo la que se engloben[434]. Sin embargo, a mi

[431] Hay que decir que lo mismo puede apuntarse a propósito de la «teoría de la despenalización de conductas» que constituye, respecto a la teoría de la incriminación, la otra cara de la moneda.

[432] HASSEMER, en *Doctrina penal*, año 12, abril-sept. 1989, p. 278-279. Más detalladamente en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 67 y ss.

[433] Muy claramente en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 65 y ss, p. 66: «el merecimiento de pena (...) tiene un doble componente: un componente de Justicia y otro puramente utilitario».

[434] De hecho HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 66, analizan el problema, inclinándose por su solución, por proporcionar ésta, a su juicio, un concepto superior. En mi opinión, el concepto superior puede situarse en la teoría del bien jurídico penalmente protegible o, en otros términos, en la teoría de las conductas criminalizables.

> entender, conviene distinguir claramente ambos aspectos, pues la lógica del merecimiento de pena y la lógica de la necesidad de pena pueden llegar a ser contrapuestas[435]. A este respecto hay que señalar que el propio HASSEMER reconoce que los principios de justicia (en los que aquí centraríamos la idea de merecimiento de pena) y los de utilidad (que expresarían la necesidad de pena) «están entre sí en una relación de tensión y se limitan mutuamente[436].

Como AMELUNG[437], en otros términos, ha expresado, la decisión sobre la incriminación de una conducta (protección penal de un bien jurídico) constituye el producto de la ponderación de los argumentos contrarios y favorables a la tipificación penal de un hecho. Cabe pensar que en tal síntesis inciden consideraciones utilitaristas de necesidad de pena, pero también otras de merecimiento, que podrían situarse en torno a consideraciones garantísticas de proporcionalidad, entre otras[438]. Lo primero parece obvio: si no es absolutamente precisa la protección penal de un determinado bien jurídico (si no hay *Schutzbedürftigkeit*), esto es, si dicho bien puede estar razonablemente protegido sin recurrir al Derecho penal, no pueden incriminarse las conductas lesivas del mismo[439]. Ahora bien, la necesidad de protección penal, siendo condición necesaria, no es condición suficiente: no todo bien jurídico que necesite la protección penal es, sólo por ello, un «bien jurídico-penal»[440].

> Este es el punto por el que son susceptibles de crítica determinados procesos recientes de incriminación, en los que la fundamentación para el sometimiento a pena de una determinada conducta lesiva de un bien jurídico hasta el momento sólo protegido por el Derecho administrativo, por ejemplo, ha sido la insuficiencia preventiva de los mecanismos de éste y, por tanto, la mera «necesidad» de una protección penal.

Además, es preciso que concurra en el bien jurídico correspondiente un merecimiento de protección penal. La idea de merecimiento de protección penal es compleja y su concreción —dada su base axiológica— probablemente más difícil aún que la de la idea de «necesidad de protección penal». Sin embargo, su integración en una teoría del bien jurídico penalmente protegible se hace ineludible. En este sentido puede citarse ya la construcción de MAX ERNST MAYER, quien, además de exigir que el bien jurídico penalmente protegible

---

[435] Ciertamente, cabe la posibilidad de que un determinado interés necesite la protección penal, ante la ineficacia de los restantes medios, y que sin embargo el otorgamiento de tal protección resulte inadmisible desde una perspectiva de «merecimiento».

[436] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 67.

[437] AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 96 y ss.

[438] Subraya este último aspecto, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 300.

[439] Resalta el aspecto de la «necesidad preventivo-general de pena», de la que a su juicio es expresión el elemento central de su concepto social de bien jurídico (el «perjuicio social»), GÓMEZ BENÍTEZ, RFDUC 69, otoño 1983, p. 105 y 111.

[440] En sentido próximo, MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 209, 214-215.

necesite tal protección penal (sea *schutzbedürftig*), alude también a su cualidad de merecedor de tal protección penal (*schutzwürdig*) y susceptible de la misma (*schutzfähig*)[441]. Todas ellas son, sin embargo, ideas necesitadas de concreción y en tal concreción es donde se pone de manifiesto la forma de resolver el conflicto entre los fines del Derecho penal. En lo que sigue, procederemos del siguiente modo. En primer lugar, examinaremos los diversos aspectos, ya aludidos, que deben integrar el concepto de bien jurídico penalmente protegible. A continuación, nos ocuparemos del principio de fragmentariedad en la protección de bienes jurídicopenales. Como resultado de ambos análisis podremos disponer (no de un catálogo, pero sí) de una razonable base argumentativa para la determinación del ámbito de las conductas incriminables (y no incriminables, o despenalizables).

3. El bien jurídico penalmente protegible ha de ser, en primer lugar, un bien jurídico «merecedor» de protección penal[442]. El merecimiento de protección penal hace alusión a consideraciones de justicia: se trata de determinar en favor de qué realidades (de qué bienes jurídicos) es justo hacer uso de la protección penal. Tales realidades han de ser realidades especialmente valoradas, fundamentales, que determinen que los hechos dirigidos contra ellas experimenten una mayor desvalorización, la desvalorización que haga de ellos no meros hechos injustos, sino «injustos punibles» merecedores de pena[443]. Ahora bien, ¿qué características deben reunir esas realidades especialmente valoradas? En el capítulo relativo a la concreción de la idea de bien jurídico hablábamos de la necesidad de una referencia individual, una dañosidad social de las agresiones al mismo, una plasmación constitucional. No es fácil añadir más rasgos concretos que no pasen por la insistencia en una intensificación de las mencionadas características: un gran arraigo social, hasta el punto de constituir la condición esencial de la pervivencia de la comunidad, y una intensa afectación individual pueden llegar a justificar en clave de proporcionalidad abstracta la intervención jurídico penal[444]. En todo caso, sin embargo, estimo empresa condenada de antemano al fracaso la de buscar unas pretendidas características esenciales (ontológicas) del bien jurídico-penal que vayan más allá de las ya apuntadas. El bien jurídico-penalmente

---

[441] MAYER, M. E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923, p. 22 y ss., en especial p. 23. Insiste en ello MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 72.

[442] Al respecto, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 72.

[443] MIR PUIG, *Rev. Fac. Der. Univ. Granada* 12/1987, I, p. 247: es preciso que el hecho infrinja una norma primaria penal, fundamental para la vida social; EL MISMO, en *Estudios penales XIV, p. 209:* la importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal.

[444] Así MIR PUIG, *Rev. Fac. Der. Univ. Granada*, 12/1987, I, p. 248. EL MISMO, en *Estudios penales XIV*, p. 212-213: bienes que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos, etc. Ya antes, MIR PUIG, *Introducción*, p. 159 hablaba de que las valoraciones sociales, constituidas en una especie de «normas de cultura» podrían contribuir a precisar el ámbito de protección del Derecho penal, debiéndose negar el merecimiento de pena de los hechos que no se estimaran merecedores de la misma según los baremos culturales más extendidos. También CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 130.

protegible, aunque en muchos casos constituya una realidad permanente, está sujeto al cambio histórico[445] y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y un tiempo determinados. Por ello, tampoco me parece que la referencia a Códigos éticos esté en condiciones de aportar elementos decisivos en este sentido. La conclusión es que no es posible obtener un catálogo, sino una serie de criterios que no dejan de mostrar una cierta vaguedad; sin embargo, parece difícil profundizar más desde una perspectiva de teoría general[446]. Baste pues con reflejar la referida idea rectora, que no excluye un cierto margen de libertad para el legislador, pero que proporciona elementos suficientes para conducir en términos restrictivos los procesos de incriminación de conductas[447].

4. En todo caso, no basta con concluir que una determinada realidad «merece», por su importancia intrínseca, la protección del Derecho penal para proceder a incriminar las conductas dirigidas contra ella. La evitación de las consecuencias de una decisión del tipo de «*fiat iustitia, pereat mundus*» requiere que, además, dicha realidad necesite de la protección penal[448] y que tal protección penal aparezca en el caso como satisfactoria en términos de utilidad social general. Estos requisitos no se dan cuando puede procederse razonablemente a proteger tal realidad en el marco de otros medios —jurídicos o no— menos lesivos que la intervención penal. Tampoco, cuando la intervención penal iría acompañada de consecuencias accesorias negativas[449]. Deben, pues, respetarse los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima y renunciar a la protección penal cuando ellos lo impongan pese a que consideraciones de «justicia» parecieran abonar la solución punitiva[450]. Por lo demás, no basta con que un determinado bien jurídico merezca la protección penal e incluso pueda necesitar de ella, ante la ineficacia de otros medios. Es preciso también que sea «susceptible» de ser protegido penalmente, extremo éste que no concurre en todos los casos, y para cuya valoración conviene tener muy en cuenta las condiciones reales de todo el sistema penal[451].

5. No todo ataque contra un «bien jurídico-penal» describe un injusto penal ni, por tanto, provoca la incriminación abstracta de la conducta que lo materializa. A la hora de criminalizar una conducta es preciso tener en cuenta tanto el *carácter*

---

[445] Así, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 72; HASSEMER, *Dei delitti e delle pene I* (1984), p. 107.

[446] Vid. las referencias a diversos criterios en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 71 y ss, mostrando, como correctivos de la mera proporconalidad, la libertad, la tolerancia, el respeto a la dignidad humana y la humanidad (p. 72).

[447] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 75.

[448] Al respecto, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 74.

[449] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 73.

[450] Para lo demás me remito *supra* a IV. 4. B) c).

[451] La «susceptibilidad» de protección penal, con todo, podría entenderse incluida en la «necesidad». Pues si el bien no es apto para la protección penal, podría afirmarse que no necesita de esa protección (dado que en su caso ésta es inútil).

de bien jurídico-penal de la realidad contra la que se dirige, como las *modalidades de ataque* que aquélla muestra. Hay, pues, ataques contra bienes jurídico-penales que no dan lugar a la punibilidad de la conducta correspondiente[452]. A ello se refiere el *principio de fragmentariedad* en la protección de los bienes jurídico-penales, según el cual sólo pueden constituir hechos penalmente relevantes las modalidades de ataque más graves contra tales bienes jurídico-penales[453]. También en este prinipio inciden consideraciones de proporcionalidad y de utilidad.

> La concurrencia de consideraciones de proporcionalidad y de necesidad tanto en la teoría del bien jurídico-penal como en la teoría de su protección fragmentaria permite concluir que la despenalización de un hecho (con su consiguiente remisión al Derecho civil o al administrativo, o simplemente su exclusión del ámbito de la protección jurídica) puede responder a que la sanción penal se estime desproporcionada, o innecesaria, o ambas cosas.

La exclusión de una determinada forma de ataque del ámbito de las conductas punibles puede responder, pues, tanto a la ausencia de merecimiento de pena como a la falta de necesidad de pena para la prevención razonable de conductas de ese género[454]. Asimismo, el principio de fragmentariedad está sometido a una variabilidad en el tiempo[455]. Por tanto, no puede hablarse de ataques que reúnan de modo general las características precisas para la incriminación. En todo caso, es el principio de fragmentariedad el que explica que, ante bienes jurídico-penales que no ocupan un lugar nuclear en el ámbito de lo penalmente protegible, sólo se incriminen las formas de consumación o sólo las formas dolosas de comisión; también, que respecto a otros bienes sólo se incriminen formas especialmente peligrosas, violentas o insidiosas de ataque.

6. Lo que hasta aquí se ha expresado no tiene lugar del modo pacífico que la frialdad del texto puede transmitir. Por el contrario, las diversas lógicas concurrentes: la de la protección social a través de la prevención, la utilitarista de la intervención mínima y la de la justicia, se encuentran en permanente conflicto tanto a la hora de decidir los bienes penalmente protegibles como a la de concretar las conductas agresivas incriminables. La concreción de las nociones de «bien jurídico-penal» y de «fragmentariedad» en la protección penal del mismo es, pues, polémica, y los puntos de acuerdo (síntesis) alcanzados tienen siempre el

---

[452] Próximo, MIR PUIG, en *Estudios penales XIV*, p. 211: «sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente (*scil. a un bien*) de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien» p. 213-214: «es exigible una importancia del concreto grado afectación del bien».

[453] MIR PUIG, *Introducción*, p. 126 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 18 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 359, 361; FIANDACA/MUSCO, PG, p. 9 y ss.

[454] La doctrina frecuentemente vincula la fragmentariedad a consideraciones de subsidiariedad, esto es, de falta de necesidad; cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 125; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 361.

[455] Sobre este aspecto de historicidad, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 43.

sello de la provisionalidad. De ahí que la discusión sobre los procesos de criminalización y despenalización sea permanente, lo cual no excluye la obtención de ciertos consensos doctrinales que marcan los hitos del avance científico en esta materia. Al respecto, debe quedar claro, como principio general, el *criterio de que la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de pena puede hacerlo. En cuanto a la despenalización, ésta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena.*

7. Desde las posiciones mayoritarias en torno a la noción de bien jurídico-penal y a su protección fragmentaria deben valorarse negativamente algunas tendencias de los procesos actuales de incriminación. De entre ellas, es notable la consistente en la incriminación de «delitos con víctima difusa» que más bien expresan «objetivos de organización política, económica y social»[456]. Tal incriminación supone una vulneración de la exigencia de afectación individual, violación que adquiere mayor gravedad al ir frecuentemente unida a una anticipación de la barrera de protección penal (técnica de los delitos de peligro abstracto) y a formulaciones vagas[457].

Asistimos así a un proceso creciente de difuminación (algún autor ha hablado de espiritualización[458]) de los bienes y a la sanción de conductas sólo muy lejanamente afectantes al individuo. Frente a esta tendencia, debe subrayarse la importancia garantística del *principio de lesividad u ofensividad,* que cabría estimar parte integrante del principio de protección fragmentaria, y que supone la oposición a la incriminación de hechos que no impliquen una lesión (o, por lo menos, una puesta en peligro concreto) de auténticos bienes jurídico-penales[459]. En efecto, a partir de la puesta en relación del concepto de bien jurídico-penal, tal como se ha expuesto, con el aludido principio de lesividad, puede obtenerse un principio de resistencia fundamentada a tales tendencias. Todo ello no significa —ya lo indicamos en su momento— que no quepa la protección penal de bienes universales. En efecto, «al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma»[460], lo que no sólo permite sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, la Administración pública o de Justicia, las instituciones económicas o

---

[456] HASSEMER, *Dei delitti e delle pene,* 1 (1984), p. 109 y 110.

[457] HASSEMER, *Dei delitti e delle pene,* 1 (1984), p. 110; también HASSEMER, NStZ 1989, p. 557.

[458] Que se advierte, por ejemplo, en la conversión de la seguridad de otros bienes en un bien jurídico autónomo, o en la autonomización como bienes jurídicos de bienes como el ambiente o la economía, que poseen tan sólo un sentido instrumental respecto a bienes individuales. Críticamente, HASSEMER, en *Doctrina penal,* año 12, abril-sept. 1989, p. 284-285.

[459] Cfr. sobre ello, por todos, COBO/VIVES PG, 3.ª ed., p. 247-248, resaltando la importancia de aferrarse a la idea de «daño efectivo» respecto a bienes descritos de modo preciso, HASSEMER, *Dei delitti e delle pene,* 1 (1984), p. 113.

[460] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción,* p. 110.

laborales, etc.[461]. Pero sí hace preciso concebir tales bienes en un sentido *instrumental* respecto a la persona humana, referencia fundamental, como vimos, de todo bien jurídico-penal. Ello tiene varias repercusiones: desde la perspectiva de la fragmentariedad, no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden en peligro grave para los individuos; tal incriminación precisará de una especial fundamentación de las razones que la abonan; asimismo, deberá obrarse con mayores reservas a la hora de fijar el ámbito de la protección penal (punición de la tentativa, de la comisión imprudente, etc); entre otras[462].

8. De todos modos, la actitud crítica que cabe advertir en la mejor doctrina frente a los procesos de incriminación que muestran características como las aludidas, no implica que la despenalización (con la inserción del hecho correspondiente en el ámbito del Derecho civil o administrativo, o incluso en el ámbito de las reacciones privadas o sociales) se contemple como la panacea. Al contrario, ciertas formas de despenalización son asimismo objeto de intensa crítica. Ello es debido, nuevamente, a los conflictos entre los diversos fines del Derecho penal. En efecto, la despenalización puede venir aconsejada por razones de falta de necesidad o de merecimiento de pena, o de ambos. Sin embargo, en no pocos casos el sometimiento del hecho antes punible al ámbito civil, administrativo o extrajurídico va acompañado de pérdidas esenciales de seguridad jurídica, de la aparición de arbitrariedades, incluso de fenómenos de intervención (formalmente no calificada como tal) sobre el fuero interno del sujeto. En una palabra, se produce una disminución significativa de las garantías aseguradas por la intervención formalizada propia del Derecho penal.

> Así, respecto a la sustitución del Derecho penal por el Derecho civil en determinados campos, analizando concretamente el *Alternativ Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl* (Proyecto alternativo de despenalización de los hurtos en grandes almacenes) se han mostrado críticos, por ejemplo, NEUMANN y SCHROTH, aludiendo a problemas de falta de garantías procesales, de falta de legitimación democrática y de resurgimiento de fenómenos de justicia privada[463]. En cuanto al Derecho administrativo, apunta BUSTOS RAMÍREZ que «...convertir hoy toda pena criminal en un problema administrativo llevaría seguramente a un aumento de la arbitrariedad y a una absolutización del control por parte del Estado; el dejar hoy todo el problema de la pena entregado a las organizaciones sociales específicas, vecinales, sindicales, gremiales, aumentaría el control en términos invivibles para los sujetos...»[464].

---

[461] Cfr. al respecto BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, en su Control social y sistema penal, Barcelona 1987, pp. 181-203, p. 197, quien, no obstante, (p. 198) desvincula a los bienes colectivos de los bienes individuales a los que complementan, atribuyéndoles una entidad propia a la que, por ejemplo, referir un peligro concreto (aunque éste sólo sea abstracto respecto a los intereses de los individuos). Vid. además, de modo general, PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, CPC 1989, pp. 723-748.

[462] Así HASSEMER, en *Doctrina penal*, año 12, abril 1 sept. 1989, p. 283.

[463] NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 96-97.

[464] BUSTOS RAMÍREZ, en su *Control social*, p. 202.

El resultado de las consideraciones anteriores es paradójico: la falta de merecimiento y de necesidad de pena impone la despenalización pero, desde la perspectiva de las garantías individuales, tal despenalización puede redundar en importantes perjuicios para el sujeto (con lo que, además, ésta infringiría en suma principios de utilidad y justicia). El referido dilema tiene, sin embargo, evidentemente, una solución: dotar a esas instancias no penales de un sistema de garantías lo más próximo posible al del Derecho penal, desarrollar su grado de formalización, de manera que una despenalización impuesta por falta de merecimiento y de necesidad de pena pueda llevarse a cabo como corresponde, sin acarrear mengua significativa de garantías para el sujeto[465].

c) Las categorías de la teoría del delito en general. En particular, la culpabilidad.

1. También las categorías del sistema de la teoría del delito, en los concretos rasgos de su contenido, dan cuenta de la síntesis alcanzada en cuanto a los fines del Derecho penal. Ello debe resultar obvio si se sigue el *iter* argumentativo desarrollado en el texto, en el que se ha sostenido la necesidad de orientar la elaboración dogmática a los fines de la política criminal y, asimismo, se ha estimado que las concepciones político-criminales dominantes en un momento dado son expresión de una determinada síntesis alcanzada en dicho instante en el permanente conflicto entre unos y otros fines del Derecho penal. En qué se traduce todo ello, trataremos de mostrarlo con algún detalle en un capítulo posterior (cfr. *infra* V.2.). Baste, pues, aquí con realizar algunas consideraciones generales y ceñidas en concreto a la idea de culpabilidad.

2. No debe caber duda acerca de que la función de la categoría sistemática de la tipicidad se halla en íntima relación con una determinada concepción acerca de cómo ha de conformarse la síntesis de los diversos fines del Derecho penal. En efecto, se comparte aquí la tesis de que la función de la tipicidad como categoría sistemática no es la meramente formal, como estima ROXIN (expresión del principio político-criminal de legalidad), sino que le corresponde, más bien, en primer lugar, la función material de delimitar los caracteres específicos de un injusto agravado : el injusto —en abstracto— punible[466]. En definitiva, pues, la

---

[465] Por lo demás, sobre los temas aquí debatidos, cfr. de modo general JESCHECK, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal* (trad. MIR PUIG), en MIR PUIG (comp.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra 1980, pp. 9-22, p. 15; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, RIDPP 1984, pp. 952-961. Asimismo, los trabajos de BRICOLA, *Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela*, y de GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, en la obra colectiva Funzioni e limiti del Diritto penale, Padova 1984, pp. 3-84 y 85-106, respectivamente.

[466] Cfr. AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 96 y ss. También, de modo general, GÜNTHER, *De Genese eines Tatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, JuS 1978, pp. 8-14.

tipicidad es producto de una precisa concepción acerca de la incriminación. Que ésta constituye, a su vez, expresión de la síntesis de fines utilitaristas y garantísticos del Derecho penal es algo que apenas necesita ponerse de relieve tras lo expuesto en el apartado anterior. Sin embargo, tal característica no es específica de dicho nivel del sistema del delito, sino que, en realidad, y como corresponde a una elaboración dogmática de signo teleológico, la derivación a partir de los fines del Derecho penal puede advertirse también en el contenido de las causas de justificación[467] y de la culpabilidad[468].

3. Particularmente interesante es la referencia a esta última categoría, que, según se apuntó más arriba, desde la perspectiva seguida aquí no aparece como un «límite del *ius puniendi*» en los términos de la mayoría de las construcciones tradicionales, sino como el producto de la síntesis de fines de signo diverso del Derecho penal. A mi juicio, una concepción de la culpabilidad como garantía en sí misma, enfrentada con una propia lógica a la lógica de la prevención, no explicaría las importantes variaciones que se han producido en su contenido a lo largo de la Historia y que, en buena parte, pueden explicarse por consideraciones precisamente preventivas, aunque no sólo por ellas. Piénsese al respecto en la progresiva ampliación del límite de la minoría de edad penal, en la progresiva ampliación de las situaciones incluidas en la eximente de enajenación mental, en el reconocimiento de las llamadas causas de exculpación, etc. ¿Por qué el muchacho de 15 años, el psicópata, el sujeto en situación de inexigibilidad o en error de prohibición invencible se estiman ahora inculpables y en épocas pretéritas no? A mi entender, en parte porque se ha advertido que la no imposición de pena a esos sujetos no tendría como resultado una pérdida de eficacia preventiva, con lo cual tal pena sería innecesaria[469]. Ello, junto a la existencia en algunos casos de medios alternativos —y preferibles— de solución del conflicto (vgr., por ejemplo, las medidas de seguridad), y junto a consideraciones de humanidad y proporcionalidad, ha permitido atender a la evidente desigualdad existente en estos casos con respecto a las situaciones «normales» y —lo que es muy signifi-

[467] Tradicionalmente se ha venido estimando que el ámbito de las causas de justficación (y en general la doctrina de la antijuricidad) no muestra una relación específica con el Derecho penal y sus fines, sino sólo con fines generales del Derecho, dado su carácter supuestamente general para todas las ramas del Ordenamiento. En esta línea se encuentra todavía ROXIN, al atribuir a las causas de justificación la función (desde luego no específica del Derecho penal) de la solución social de conflictos. Frente a ello, progresivamente se van advirtiendo conexiones entre la exclusión del injusto (penal) y la teoría de los fines del Derecho penal; con esto, cabría establecer relaciones de derivación entre una determinada concepción acerca de la síntesis de los diversos fines del Derecho penal y la concepción que se sustente acerca de la excusión de la antijuricidad (penal). Cfr. *infra* V. 2.

[468] Cfr., por ejemplo, MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, RIDPP 1989, pp. 1006-1024, passim, donde sostiene que los tres niveles del sistema del delito —tipicidad, antijuricidad, culpabilidad— se ven influidos a la vez por los tres principios político-criminales que ROXIN distinguiera: legalidad, solución de conflictos y necesidad preventiva.

[469] La incidencia de las consideraciones preventivas en la determinación de la culpabilidad ha sido puesta de relieve en España, con diversos acentos, por GIMBERNAT ORDEIG, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, LUZÓN PEÑA, etc. Cfr. al respecto, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 64.

cativo— singularizarlos frente a otras situaciones de desigualdad en las que no se dan las condiciones preventivas para prescindir de la pena[470]. Que la culpabilidad, en sí, no se estime expresión de una «garantía», sino de una síntesis de fines preventivos, otros fines utilitarios opuestos a la intervención y fines garantísticos, me parece una conclusión realista. La finalidad garantística es propia de los principios de igualdad, proporcionalidad y humanidad, así como del de resocialización. Dada una situación de anormalidad en el sujeto o en la situación que le rodea, que pueda repercutir en una deficiente recepción de la motivación normativa, tales principios abogan por una exclusión o, al menos, disminución de la responsabilidad penal. La solución definitiva, sin embargo (impunidad, atenuación, punición) depende de una síntesis histórica (susceptible de variar) de las pretensiones derivadas de ellos (que, en su traducción concreta, lógicamente varían con el tiempo) y las de las necesidades preventivas (asimismo variables)[471].

4. A una conclusión muy próxima a ésta llega MICHAEL BAURMANN, al fundamentar la existencia en Derecho penal de un «principio de responsabilidad» y de una categoría sistemática en la que éste se plasme, desde la perspectiva de la *teoría del contrato* (criterio de la aceptación racional individual)[472]. A su juicio, en efecto, el si y el cómo (su acogida y su concreta configuración) de este principio de responsabilidad resulta de la síntesis que se produzca, en el conflicto interno de cada ciudadano, entre los motivos que dicho ciudadano tiene para rechazar un principio así en el Derecho penal (mayor protección frente a agresiones que puedan provenir de terceros-perspectiva de la víctima) y los motivos que tiene para desear que éste sea acogido (mayores garantías para él en caso de que actúe de modo penalmente relevante —perspectiva del autor)[473]. Como señala BAURMANN «un Derecho penal sin principio de responsabilidad sólo está justificado cuando los más perjudicados por tal Derecho penal pueden mejorar su expectativa individual de utilidad por la introducción de ese Derecho penal. La libertad de una persona sólo puede ser limitada cuando eso en general le crea más libertad»[474]. Pues bien, dado que a los sujetos a los que eventualmente se castigara sin ser responsables no se les causaría con ello un mayor beneficio por otro conducto, sólo cabe fundamentar

[470] Sobre la relación entre culpabilidad e igualdad, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 139.

[471] Como señala MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 66, la misión del concepto así configurado es «filosóficamente modesta, pero social y políticamente importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual». De todos modos, deseo subrayar, para evitar todo equívoco, que, por tanto, en mi planteamiento la culpabilidad no es correlato de ninguna concepción de la «necesidad preventiva» [crítica con ello también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 160 y ss., 208 y ss, 210, 211-212]. Al concebirla como producto de una síntesis, entiendo que en la culpabilidad inciden, junto al factor preventivo, importantes factores valorativos de garantía [cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 213].

[472] Cfr. M. BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen 1987, p. 186 y ss, donde examina críticamente las fundamentaciones retribucionistas y utilitaristas, p. 230 y ss. Cfr. también HOERSTER, *Weinberger-FG*, p. 236.

[473] M. BAURMANN, *Zweckrationalität*, p. 231-233, 242.

[474] M. BAURMANN, *Zweckrationalität*, p. 242.

un Derecho penal de la responsabilidad[475]. Lo que BAURMANN plantea en el plano interno de cada individuo, aquí se plantea en el plano general del Estado, siendo lógico que ambas perspectivas coincidan siempre que el Estado sea un Estado democrático, surgido del contrato, y que responda a los intereses de los ciudadanos. También desde esta perspectiva la conclusión es favorable a la introducción de un principio (y de una categoría) de «responsabilidad». Sin embargo, la forma en que ésta se obtiene y la concreta configuración que recibe muestran que, como también señala BAURMANN, «el principio de culpabilidad como tal no conduce a una limitación de las posibilidades de intervención jurídico-penal del Estado» sino que sólo adquiere tal contenido limitador en virtud de la incidencia de otros principios jurídico-políticos (proporcionalidad) y político-criminales (funcionalidad)[476]. Es decir, en conclusión, que las garantías inciden en la admisión y en la conformación del contenido de la culpabilidad o responsabilidad; pero ésta en sí misma no es una garantía, sino el producto o síntesis del conflicto entre prevención, subsidiariedad y garantías individuales[477].

d) Las consecuencias jurídicas. Alusión a las modernas instituciones de Política criminal en este ámbito.

También —y de modo muy especial— en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito se advierten los signos del conflicto entre los diversos fines del Derecho penal, así como los signos de la obtención de una concepción sintética de los mismos (en el plano doctrina y el legal). Y ello, no sólo en el ámbito tradicional de la medición de la pena, marco clásico del debate sobre las antinomias de fines[478], sino a todos los niveles de la discusión sobre las consecuencias. A mi juicio, en el plano doctrinal esta síntesis muestra las siguientes características generales. En primer lugar, la garantía consistente en posibilitar la resocialización (o, en todo caso, la no desocialización) ocupa un lugar central en la conformación del sistema de sanciones. Ello toma como punto de partida la idea de que las investigaciones empíricas han mostrado que es posible una disminución de la duración de la pena privativa de libertad, e incluso su sustitución, en ciertos casos, por otras consecuencias jurídicas del delito, sin que se produzca una mengua relevante de la prevención general. Desde tal perspectiva, que se impone

[475] M. BAURMANN, *Zweckrationalität*, p. 247.

[476] M. BAURMANN, *Zweckrationalität*, p. 262, 302.

[477] Incluso en una monografía empeñada en una defensa más bien clásica del principio de culpabilidad, se reconoce que dicho principio es el «producto de la ponderación constitucional entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la comunidad»: FRISTER, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlín 1988, p. 37-38.

[478] Cfr. al respecto, por todos, LUZÓN PEÑA, *Medición*, passim; asimismo, LUZÓN PEÑA, *Antinomias penales y medición de la pena*, en MIR PUIG (comp.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra 1980, pp. 189-229.

en la doctrina[479], es factible la eliminación de las penas desocializadoras, por demasiado cortas o demasiado largas, a la vez que la introducción de medios sustitutivos de la pena privativa de libertad (*probation*, trabajo en provecho de la comunidad, etc)[480]. Ello porque, además, se admite que, en estos casos, por razón de la resocialización o no desocialización, *puedan desbordarse por debajo* las eventuales exigencias de proporcionalidad con el hecho: *la proporcionalidad no actúa, pues, como límite mínimo* que impida disminuir la pena o renunciar a la misma por razones de favorecer la socialización o impedir la desocialización. En cambio —y ésta es, a mi juicio, la segunda gran característica del sistema— *la proporcionalidad y el respeto a otras garantías (seguridad jurídica, humanidad, etc) actúan como límite máximo* que impide la introducción de instituciones presididas por el único criterio de obtener a toda costa una resocialización. *La resocialización no puede, pues, desbordar por arriba las exigencias de la proporcionalidad ni vulnerar otras garantías.* Traducción de esta idea son las críticas garantísticas a ciertos programas de «*diversion*» (sustitución de la pena por un tratamiento social) en los que la orientación resocializadora va acompañada de pérdidas de seguridad jurídica, intervenciones sobre el esquema de valores del individuo, etc.[481]. Asimismo lo es la introducción progresiva del elemento de la proporcionalidad en las medidas de seguridad[482], inicialmente previstas como presididas exclusivamente por el criterio terapéutico de la corrección. La tendencia es, pues, clara en la línea de proceder a una reducción de la intensidad de la intervención punitiva, siempre que ello no redunde en menguas relevantes de eficacia preventivo-general. Tal reducción aparece, además, presidida por el interés en facilitar la resocialización o no desocialización del delincuente. Ello determina que la reacción penal pueda quedar por debajo de las exigencias de proporcionalidad; sin embargo, se hace fuerte hincapié en la necesidad de salvaguardar las garantías de seguridad jurídica, humanidad, etc. Estas en ningún caso pueden ser vulneradas por una orientación pretendidamente favorecedora de la resocialización o no desocialización del delincuente[483].

---

[479] Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, p. 372; SCHÖCH, *Jescheck-FS*, p. 1104-1105. Cfr. también, de modo general, MANTOVANI, *Sanzioni alternative a la pena detentiva e prevenzione generale*, en Romano / Stella (comp.), *Teoria e prassi*, pp. 69-98.

[480] Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, p. 359, 363. También explicaría la progresiva introducción de medidas de seguridad ambulatorias, que constituyen una prueba de la prevalencia de una concepción resocializadora sobre otra asegurativa de las medidas.

[481] HASSEMER, *Fundamentos*, p. 377.

[482] Sobre esto últimamente, por todos, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 37.

[483] Un aspecto conflictivo sobre el que, sin embargo, todavía no se ha incidido suficientemente es el de la tensión entre la configuración concreta de la sanción orientada a la resocialización o no desocialización y las exigencias de principios como el de legalidad o el de igualdad. Ello puede ocurrir, sobre todo, cuando se deja en manos de instancias no jurisdiccionales la determinación concreta de la duración o del modo de cumplimiento de la sanción.

e) La síntesis actual y su relación con el ideal de maximización de la prevención y de las garantías. Epílogo.

Las observaciones efectuadas hasta el momento habrán permitido observar hasta qué punto es cierta la afirmación de la existencia de una tensión entre los diversos fines del Derecho penal. En el centro de tal tensión se encuentra el Derecho penal, cuya meta se halla en la máxima reducción de la violencia social informal (delitos y reacciones informales frente a los mismos —también delitos—) junto a la máxima realización de las garantías individuales —formales y materiales (esto es, la máxima reducción de todas las manifestaciones de la violencia estatal). Precisamente, lo que legitima al Derecho penal es que las sucesivas síntesis, en sus atribuciones de fines, le vayan aproximando a este ideal. Esta aproximación, lenta y tortuosa, si se quiere, puede a mi juicio considerarse una realidad a la vista de la evolución del Derecho penal en los últimos doscientos años[484]. Ello es claro si se atiende a las concepciones teóricas dominantes y a las declaraciones programáticas contenidas en las diversas legislaciones de nuestro ámbito de cultura jurídica. Otra cosa es el panorama legislativo concreto, confuso y a veces contradictorio, que se encuentra ciertamente por detrás de las aspiraciones de la doctrina (de modo significativo en ciertos aspectos de la coyuntura actual, como se dijo). La doctrina, con todo, continúa esforzándose por la configuración de un esquema de fines del Derecho penal que haga compatible la «máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual», por «intentar que la finalidad preventiva no se 'pervierta', que sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legitimados democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad individual»[485]. Creo que es a este esfuerzo al que se ha debido la evolución del Derecho penal de la modernidad; de él cabe esperar asimismo la creciente aproximación al ideal reseñado.

IV.6. El nivel descriptivo: las «funciones» del Derecho penal.

A) Introducción.

1. Las consideraciones efectuadas hasta aquí responden, como se indicó al principio, al nivel del «deber ser»: expresan, pues, qué fines debe cumplir el Derecho penal para que su intervención esté legitimada, posea una justificación material. La exposición anterior pretende haber mostrado que tales fines, que

---

[484] Como señala ESER, *Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung*, en Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1988, pp. 109-134, p. 132: «La historia del Derecho penal es la historia de su inacabable reforma».

[485] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 123 y 125 respectivamente.

deben realizarse, también se realizan en el Derecho vigente en una medida razonable, aunque con ciertos altibajos: esto es, son también «funciones» del Derecho penal. Ello determina que, pese a los retrocesos producidos en determinados contextos, pueda hablarse de un principio de legitimación del Derecho penal. Si bien nos hallamos todavía distantes del ideal legitimador que he situado en la noción de «máxima protección y máximas garantías», la evolución dialéctica del Derecho penal, basada en la confrontación existente entre sus diversos fines según un esquema de tesis/antítesis/síntesis, muestra, en sus líneas generales, un avance en tal dirección.

2. Sin embargo, junto a esos fines que el Derecho penal debe cumplir y que, en parte importante, cumple, también se dan unas «funciones» del mismo, que efectivamente cumple y que, sin embargo, no sólo no lo legitiman, sino que incluso deben valorarse muy negativamente. A estas *funciones o efectos sociales empíricos del Derecho penal, que han de quedar fuera de toda teoría de legitimación del mismo*[486], se dedican las consideraciones que siguen. En concreto, nos ocuparemos, en un primer nivel, de tres funciones: la función ético-social, la función simbólica y la función de satisfacción de necesidades de psicología social. Tales tres funciones se caracterizan por tener lugar en relación con la sociedad en su conjunto. Por ello, en un segundo nivel, haremos alusión a la «función de represión», así como a las funciones de «prevención especial negativa», que tienen lugar sobre el concreto individuo que ya ha delinquido.

> Aparte cabe pensar, obviamente, en otras funciones empíricas del Derecho penal. Singularmente, en una «función criminógena» producida por la estigmatización y consiguiente marginación que muchas veces conlleva la intervención penal. Dicha función criminógena puede entenderse propia de supuestos concretos o elevarse a la categoría de principio general, si es que se adopta la perspectiva del «*labelling approach*»[487].

---

[486] Cfr. sobre aspectos terminológicos, FERRAJOLI, Poder y control n.º 0, 1986, p. 26, que se sirve del término «función» para los usos descriptivos y del término «fin» para los usos normativos; y HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 99, que proponen hablar de «misión», «fines» o «metas», para referirse a las consecuencias queridas, y de «función» para aludir a las consecuencias no deseadas pero reales. Aunque reconocen que en el lenguaje jurídico tradicional el término función alude a las consecuencias queridas de una cosa.

[487] Cfr. sobre esto SCHILD, *Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes. Einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts*, en Tammelo/Mock (Hrsg.), Rechtstheorie und Gesetzgebung. Festschrift für R. Weimar, Frankfurt 1986, pp. 195-215, p. 200-201; también SACK, KritV 1990, p. 342; sobre otras funciones, SCHILD, *Weimar-FS*, p. 200: función de refuerzo de la solidaridad de los miembros de la sociedad que no han delinquido, y p. 201 y ss. También cabe estimar que es función del Derecho penal la de aseguramiento de una determinada estructura socioeconómica y, por tanto, de las relaciones de dominación que ésta pueda expresar. Sobre ello, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 46; de modo extenso, STEINERT, *Über die Funktionen des Strafrechts*, en Festschrift für Broda, Wien 1976, pp. 335-371.

B) Funciones del Derecho penal en el conjunto de la sociedad (perspectiva empírica).

a) La función ético-social.

1. Más arriba, al referirnos al principio de legalidad, aludíamos a una función informativa desempeñada por las normas penales, al dar cuenta de los bienes que en una sociedad se estiman fundamentales hasta el punto de protegerse penalmente. Aquí, sin embargo, nos ocuparemos de las eventuales consecuencias «formativas» de lo anterior. Si hay algo que no parece posible negar, esto es que, en el plano de la realidad (fáctico), ejerce sobre la sociedad una *función ético-social,* que también se ha dado en llamar «función configuradora de las costumbres»[488]. Dicha función, cuya existencia puede comprobarse en cuanto ha transcurrido un cierto número de años desde la producción de un proceso de penalización o de despenalización, tiene probablemente origen en la estrecha vinculación existente tradicionalmente entre la «materia penal» y los valores éticos fundamentales. En otras palabras, en la ubicación desde antiguo en el Derecho penal de un «mínimo ético» de la comunidad, integrado por las convicciones más profunda y generalmente compartidas en el seno de la misma[489]. Sin embargo, tal función adquiere un nuevo sentido desde el momento en que aparece consagrada la separación entre Moral y Derecho penal y se reconoce, asimismo, el amplio pluralismo moral existente en la sociedad[490]. La cuestión es, ahora, si resulta legítimo que el Derecho penal, además de determinar el comportamiento externo de los ciudadanos, configure —como realmente hace— su conciencia interna, produciendo fenómenos de adhesión y fidelidad. Una influencia ésta que, además, debe estimarse en buena medida independiente de la efectividad de la norma, esto es, de su real aplicación, por mucho que dicha aplicación pueda reforzar el aspecto configurador de las costumbres.

---

[488] Cfr. sobre ella, por ejemplo, VOß, *Symbolische Gesetzgebung,* p. 106 y ss. Con la afirmación realizada en el texto no queremos indicar que el Derecho penal al uso proteja una determinada moral sin referentes de dañosidad social, sino que incluso en el Derecho penal contemporáneo, en el que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha alcanzado una amplísima realización, las normas suelen producir, al menos a la larga, la asunción de los valores que incorporan, su internalización. Es decir, que no se limitan a conseguir (en el grado que sea) una adecuación externa de las conductas de los ciudadanos a lo dispuesto en ellas, sino que provocan (también en el grado que sea) una adhesión interna, configuran las conciencias. Sobre el primer aspecto, que podemos estimar superado, relativo a un Derecho penal no protector únicamente de bienes jurídicos, sino también de una determinada moral, de un «mínimo ético» cfr. por ejemplo BAUMANN, *Ethische Bindung des Bürgers durch Strafrecht?,* en su Strafrecht im Umbruch, Neuwied/Darmstadt 1977, pp. 33-41, p. 33 y 34. Por lo demás, sobre las relaciones entre Moral y Derecho penal, BERISTAIN, *Ciencia penal,* p. 36-37; LÜDERSSEN, *Recht, Strafrecht und Sozialmoral,* en su Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, Frankfurt 1981, pp. 39-79; NEUMANN, ARSP Beiheft 44, p. 248-249, subrayando la necesidad de que las regulaciones jurídicas estén legitimadas moralmente.

[489] Sobre ello, mostrándose a favor de un Derecho penal que contenga tal mínimo ético, VOß, *Symbolische Gesetzgebung,* p. 161-162.

[490] Sobre éste cfr. por ejemplo, PATTARO, *Reflexiones sobre pluralismo ético,* en Anuario de Derechos Humanos n.º 5, 1988-1989, pp. 397-405.

2. Como se ha señalado, lo que aquí pretendemos discutir es la legitimidad de tal influencia, y no su existencia, que parece difícilmente contestable[491], pese a que algunos autores, tras la realización de diversos trabajos empíricos (básicamente encuestas), concluyan lo contrario[492]. Así, prescindiendo de esto, lo discutible es, por un lado, la tesis que estima (de modo expreso o no) que el Derecho penal «debe» cumplir tal función y lo orienta a ello; asimismo, por otro lado, la *praxis* estatal que, sin afirmar expresamente que el Derecho penal deba cumplir esa función, se sirve del hecho de que el Derecho pena despliega efectos en este sentido, por ejemplo, para dictar preceptos penales cuya función efectivamente protectora de bienes jurídicos resulta más que discutible y, en cambio, pueden tener, entre otros, efectos «educativos»[493]; finalmente, merece la pena discutir si es posible, necesario e incluso obligado por parte del Estado de quien emana el Derecho penal adoptar medidas para neutralizar esos posibles efectos educativos o bien si éstos, sin constituir un fin en sentido estricto, deben

---

[491] KOLLER, ZStW 91(1979), p. 71-72, manifiesta sus dudas acerca de que las normas penales y su ejecución tengan un efecto «moralizador» directo. Más bien, entiende que tal efecto será indirecto, reforzando valores ya adquiridos por el sujeto a través de otras instancias socializadoras, en el caso, naturalmente, de que unos y otros valores coincidan. Ahora bien, pese a ello, constata la posibilidad —lo que es aquí especialmente interesante— de que en ámbitos relativamente «neutros» las normas penales puedan crear costumbres a fuerza de la repetición de actos. En todo caso, entiende que la fuerza educativa de la pena se transmite a través de otras instancias —primarias— de socialización. En definitiva, pues, se admite la existencia de estos efectos «moralizantes», si bien se pone de relieve que normalmente se producirán por cauces indirectos. Ello, sin embargo, no es una peculiaridad de tales efectos, pues ya hemos señalado antes que en buena medida las funciones de las normas penales se producen (y sus fines se obtienen) por vía indirecta. Sobre estas cuetiones, por lo demás, cfr. MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS*, II, p. 822. Por lo demás, la influencia de las modificaciones de la legislación penal sobre las convicciones morales de la población se advierte con claridad, pese a que la interpretación del autor es otra, en el informe de REUBAND, *Veränderungen im moralischen Urteil und Sanktionsverlangen der Bundesbürger seit 1970. Eine empirische Bestandsaufnahme*, KrimJ 1990, pp. 284-297, en especial la tabla de p. 293, con los cambios de apreciación moral de la homosexualidad (despenalizada en Alemania a fines de los años sesenta), del delito fiscal, etc.

[492] Cfr. SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 26 y ss, quien describe diversos trabajos de campo realizados desde los años sesenta, de los que se desprendería lo siguiente: 1) La apelación a la conciencia individual tiene un mayor efecto en cuanto a la configuración de las costumbres que la conminación penal (p. 27-28). 2) La penalización no produce necesariamente un efecto de «moralización» ni tampoco la despenalización un efecto de «de-moralización»; más bien, puede constatarse un efecto «boomerang» según el cual la penalización hace disminuir el reproche moral y la despenalización lo aumenta (p. 28 y ss, 30, 47-48, 49). La conclusión sería que la influencia del Derecho penal sobre la moral de la población está sobredimensionada (es muy inferior a lo que se cree) (p. 51-52). Sin embargo, el propio Schumann (p. 51) reconoce que los estudios realizados son todavía de dimensiones muy limitadas como para poner en cuestión la función estabilizadora o moralizante del Derecho penal, sus efectos sobre la aceptación de las normas. Esto último me parece decisivo. A mi juicio, encuestas sobre aspectos marginales efectuadas con un grupo reducido de individuos no pueden poner en cuestión una realidad que forma parte de nuestra comprensión ordinaria del Derecho penal y que el legislador utiliza conscientemente (y con «éxito») al promulgar preceptos simbólicos o promocionales. Piénsese en las normas penales del delito fiscal, monetario o medioambiental y decídase si las mismas han contribuido o no a crear una conciencia y un reproche moral-social sobre estos comportamientos.

[493] Y, en esa medida, «simbólicos». Sobre esta relación entre «fuerza configuradora de las costumbres» del Derecho penal y «carácter simbólico», VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 106 y ss.

valorarse como una «función» deseada, bien recibida. De estas tres cuestiones nos ocupamos a continuación.

3. En relación con lo primero es preciso resaltar que, ciertamente, se ha sostenido por penalistas ilustres que el Derecho penal *debe* cumplir tal función «educativa» de los ciudadanos, una función de fomento de los valores ético-sociales de la acción[494]. Ello, no obstante, aun cuando pretenda justificarse con el argumento de que sólo así —inculcando actitudes internas favorables a los valores del Derecho— puede lograrse (indirectamente) una protección efectiva de los bienes jurídicos (*leges vanae sine moribus!*)[495], no es de recibo. En efecto, con tal proceder se justifica la ingerencia del Derecho penal en la esfera interna (en la estructura de valores) del individuo, tratando de sustituir el orden de valores preexistente en ella por uno conforme a los valores que se plasman en el Ordenamiento jurídico. Dicha pretensión, sin embargo, que ya se juzgó críticamente a propósito de los mecanismos de la resocialización, debe merecer aquí un juicio igualmente negativo. Por esta razón, según creo, es criticable, como ya se señaló, la doctrina de la prevención general positiva, cuyas pretensiones de alcanzar una integración o estabilización social, pasan desde luego —en muchos de los planteamientos— por un influjo sobre la actitud interna.

4. La práctica legislativa penal de signo educativo es, en cierto modo, una constante de nuestro tiempo. En efecto, el legislador contemporáneo siente, en ocasiones, la necesidad de proteger ciertos bienes que aún no han sido asumidos por la sociedad como fundamentales. La incriminación, sobre cuya eficacia en orden a tal protección eficaz del bien existen además normalmente serias dudas, desempeña, aquí, pues, en primer lugar, junto a alguna otra, una función informativa y probablemente también «formativa», pedagógica. En otras palabras, el legislador desborda aquí su tradicional limitación a los bienes socialmente consagrados como merecedores de tutela penal, para pasar a desempeñar funciones de promoción. No creo hallarme demasiado lejos de lo correcto al afirmar que la tipificación, en la forma en que se ha producido en España, de delitos como el delito fiscal o medioambiental ha respondido, en no poca medida, a la voluntad de generar en la colectividad, o en determinados ámbitos de la misma, una «ética fiscal» o una «ética ecológica» hasta entonces inexistente. Se trata, pues,

---

[494] Paradigmáticamente, WELZEL, *Strafrecht*, II.ª ed., p. 4, entre otras. Sobre ello cfr. ahora HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 100 y ss.

[495] Cfr. por ejemplo, Arthur KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit* (col. Recht und Staat, 282/283), Tübingen 1964, p. 33, indicando que el Derecho no puede renunciar a fomentar la «*Rechtsgesinnung*» esto es, actitudes internas favorables al mismo. Ello lo fundamenta argumentando que ninguna sociedad subsistiría si sólo el miedo o el egoísmo llevaran a obedecer al Derecho. De todos modos, hay que decir que aquí Arthur Kaufmann concibe al Derecho penal como vinculado a la ética: estima que habría de limitarse a la «*einfache elementare Sittlichkeit*» esto es, en definitiva, al mínimo ético no cambiante sino entroncado con la naturaleza humana (p. 42). El mismo Arthur KAUFMANN, sin embargo, [en su *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, p. 92] señala prácticamente lo contrario, al indicar que no puede ser misión primaria del Derecho penal proteger los valores ético-sociales de la actitud interna.

de la teóricamente denostada, pero prácticamente bien recibida desde el Poder, «función promocional» del Derecho penal. No obstante, el Estado carece de legitimación para «promover» a través del Derecho penal, reforzando procesos educativos ya existentes o dándoles comienzo él mismo.

5. Una de las cuestiones prácticas cuya resolución es más importante, no sólo de cara a conformar una política criminal liberal, sino, además, en orden a posibilitar el surgimiento autónomo de una ética civil, es la de qué hacer a propósito de esos efectos educativos y, por tanto, también «deseducativos» del Derecho penal. ¿Constituyen una consecuencia no buscada pero bien recibida? ¿Son, por contra, indeseables, debiendo tratarse de neutralizarlos de algún modo? ¿Es esto último posible, necesario? Personalmente, estimo inconcebible que el Estado democrático acepte de buen grado que las normas penales se tomen como baremo de definición del ámbito de lo ético y de lo antiético. El Derecho penal debe conformarse con proteger los bienes jurídicos mediante un respeto neutro a los principios sostenidos por él, sin tratar de fomentar fenómenos de adhesión personal que, además, impliquen tal confusión de niveles. Por tanto, si se estima legítimo que alguna instancia estatal cumpla en un Estado pluralista una función ético-social[496], tal función debería cumplirse, en todo caso, en un ámbito diferente al de la intervención punitiva, no condicionado por la vertiente aflictiva que define al mismo. Ello, además, es obligado, en primer lugar, porque determinados comportamientos individuales son desde luego anti-éticos, aunque no estén penalmente tipificados[497] y, a la inversa, ciertos comportamientos, pese a haber sido tipificados, podrían verse como «neutrales» desde una o varias perspectivas éticas o, al menos, como merecedores de discusión en cuanto a su «status» ético.

6. En el estado actual de cosas, en el que la confusión no sólo se tolera, sino que parece fomentarse en los medios estatales, las consecuencias negativas saltan a la vista tan pronto como se considere la radical función «deseducadora» de los procesos de despenalización o incluso de la mera no-tipificación[498]. Así,

---

[496] Ello es, a mi juicio, posible siempre que se trate de mínimos imprescindibles para garantizar la convivencia social y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno: esto es, siempre que aparezca como una «configuración de las costumbres» de signo «liberador», de una educación para la libertad y la responsabilidad en las relaciones sociales. En cambio, comienza a ser dudoso cuando desde el Estado y sus instituciones se transmiten contenidos morales precisos; cfr. CUERDA RIEZU, *El legislador*, p. 34. Como señala VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 122, es incorrecto tomar al Derecho como factor de socialización. La madurez moral se alcanza en la interacción social y no en estructuras autoritarias de coacción. También Arthur KAUFMANN, en su *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, p. 83, indica que al Estado le compete la formación de los ciduadanos para la autorresponsabilidad. Vid. finalmente MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS*, II, p. 822.

[497] Como es natural, por la naturaleza de «ultima ratio» propia del Derecho penal.

[498] Así, en nuestros días es relativamente común en la opinión pública la idea de que lo que no es punible «se puede hacer» (aplicado, por ejemplo, a la actividad corrupta de ciertos políticos). En efecto, amplios sectores de la sociedad parecen incapaces de dirigir un reproche moral a quien no es sancionado (por la razón que fuere) por los Tribunales penales. Es así como la pretensión (o la no neutralización del hecho) de que el Derecho penal moralice acaba teniendo amplios efectos de «demoralización» de la sociedad.

por ejemplo, la despenalización, en su día, del adulterio o de ciertos supuestos de aborto (al igual que una hipotética despenalización de la «omisión del deber de socorro») en nada afectaría a la valoración éticamente negativa (en medida naturalmente diversa) de tales hechos, y sin embargo en el estado actual de cosas podría correrse el riesgo de que así sea[499]. La cuestión es, en definitiva, si todo ello es evitable, si es factible impedir que las normas, que son hechos sociales, dejen de tener unos efectos sociales determinados. Esto debe estimarse en buena medida imposible, sobre todo cuando tales efectos educativos o moralizantes no se producen —como en general ninguna función de las normas penales— directamente, sino a través de cauces indirectos (otras instancias de socialización). Lo que sí es posible, seguramente, es que el Estado y el Derecho penal adopten una postura relativista frente a los propios contenidos de sus normas. Que se exprese con claridad que la estimación de ciertos bienes como merecedores de protección jurídico-penal en una determinada medida (y de otros, en cambio, como no merecedores, o merecedores en medida diferente) responde a consideraciones de política criminal, utilitaristas y garantísticas, asentadas, por tanto, en bases no exactamente coincidentes con las de la ética. Que, en consecuencia, se señale que lo único pretendido por las normas penales es la adecuación de la conducta externa del ciudadano a sus directrices, y no la asunción personal de los valores que expresan. Ello, obviamente, no sería suficiente para legitimar a las normas con mera finalidad educativo-promocional, que no protegen realmente bienes jurídicos. En cambio, sí podría actuar como correctivo limitado del amplio efecto moralizante de normas que protegen bienes jurídicos (según la convicción político-criminal dominante) así como del efecto deseducativo de ciertos procesos de despenalización total o parcial (basados asimismo en la concepción político-criminal dominante).

b) La función simbólica.

1. En significativa relación con lo anterior se encuentra el problema de la «función simbólica» que, sin duda, también despliegan las normas penales[500].

> En realidad, el desempeño de «funciones simbólicas» no es algo específico de las leyes penales, sino común a todas las leyes, al menos en los tiempos modernos. En efecto, se suele señalar que las leyes pueden tener, por un lado, una «función instrumental», esto es, influir mediante mandatos y prohibiciones

[499] Subraya este aspecto, a propósito del tema del aborto, Arthur KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung (1972)*, en su Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, pp. 147-185, p. 151, aludiendo críticamente a la existencia de una mentalidad de súbditos, que no osa asumir las decisiones morales bajo la propia responsabilidad.

[500] De modo general, AMELUNG, ZStW 92(1980), p. 54 y ss; HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NStZ 1989, pp. 553-559.

eficaces y mediante la aplicación real de las consecuencias jurídicas de su infracción sobre el comportamiento de sus destinatarios, a fin de obtener el efecto deseado, modificar la realidad. Pero, además de esta función de transformación de la situación de partida, o, lo que es peor, en lugar de ella[501], las leyes pueden desempeñar, por otro lado, una función meramente simbólica, que tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican)[502], sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros produciría la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control[503]. Sin embargo, como se verá más adelante, la propia distinción entre lo simbólico y lo instrumental es, en buen número de casos, bastante discutible.

En nuestro concreto ámbito, esta función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido[504].

Así, sería un proceder básicamente simbólico, y que en principio no garantizaría una mayor protección de los bienes jurídicos afectados, el trasladar al Código penal una norma ya existente en la legislación especial, sólo por el mayor efecto retórico que ello tiene. O la creación de nuevos tipos[505] o el incremento de las penalidades existentes, cuando los anteriores son ya suficientes o, en todo caso, los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora[506].

Ciertamente, aspectos simbólicos o retóricos se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal. Lo problemático no es, pues, el elemento simbólico, sino su absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que, por ello, resulta elevado a la categoría de «función exclusiva»[507]. Al respecto, hay quien entiende que un Derecho penal que en amplios sectores opera de modo básicamente simbólico pierde *a la larga* fiabilidad, no pudiendo cumplir sus funciones de pro-

---

[501] BLANKENBURG, *Über die Unwirksamkeit von Gesetzen*, ARSP 1977, pp. 31-58, p. 44.

[502] Así, VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 25.

[503] Cfr. de modo general HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, ZRP 1981, pp. 201-204, p. 201, citando las obras clásicas de ARNOLD, *The symbols of Government*, New York 1962, y de EDELMANN, *Politik als Ritual*, 1976.

[504] Cfr. HASSEMER, JuS 1987, p. 258, refiriéndose a la legislación sobre drogas; PRITTWITZ, *Aidsbekämpfung —Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts?* KritJ 1988, pp. 304-309, p. 309, refiriéndose a la legislación sobre el SIDA.

[505] Cfr. al respecto el magistral prólogo de GIMBERNAT ORDEIG a la octava edición del Codigo penal de la editorial Tecnos (1991), en el que comenta la introducción del delito de tráfico de influencias. También ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 189, sobre el delito de impago de pensiones.

[506] Cfr. sobre ello SCHILD, en Tammelo/Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, p. 197-198; VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 26-28, 31-33; BLANKENBURG, ARSP 1977, p. 45-46; también KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, en Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie XIII, Opladen 1988, pp. 222-245.

[507] HASSEMER, NStZ 1989, p. 558.

tección; es decir, en otras palabras, que la función meramente simbólica de algunos preceptos obstaculizaría la función instrumental general del Derecho penal. Por mi parte, estimo que eso es así ciertamente «a la larga». De modo inmediato, sin embargo, la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación «educativa» o «ético-social»[508]. En ella se hallan ausentes ciertamente las funciones preventivas que, a mi juicio, habrían de legitimarlo. Precisamente por ello —y pese a que es evidente que la legislación puramente simbólica constituye una característica del Derecho penal de nuestro tiempo[509]— puede considerarse ya que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento jurídico.

2. Con todo, lo anterior permite observar que la legislación simbólica en principio no se opone al logro de la función instrumental del Derecho penal. Téngase en cuenta que, dada la gran importancia de los signos, de los símbolos, en las comunidades humanas, un precepto penal de carácter simbólico no carece de efectos sociales, sino que tiene efectos muy significativos en las conciencias de los ciudadanos (siendo, en esa medida, «instrumental»)[510]. En concreto, si bien no puede desarrollar efectos preventivos intimidatorios de ningún género, sí cabe, en cambio, que en principio cumpla funciones de integración social general, o de algunos grupos en particular[511]; con ello entra sin demasiadas dificultades en el universo de funciones que la doctrina de la prevención general positiva atribuye al Derecho penal[512]. Así, por ejemplo, agravaciones de una determinada pena en cinco años, que, desde la perspectiva intimidatoria —y tras lo mostrado en los análisis empíricos—, deben estimarse por completo irracionales[513], pueden tranquilizar a la sociedad en general, o a ciertos grupos afectados o especialmente concienciados del problema[514], y contribuir a restablecer su confianza en el Ordenamiento jurídico. Asimismo, la promulgación de un nuevo precepto penal, por meramente simbólico que éste sea, puede despertar en la ciudadanía la conciencia acerca de la importancia del bien jurídico protegido, produciendo una suerte de «asunción» del mismo, esto es, una integración. Ahora bien, es lo cierto que, por mucha que sea la trascendencia de lo simbólico en

---

[508] Así, HEGENBARTH, ZRP 1981, p. 202.

[509] Así, HASSEMER, NStZ 1989, p. 559.

[510] Próximo, SCHILD, en Tammelo/Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, p. 199.

[511] NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 115.

[512] Lo subraya VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 138. Obsérvese por ejemplo cómo en JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 1 n.º marg. 1 y ss, los aspectos simbólicos son los decisivos en la pena, frente a la concreta materialidad.

[513] Cfr. ejemplos en NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 114. En lo mismo incurren, según creo, las agravaciones introducidas en España en materia de delitos sexuales y relacionados con los estupefacientes.

[514] NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 116.

nuestro entorno social, a la larga lo simbólico no es suficiente. Así, una nueva norma o un incremento de penalidad que, en principio, han tenido importantes efectos en cuanto al establecimiento o restablecimiento de la confianza de la población en el Ordenamiento jurídico, a medio o largo plazo pierden toda fiabilidad con su inaplicación o su ineficacia. En definitiva, pues, la legislación simbólica es rechazable pues, a corto plazo, cumple funciones educativas/promocionales/de integración, que ya hemos valorado negativamente; y, a largo plazo, redunda incluso en una pérdida de fiabilidad del Ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo.

c) La función de satisfacción de necesidades de psicología social.

1. También esta función se halla conectada con lo anterior. En efecto, del mismo modo que en todas las normas penales con sus conminaciones abstractas se dan aspectos simbólicos, también parece claro que el Derecho penal, mediante el castigo, cumple una función de satisfacción de determinadas necesidades psicológicas de la colectividad. Esto es, al menos, lo que, desde hace ya bastante tiempo, han puesto de relieve las investigaciones de la psicología profunda y del psicoanálisis[515]. Lo problemático no es aquí, pues, el hecho de que el Derecho penal responda efectivamente a la satisfacción de determinadas necesidades psicológicas de sanción (*Strafbedürfnisse*). Asimismo, tampoco parece posible que deje de dar respuesta a tales fenómenos de la psicología profunda de la sociedad. La cuestión es, más bien, si puede admitirse que realmente sean las necesidades de psicología social las que rijan la intervención del Derecho penal. En otras palabras, si puede entenderse la función (efectiva) de satisfacción de la necesidad psico-social de pena como un fin legitimador de la intervención penal (del si y el cómo de ésta). Personalmente, entiendo que no. Una concepción legitimadora de la intervención penal no puede permitir que ésta se vea regida por las tendencias irracionales, subconscientes, de la sociedad, que se manifiestan en una determinada configuración de las necesidades de pena. Al contrario, desde la perspectiva de una teoría legitimadora de la intervención penal, el estudio de las connotaciones psico-sociales del castigo debería tener como finalidad, más que

[515] Cfr. al respecto NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 88-89; VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 111 y ss; también SCHILD, en Tammelo/Mock (Hrsg.), *Rechtstheorie und Gesetzgebung*, p. 200. En realidad, como se ha dicho, la pena cumple una doble función en este plano: por un lado, da satisfacción al instinto de venganza que se siente contra quien ha realizado algo que los demás deseaban hacer, habiendo reprimido tal deseo; por otro lado, refuerza en estos últimos la posición del «super -yo» normativo en su tensión interna con el «ello». Lo primero, es decir, que la pena no es sino expresión de un instinto irracional de venganza ya lo había subrayado NIETZSCHE. Cfr. sus consideraciones en NIETZSCHE, *Argumente gegen Vergeltung und Abschreckung* (transcripción de fragmentos divesos), en Hoerster (Hrsg.), *Recht und Moral*, p. 193-195.

un sometimiento a tales tendencias profundas, una crítica a las mismas[516], cuya consecuencia habría de ser la racionalización plena de la intervención punitiva. Sin embargo, lo cierto es que desde las modernas doctrinas de la prevención general positiva, o de la prevención a través de las reglas de la imputación justa[517], parece que son los aspectos irracionales los que se introducen de modo decidido en determinadas concepciones, que se pretenden legitimadoras, acerca de la misión del Derecho penal. Ello ya fue criticado en su momento, por lo que no estimo necesario añadir nada más en este punto.

C) Alusión a las funciones del Derecho penal sobre el individuo que ha delinquido: «represión» y prevención especial «negativa».

1. Además de los fines legitimadores que más arriba hemos comentado y de las funciones sociales que acabamos de referir, el Derecho penal ejerce en el plano empírico, sobre el individuo que ya ha delinquido, una obvia «función represiva» restrictiva de derechos en muchos casos fundamentales[518]. La reacción penal es, en efecto, esencialmente privación de bienes jurídicos. Sin embargo, tal represión, en el actual estado de cosas, constituye una amarga necesidad, un medio ineludible para la obtención de los fines preventivos perseguidos, para los que no son suficientes las respuestas meramente simbólicas al delito. De ahí que, a diferencia de las funciones que acabamos de comentar, la represión que ahora contemplamos obtenga una especie de justificación indirecta, al revelarse como medio imprescindible para un fin legitimador. Claro está que ello significa que la represión sólo es aceptable en la medida en que no desborde el marco descrito por los fines preventivos y garantísticos que legitiman la intervención penal. Por lo demás, probablemente quepa afirmar que las funciones de prevención especial «negativa» son efectos inmediatos de esta función represiva y, por tanto, se encuentran sometidos a las mismas limitaciones que acabamos de comentar.

2. Es sabido que, en la construcción de VON LISZT, la pena cumple tres funciones preventivo-especiales: la función intimidatoria individual («recordatorio» que inhiba de ulteriores delitos al delincuente de ocasión), la resocialización (frente al delincuente de estado corregible) y la inocuización —por un aislamiento que podría llegar a ser perpetuo— (frente al delincuente habitual incorregible)[519]. A la resocialización ya ha habido ocasión de referirse, desde diversos puntos de

---

[516] Cfr. sobre el hecho de que los conocimientos de «psicología profunda» no legitiman al actual Derecho penal, sino que, más bien, contienen una base de crítica a la sociedad y su Derecho penal, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 93.

[517] Cfr. NEUMANN, ZStW 99(1987), p. 591 y ss.

[518] Cfr. ya VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze*, I, p. 174: «La pena es prevención a través de la represión». Sobre ello, BARATTA, en *Philosophie und Strafrecht*, p. 256-257.

[519] Cfr., por ejemplo, la descripción de MIR PUIG, *Introducción*, p. 69.

vista, en capítulos anteriores. Pero ¿qué decir de la intimidación individual y de la inocuización? A mi juicio, —y como acabo de señalar— se trata, desde luego, de efectos empíricamente inherentes a la pena, inseparables de la intervención punitiva (represiva) sobre el sujeto: toda intervención punitiva, desde el comienzo del proceso, supone un «mal» que recae sobre el afectado, quien en buena lógica habrá de sentirse más o menos intimidado por ello; por otro lado, la privación o restricción de libertad o la privación de ciertos derechos, entre otras sanciones, es obvio que cumplen, cada una en su medida, efectos de inocuización del sujeto durante todo el tiempo de su duración[520]. Más aún, hay quien piensa que estas funciones son las que mejor expresan la realidad actual de la pena[521].

> Lo cierto es que los efectos reales pueden ser mucho más intensos que todo eso. A este respecto se ha señalado que «...según la perspectiva pragmática de la praxis del Derecho penal, éste no es más que un Derecho instrumental aniquilatorio de enemigos sociales (*Feindstrafrecht*); (...) que además las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción psico-física y de internamiento»[522].

De conformidad con lo anterior, las dos funciones aludidas, que integran lo que ha dado en llamarse «prevención especial negativa» (frente a la resocialización o prevención especial positiva), se sitúan por cierta doctrina en el plano empírico de las «funciones» del Derecho penal[523]. La cuestión es, sin embargo, si esa función intimidatoria individual, o asegurativa/inocuizadora, cumplida por el Derecho penal puede formar parte del complejo —en tensión— de fines legitimadores de la intervención del Derecho penal. En otras palabras, si la apelación a ella constituye, en ciertos casos, un argumento atendible[524].

3. Ya se señaló al comenzar el tratamiento del tema de los fines legitimadores del Derecho penal que el fin de «aseguramiento de la sociedad frente al sujeto que se tiene por no resocializable» había perdido una posición relevante entre los mismos, hasta el punto de que por muchos autores se reduce la prevención especial a la resocializacion[525]. Lo cierto es, en todo caso, que no es posible, por unas eventuales necesidades de aseguramiento de la colectividad frente al delincuente, desbordar los límites marcados por las necesidades de prevención

---

[520] La legislación penitenciaria atribuye a las instituciones de esta naturaleza, junto a la función de reeducación y reinserción social, una función de retención y custodia.

[521] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 130: «...la eficacia preventiva de las penas privativas de libertad hay que verla todavía hoy más en su carácter aflictivo e intimidante del individuo concreto que en una pretendida resocialización del mismo».

[522] PAUL, W., Poder y control n.º 0, 1986, p. 69.

[523] Cfr. BARATTA, Poder y control n.º 0, 1986, p. 83 y 84-85. También, OCTAVIO DE TOLEDO *Sobre el concepto*, p. 293, más específicamente para la intimidación individual.

[524] Aparte de la alegación de que son medios no deseables pero necesarios para conseguir los fines legitimadores (de prevención) perseguidos.

[525] Cfr. NAUCKE, *Einführung*, 4.ª ed., p. 51.

general en combinación con los debidos a la proporcionalidad[526]. Asimismo, tampoco cabe una configuración puramente asegurativa/inocuizadora del contenido de las penas privativas de libertad ni de las medidas de seguridad, puesto que la Constitución establece una orientación de las mismas a la reeducación y reinserción social[527].

> 4. Con todo, podría haber un ámbito en el que las consideraciones asegurativas de la sociedad frente al delincuente (concretamente por la vía de la intimidación individual) desempeñaran un papel legitimador de una intervención penal concreta que, desde otras perspectivas, no hubiera de producirse. Este podría ser el ámbito de las penas cortas privativas de libertad. Como es notorio, las mismas resultan desaconsejadas por sus efectos escasamente resocializadores e incluso desocializadores. Pues bien, aun en el caso de que el principio de resocialización aconseje, de modo genérico, renunciar a ellas y ello, en esos términos, pudiera no tener efectos negativos en el ámbito preventivo general, cabría sostener la imposibilidad de prescindir de las mismas en un caso concreto en que se asociara a tal renuncia un pronóstico gravemente negativo sobre el delincuente. La imposición de la pena respondería aquí básicamente a una función de prevención especial negativa (por ejemplo, por la vía del «aldabonazo» o intimidación individual: piénsese en ciertos delitos imprudentes)[528]. Este es, según parece, el criterio que acoge el § 47 del StGB alemán, según el cual «el tribunal impondrá una pena privativa de libertad de duración inferior a seis meses sólo cuando circunstancias especiales, que radiquen en el hecho o en la personalidad del autor, hagan ineludible la imposición de una pena privativa de libertad para incidir sobre el autor o defender el ordenamiento jurídico»[529]. En cualquier caso, aquí, como se dijo, es la intimidación individual lo que entra en juego. Por lo que a la inocuización se refiere, creo posible sostener que la misma sólo es admisible como «efecto» de una sanción orientada a la prevención general (y a las correspondientes garantías individuales) en la que, por no ser privativa de libertad, no quepa una orientación resocializadora. La inocuización es, pues, en sí, la expresión del «mal» que conceptualmente constituye la pena y que, como tal, está sometido a ser puro medio para los fines legitimadores preventivos y garantísticos. Si no sirviera a esos fines, no podría acogerse por infringir el principio de respeto a la dignidad humana.

[526] Refiriéndose a la culpabilidad, STREE, en *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., n.º marg. 18 previo a los §§ 38 y ss.

[527] Sobre la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad meramente asegurativas, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 258.

[528] Sobre ello, de modo general, SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 348-349.

[529] Cfr. STREE, en *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., § 47 n.º marg. 11 y ss.

V. FINES DE LAS NORMAS JURÍDICO-PENALES Y SISTEMA DOGMÁTICO DEL DELITO

V.1. Fines del Derecho penal y normas jurídico-penales.

A) Los medios de cumplimiento de sus fines por el Derecho penal. Norma primaria y norma secundaria.

1. No existen discrepancias en la doctrina a la hora de definir el Derecho penal como un «conjunto de normas»[1]. Estas —las normas jurídico-penales— integran, pues, el contenido del Derecho penal. Por tanto, si el Derecho penal ha de cumplir determinados fines como los que hemos especificado en el capítulo anterior, resulta obvio que habrá de hacerlo a través de las referidas normas. Ahora bien, ¿cómo se configuran las normas jurídico-penales? A primera vista, los Códigos y demás leyes penales aparecen integrados por una serie de enunciados de diversa formulación[2], que podemos denominar convencionalmente «enunciados legales» (también se habla de proposiciones jurídicas, preceptos legales, o disposiciones legales)[3]. Sin embargo, por otro lado, la doctrina distingue habitualmente, en el seno del Derecho penal, dos clases de «normas»: las «normas primarias», que aquí se entienden como dirigidas a los ciudadanos prohibiéndoles la comisión de delitos, y las «normas secundarias», dirigidas a los jueces ordenándoles la imposición de sanciones penales en el caso de que se cometan delitos.

---

[1] Cfr., por todos, MIR PUIG, *Introducción*, p. 29; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 67; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 21; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 8, 10. En general, se suele definir el Derecho penal como el conjunto de normas que asocian al delito cometido o de probable comisión, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia; se trata de una variación (por la referencia a las medidas) de la clásica definición de von Liszt.

[2] Aunque los que se tienen presentes en primer plano son los que tienen una formulación hipotética, previendo la imposición de una sanción penal para el caso de que se cometa determinado delito.

[3] Cfr. MIR PUIG, PG, 3.ª ed, p. 32.

2. ¿Qué relación cabe establecer entre los enunciados legales contenidos en las diversas leyes penales y las normas, de una y otra clase, cuya existencia reconoce la doctrina? En primer lugar, debe señalarse que parece pertinente distinguir entre unos y otras. Los enunciados legales son conjuntos de signos lingüísticos. Las normas jurídico-penales, por su parte, son el sentido, el mensaje prescriptivo que se desprende de tales enunciados legales[5]. En concreto, de la combinación de varios de ellos[6]. Tal derivación de las normas jurídico-penales a partir de la redacción de los enunciados legales parece relativamente sencilla en el caso de las *normas secundarias*[7], o normas que obligan a los órganos judiciales a imponer una determinada sanción penal en el caso de que un sujeto haya cometido un hecho delictivo. Es incluso lo común el señalar que tales normas aparecen transmitidas de modo expreso por los enunciados legales de la Parte especial del Código y otras leyes penales[8]. Lo cierto es que, aunque en realidad cabrían otras concepciones acerca del sentido de tales enunciados legales[9], la que alude a su interpretación como normas dirigidas a los órganos judiciales ha sido estimada tradicionalmente como la más razonable.

> Lo señalan con claridad COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: «...el *uso* del lenguaje ordinario, en el que se hallan formuladas las proposiciones jurídicas, permite emplear la *forma gramatical* declarativa para expresar proposiciones normativas. Así vgr. el Código penal, en su artículo 407, dispone que 'el que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor'. Con ello no quiere decir que todo el que mate a otro vaya a ser efectiva o

[4] Aunque, como apunta MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 8 nota 10, ello no suele explicitarse a la hora de definir el Derecho penal. Sí lo explicita él, por ejemplo [MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 13], al definir, en términos que comparto, el Derecho penal como el «conjunto de normas que *prohíben* la comisión de delitos asociando a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia jurídica» (el subrayado es mío). Las normas que, *de lege lata*, regulan la responsabilidad civil derivada de delito no son normas penales en sentido estricto, aunque de su aplicación se desprendan consecuencias político-criminales (a veces importantes) [así, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 61 y ss.; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 13 y ss.].

[5] Al respecto, MIR PUIG, PG, p. 32.

[6] De la combinación de los enunciados legales que describen delitos asociando a ellos determinadas sanciones, con otros enunciados (de la Parte General) con los que se complementan.

[7] «Primarias» en la terminología de Kelsen: cfr. NINO, *Introducción*, p. 84.

[8] Cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 12: «Este último precepto, es decir, la norma secundaria, sí que coincide con la estructura de la proposición jurídico-penal»; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 33; NINO, *Introducción*, p. 83-84. Aunque lo cierto es que en los enunciados de la Parte especial sólo se contiene expresamente una parte de los presupuestos de la norma secundaria. En efecto, es evidente que no basta con matar a otro para que el juez deba imponer una pena de reclusión menor. Así pues, también la norma secundaria ha de resultar de la combinación de varios enunciados legales y no aparece formulada de modo expreso en parte alguna.

[9] Cfr., por ejemplo, HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 71-72, sobre la posibilidad de entender los enunciados jurídicos que imponen sanciones «no como prescripciones dirigidas a los jueces, sino como amenazas o predicciones acerca de lo que harán los jueces en ciertos supuestos», aludiendo expresamente a la posibilidad de extender tal consideración a los enunciados de los códigos penales e inclinándose, en última instancia, por tal concepción asertiva, informativa, de dichos enunciados.

probablemente castigado con dicha pena, sino que 'debe' serlo. La apariencia declarativa encubre un juicio normativo»[10].

Puede, pues, concluirse que cabe interpretar las formulaciones de los enunciados legales de la Parte especial (complementadas con otros de la Parte general) en el sentido de que expresan una norma dirigida a los jueces en términos hipotéticos.

Como se ha mostrado, la formulación asertiva no empece a que tales enunciados se entiendan expresivos de un contenido de sentido prescriptivo. Por otro lado, puede afirmarse que son destinatarios de esta obligación los jueces, pues tal cosa resulta de poner en relación aquellos enunciados con otros preceptos del ordenamiento jurídico que atribuyen precisamente a los jueces la misión de imponer las penas previstas por la ley. Las llamadas «normas secundarias» pueden, pues, desde otro punto de vista, entenderse como «normas primarias» con contenido específico (imponer una sanción por la comisión de un delito) y destinatario específico (los jueces)[11]. Más complejo es, en cambio, según entiendo, concluir que las normas secundarias, así derivadas de los enunciados legales, son normas «penales». Cuestionar tal extremo puede parecer absurdo, en la medida en que son tales normas (las que asocian al delito una pena) las tradicionalmente aludidas en las definiciones del contenido del Derecho penal. Sin embargo, la estimación de que las normas que obligan a imponer una sanción son normas materialmente «penales» y no de otro género, exigiría probar que están respaldadas por una coacción jurídico-penal[12]. Ello puede probarse, a mi juicio, sin dificultad por la existencia de un delito como el de prevaricación judicial[13]. Las normas secundarias contenidas en todas las leyes penales constituyen, ciertamente, contempladas desde otra perspectiva, una parte de las normas primarias (que en este caso sí aparecen formuladas «expresamente») subyacentes al delito de prevaricación judicial. Pero entonces hay que concluir que la consideración de las normas secundarias como normas penales depende de la apreciación de que en ellas cabe advertir normas primarias dirigidas a los jueces. Ello, pese a la aparente paradoja, probaría la necesidad de asentar cualquier concepción global del Derecho penal sobre la existencia de unas normas primarias jurídico-penales[14].

3. Más difícil es, en cambio, derivar de los enunciados legales la existencia

[10] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 36.

[11] Tal norma decaería tanto por la no comisión de un delito como por la concurrencia de causas de justificación o exclusión de la culpabilidad en el hecho.

[12] Es instructivo, y guarda cierta relación con esto, lo que señala NINO, *Introducción*, p. 85, sobre la distinción entre «deber en sentido fuerte» y «deber en sentido débil», a propósito de las normas secundarias (en nuestra terminología). La idea es que las normas secundarias sólo expresan un contenido de deber en sentido fuerte cuando junto a ellas hay otra norma que asocia a su infracción (la no imposición de la sanción en caso de delito) de nuevo una sanción.

[13] Cfr. por ejemplo art. 357 CP.

[14] En efecto, la infracción de una norma primaria por un ciudadano provoca la incidencia de la norma secundaria sobre el juez. Pero ésta, a su vez, puede verse como una norma primaria, cuya infracción (comisión de un delito de prevaricación) produce la incidencia de una norma secundaria sobre otro juez. Pero tal norma, a su vez, puede verse de nuevo como primaria. Y así sucesivamente.

de unas eventuales «normas primarias»[15], dirigidas a los ciudadanos, que les prohíben la comisión de delitos. La infracción de tales normas primarias, unida a otros requisitos, constituiría el conjunto de los presupuestos de aplicación de las normas secundarias. Para fundamentar tal relación, muchos de quienes afirman que la norma secundaria viene transmitida expresamente por el enunciado legal que señala una pena a un determinado hecho, aluden a una supuesta *derivación lógica*[16] de la norma primaria a partir de la secundaria[17]. Según ello, las normas secundarias *implicarían* las normas primarias. Sin embargo, tal conclusión, en lo relativo al rango «lógico» de la derivación, parece excesiva si es que nos servimos del término «lógico» en sentido estricto[18]. Más ajustado estimo, por tanto, sostener que lo que se da entre el enunciado legal y la norma primaria es, más que una relación lógica, una *relación de sentido*[19]. Esto es, que social y psicológicamente, a la existencia de un enunciado del género de «el que matare a otro será castigado» se asocia, sin mayores problemas, la idea de «prohibido matar», de «no mates», esto es, el contenido de la norma primaria[20].

> Este extremo lo reconoce, por lo demás, HERNÁNDEZ MARÍN, cuando afirma: «lo que sí es cierto es que, para conseguir que no haya homicidios, los códigos no necesitan añadir, a lo que ya dicen, un nuevo enunciado que diga 'prohibido matar'. Pero esto no tiene nada que ver con la cuestión de si el mencionado enunciado se deduce de lo que el Código dice»[21]. También se sitúa en la línea del texto NINO, cuando señala : «sería como cuando el padre le dice a la madre, en presencia del hijo, 'si se porta mal, castígalo'. Obviamente, el padre no tiene especial interés en que su mujer se pase el día castigando a su hijo; lo que quiere es que su hijo no se porte mal y elige para lograr eso la técnica de la motivación indirecta indicada. El padre tiene la esperanza de que de la

[15] «Secundarias» en la terminología de Kelsen: Cfr. NINO, *Introducción*, p. 84.

[16] Cfr. al respecto MAURACH, *Tratado*, I, p. 361, afirmando que la «norma» es presupuesto lógico de la «ley penal». En esta línea, también, las tesis de Ross; vid. la crítica de las mismas en HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 71.

[17] Cfr. sobre esto NINO, *Introducción*, p. 84, comentando las tesis de Kelsen. En todo caso, las normas primarias sólo podrían derivarse de normas secundarias de contenido hipotético (esto es, las que mencionan una conducta como condición de aplicación), lo que permitiría tomar la conducta opuesta como condición de aplicación.

[18] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 72 y 55, criticando por razones formales y materiales la posibilidad de establecer una derivación lógica y concluyendo (p. 74-75) que no se puede decir que los códigos penales prohíban el homicidio, el robo, etc. La derivación lógica la rechaza, según creo, también MIR PUIG, 3.ª ed., p. 34, al señalar que «la existencia de una norma primaria no se deriva del texto legal» aunque admita con razón la existencia de una norma primaria como interpretación del enunciado legal.

[19] En este sentido ya SOMLÓ (1927), citado por KRÜGGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*, Berlín 1969, p. 39-40: «El enunciado jurídico 'el que cometiere asesinato sufrirá pena de muerte' tiene el sentido tanto de un imperativo dirigido al juez de imponer la pena de muerte dado el caso, como de una prohibición de asesinar dirigida en general a los subordinados». En nuestro país LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 12, alude a que se «desprende implícitamente».

[20] Realmente, el contenido de la norma primaria se entiende aquí de modo parcialmente diferente, esto es, comprendiendo la ausencia de los presupuestos de hecho de las causas de justificación. Cfr. *infra* V.I. B) c).

[21] HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 75.

prescripción primaria[22] que dirigió a la madre, el hijo infiera la prescripción secundaria[23] 'no debes portarte mal'»[24].

4. Por lo demás, en favor de la existencia de normas primarias en Derecho penal pueden mencionarse múltiples argumentos[25]: así, argumentos derivados del Derecho positivo[26]; argumentos históricos[27]; argumentos «a fortiori» a partir de la expresión de tales normas primarias en el ámbito administrativo y del Derecho penal accesorio[28]; argumentos funcionales[29]; la propia construcción dogmática de la teoría del delito[30]; etc. En definitiva, pues, parece posible concluir que el Derecho penal está constituido por normas primarias y secundarias, que atienden, como se verá, al cumplimiento de los fines del Derecho penal.

B) La discusión sobre las normas primarias jurídico-penales.

a) Introducción.

1. Como se habrá podido observar, la discusión sobre las normas primarias alcanza ya a un punto tan básico como el de su propia *existencia*. A continuación, examinaremos otros aspectos de las mismas, asimismo debatidos, como los relativos a su «naturaleza», contenido y esencia. Examinaremos, pues, por un lado, si las normas primarias son precisamente «normas jurídico-penales» o bien, como se ha sostenido, son «normas pertenecientes al Derecho público general» o «normas sociales». Es ésta una polémica que, en otros términos, se designa con la

---

[22] En nuestra terminología, secundaria.

[23] En nuestra terminología, primaria.

[24] NINO, *Introducción*, p. 83-84.

[25] Cfr., de modo genérico, los argumentos de Binding, recapitulados por Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 3 y ss. Sobre la conclusión relativa a la existencia de tales normas, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 280-281.

[26] Cfr. MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 34, aludiendo a la calificación de los delitos y faltas como «infracciones» en diversos preceptos del CP, como p. ej. el art. 6. También PHILIPPS, *Normentheorie*, en KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5.ª ed., Heidelberg 1989, pp. 281-292 p. 281. Otros argumentos de Derecho positivo, debidos a Binding, en Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 6-7.

[27] En las leyes antiguas (baste pensar en el Decálogo) es lo usual mencionar expresamente la norma primaria: Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 7, citando a Binding; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 35.

[28] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 35, señalando que «el Derecho considera necesario formular expresamente la prohibición de aquellos hechos que por su carácter en sí mismo no lesivo o poco grave podría resultar dudoso que debieran evitarse, mientras que no se cree necesario indicar expresamente prohibiciones tan evidentes como las de matar, robar o violar».

[29] En efecto, el cumplimiento de las funciones preventivas y garantísticas del Derecho penal requiere que éste indique previamente a sus destinatarios lo que pueden y no pueden hacer. Cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 6, aludiendo al argumento de Binding relativo a las «necesidades del legislador».

[30] MIR PUIG, PG, 3.ª edic., p. 35, aludiendo a que la teoría del delito parte de éste como hecho antinormativo (antijurídico); más argumentos en MIR PUIG, *Introducción*, p. 34-35. Cfr. también MAURACH, *Tratado*, I, p. 259-261.

expresión de «problema de los destinatarios» (*Adressatenproblem*), pues en ella se trata de decidir si las normas penales se dirigen a todos los ciudadanos o sólo a los jueces. Por otro lado, analizaremos la relación existente entre las normas primarias y las llamadas «proposiciones permisivas» (*Erlaubnissätze*). Finalmente, será objeto de estudio la discusión habida a propósito de la naturaleza valorativa o imperativa de las normas primarias, así como de su «función motivadora».

b) La naturaleza de las normas primarias.

1. Desde que la doctrina admite la existencia de normas dirigidas a regular la conducta de los ciudadanos, no formuladas expresamente en los enunciados legales, puede constatarse también la aparición de un debate acerca de la real naturaleza de esas normas. A este respecto, el creador de la «teoría de las normas» (*Normentheorie*), Karl BINDING, sostuvo que las normas dirigidas a los ciudadanos, cuya infracción constituiría el presupuesto de la aplicación de las disposiciones dirigidas a los jueces, no pertenecen al Derecho penal, sino al «Derecho público general»[31]. Desde su punto de vista, pues, sería preciso distinguir entre «normas» (*Normen*), previas al Derecho penal y dirigidas a los ciudadanos, y «leyes penales» (*Strafgesetze*), dirigidas a los jueces penales y que, en su opinión, no constituirían normas en sentido estricto, sino, más bien, «proposiciones jurídicas autorizadoras»[32]. La infracción de las normas por los ciudadanos, y el consiguiente cumplimiento de los presupuestos de las «leyes penales», sería lo que permite la imposición de la pena por el juez.

2. En la concepción de BINDING, el Derecho penal y sus «leyes» muestran una naturaleza esencialmente accesoria, sancionatoria, limitándose a imponer sanciones penales por la infracción de normas que no le son propias y le preceden cronológicamente. En términos próximos, aunque fuertemente criticados por el propio BINDING, se manifestó poco después M. E. MAYER, al afirmar que las normas que se dirigen a los ciudadanos, imponiéndoles determinadas conductas, no son ni normas jurídico-penales, ni siquiera normas jurídicas, sino «normas de cultura», normas sociales. Para MAYER, en efecto, «los enunciados jurídico-penales son normas de decisión, esto es, órdenes abstractas del Estado (del legislador) a los órganos estatales en el sentido de afirmar (bajo determinados presupuestos y dentro de ciertos límites) la pretensión punitiva»[33]. En cambio,

[31] Como señala MAURACH, *Tratado*, I, p. 258: «Las normas son, según Binding, mandatos del Derecho, escritos o no escritos, anteriores a la ley penal, pertenecientes al Derecho público, cuyo contenido, caso de no poder ser averiguado fuera del Derecho penal acudiendo al Derecho positivo o al consuetudinario, puede ser extraído, por regla general, de la parte dispositiva de la conminación penal».

[32] Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo I, Normen und Strafgesetze, 3.ª ed., Leipzig 1916, p. 4 y ss., 132 y ss. Por lo demás, sobre el verdadero carácter de las «Strafgesetze», cfr. la excelente síntesis de Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 14.

[33] M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., Heidelberg 1923, p. 33. Ya antes, M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, passim por ejemplo, p. 4: «los únicos destinatarios de las órdenes que da la ley son los órganos del Estado llamados a manejar las leyes».

sería errónea la postura que trata de advertir en ellos, en primera instancia, normas dirigidas a los ciudadanos; esto, no porque los ciudadanos no puedan informarse en la ley penal acerca de las conductas prohibidas, ni porque de hecho las leyes penales no tengan una intensa incidencia normativa sobre los ciudadanos, sino porque tal función de normación es inesencial desde el punto de vista jurídico[34]. Las normas dirigidas a los ciudadanos son «normas de cultura» previas al Derecho, esto es, mandatos y prohibiciones por los que una sociedad de configuración determinada exige las conductas adecuadas a su interés[35]. A partir de este material, el Estado, prestando reconocimiento a ciertas normas de cultura, configura los tipos legales, la ley penal.

> En resumen, para M. E. MAYER, «son vulneraciones del Derecho las lesiones de bienes o intereses que crea la vida y reconocen las normas jurídicas. La orden de no lesionar tales bienes o intereses se la dicta al pueblo la norma de cultura; la orden de sanar las lesiones de bienes jurídicos o de castigar, se la dicta al juez la norma jurídica. La función del ordenamiento jurídico es, pues, simplemente, la de hacer, de bienes, bienes jurídicos, y la de garantizar la protección de los bienes jurídicos[36].

3. Me parece posible afirmar que ni la tesis de BINDING ni la de M. E. MAYER, acerca de la naturaleza no jurídico-penal de las normas dirigidas a los ciudadanos (primarias), se han impuesto en la doctrina[37]. En contra de la concepción del primero, se ha sostenido la autonomía del Derecho penal en la configuración de sus normas. En efecto —se dice—, el Derecho penal constituye la forma más antigua de aparición del Derecho, con lo que frecuentemente no es posible hallar de modo previo a su incidencia en un determinado campo normas pertenecientes a otro sector del ordenamiento jurídico[38]. Por otro lado, incluso en los casos en que el Derecho penal incide en un campo en el que ya existen otras normas jurídicas, su intervención produce la aparición de normas autónomas, caracterizadas por expresar no meramente la *prohibición jurídica* de una conducta, sino la *prohibición jurídica bajo amenaza de pena,* con la consiguiente afirmación de que el hecho contrario a la norma no es meramente un hecho injusto, sino un «injusto merecedor de pena». Sólo de este modo puede el Derecho penal cumplir su específica función de ordenación social: dirigiendo ya *a priori* normas penales con la misión de prevenir determinados hechos especialmente graves mediante la amenaza —también especialmente grave— de la pena[39]. Lo contrario lo

---

[34] M. E. MAYER, AT, 2.ª ed., p. 34-35.

[35] M. E. MAYER, AT, 2.ª ed., p. 37 y ss. Son «normas de cultura» el «conjunto de mandatos y prohibiciones que se dirigen al ciudadano como exigencias religiosas, morales, convencionales, como exigencias del tráfico o de la profesión» [M. E. MAYER, *Rechtsnormen,* p. 17].

[36] M. E. MAYER, *Rechtsnormen,* p. 69.

[37] Cfr. críticamente, por todos, MIR PUIG, *Introducción,* p. 35; PG, 3.ª ed., p. 35-36.

[38] Cfr., por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch,* 4.ª ed., p. 47.

[39] De conformidad con los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad.

reduciría a una actuación *a posteriori*, sustancialmente represiva y retributiva, y sólo muy limitadamente preventiva. De acogerse la postura del fundador de la «teoría de las normas» cabría pensar que el Derecho penal se limita a asociar penas —no se sabe bien en virtud de qué criterio, pues en BINDING el concepto de bien jurídico es básicamente formal— a las infracciones de determinadas normas del Derecho público general. Ello significaría, no obstante, una «perversión» de la misión del Derecho penal, cuya intervención, por contra, debe vincularse a muy precisas condiciones de índole material. Tales condiciones (que se resumen en los presupuestos de la teoría de la incriminación, que hemos tratado de esquematizar más arriba) deben, por lo demás, expresarse como tales (bases de la prohibición bajo pena) y dirigirse a los ciudadanos, a fin de que éstos conozcan qué es lo que pueden o no pueden hacer desde la óptica del Derecho penal. Al dirigir sus propias normas primarias a los ciudadanos, el Derecho penal no sólo cumple, pues, con la finalidad preventiva, tal como antes apuntábamos, sino que también cumple buena parte de sus misiones en el campo garantístico. La «prohibición bajo amenaza de pena», en efecto, se muestra como un medio menos lesivo que la imposición efectiva de la pena, por lo que, acudiendo a aquélla en primera instancia, el Derecho penal satisface las exigencias del principio de intervención mínima (menor daño posible), armonizándolas con los intereses preventivos; ciertamente, cabe que, en muchos casos, la «amenaza de pena» sea suficiente para disuadir a los destinatarios de la misma de la comisión del hecho penalmente prohibido. Por lo demás, las normas primarias atienden también a consideraciones garantísticas formales, al informar a todos los ciudadanos de cuáles son los hechos más graves (que «merecen» —en abstracto— una pena), con lo que éstos pueden orientar pertinentemente su conducta externa, sin verse sorprendidos después por la aplicación de una norma secundaria de la que ellos serían mero «objeto»[40]. La concepción que afirma la existencia de unas normas primarias jurídico-penales[41], parece, en conclusión, la más idónea para el cumplimiento satisfactorio de las misiones preventivas y garantísticas que deben caracterizar al Derecho penal contemporáneo.

4. Un juicio con elementos en parte diversos, pero también negativo, es el que asimismo cabe formular contra la teoría de M. E. MAYER, que concibe las normas primarias como normas sociales, «normas de cultura». Frente a lo soste-

[40] No debe olvidarse que BINDING, *Normen*, tomo I, 3.ª ed., p. 174, señala expresamente: «El Derecho penal es un Derecho de coacción estatal, frente al que el delincuente se encuentra simplemente como objeto paciente, y no como contraparte autorizada de algún modo».

[41] Sobre la existencia de normas primarias jurídico-penales dirigidas a todos los ciudadanos, cfr., por ejemplo, ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München 1971, p. 36; cfr. también el argumento de Derecho positivo de MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 36-37, al aludir a los artículos del CP que hablan de «infracción penal» o de la «infracción de preceptos penales»: art. 6 bis a), art. 69.

nido por este autor cabe, ciertamente, afirmar que la ley penal no tiene por qué presuponer una norma social-cultural precedente, cuyas infracciones se limite a sancionar. Hay, por una parte, ámbitos en los que el Derecho penal incide antes de que lo haga norma social alguna[42]. Por otra parte, en los casos en que se encuentra con la preexistencia de una norma social de contenido dado, el Derecho penal puede proceder a acoger dicha norma, pero también puede regular esa materia de modo parcialmente distinto o incluso optar por una reguación contraria. Que ello quizá no sea práctico, y le reste eficacia a la norma penal, no significa que no pueda tener lugar realmente. La conformidad con las «normas de cultura» puede ser, si se quiere, criterio de valor o presupuesto de una mayor eficacia de la norma penal, pero no factor de su esencia. Por lo demás, valen frente a las tesis de MAYER las consideraciones efectuadas antes a propósito de la postura de BINDING. El Derecho penal sólo puede cumplir sus fines mediante normas primarias propias: la tesis de una norma primaria extrapenal, autónoma respecto a los enunciados jurídico-penales legales y precedente cronológicamente a ellos, no es, pues, de recibo.

5. El hecho de que la doctrina mayoritaria haya rechazado las construcciones de BINDING y MAYER y de que, en consecuencia, se haya impuesto la idea de que, de los enunciados legales penales, se puede obtener tanto una norma penal primaria, dirigida al conjunto de los ciudadanos, como una norma penal secundaria, dirigida a los jueces[43], no ha impedido que, muy recientemente, haya vuelto a ser de actualidad en el debate doctrinal el llamado «problema de los destinatarios» (*Adressatenproblem*) de las leyes penales. La polémica ha surgido a raíz de la publicación por SCHMIDHÄUSER, en 1988, de un trabajo sobre el particular[44]. En este trabajo, el autor alemán reitera la tesis de que las normas penales, o leyes penales, se dirigen exclusivamente a los órganos de la justicia penal, y no a los ciudadanos[45]. Las normas que se dirigen a los ciudadanos, y por cuya infracción las acciones de éstos se convierten en injustas, pertenecen, en cambio, a la ética social[46]. La ética social, integrante del llamado «*gesellschaftliche Rechtsordnung*» (ordenamiento jurídico-social) es la que contiene, pues, los mandatos y las prohibiciones dirigidos a los ciudadanos, mientras que corresponde al «*staatliche Rechtsordnung*» (ordenamiento jurídico-estatal) el vincular a la infracción de una parte de tales prohibiciones determinadas sanciones

[42] Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 17.

[43] Doctrina dominante con diversos matices, cfr. KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 38 y ss.

[44] SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen/Zürich 1988. De hecho, el tema ya lo había abordado en su trabajo «*Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen. Ein Beitrag zur Allgemeinen Rechtstheorie*», Berlín 1964.

[45] SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 41 y ss.

[46] SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 36 y ss., 38.

estatales[47]. Por tanto, tiene como destinatarios únicamente a los propios órganos del Estado.

6. Para SCHMIDHÄUSER, quien, por cierto, se remite expresamente a M. E. MAYER como antecedente de su postura[48], las supuestas normas primarias jurídico-penales, en tanto que dirigidas a todos como «destinatarios», no existen más que en el mundo de las construcciones teóricas[49]. En la realidad no se adoptan medidas que vayan encaminadas al conocimiento de estas normas como tales por todos los afectados (sino únicamente por los jueces), de modo que, si bien no se puede decir que el legislador quiera que los ciudadanos desconozcan la norma jurídica, lo cierto es que no hace nada por evitarlo[50]. Si el contenido de las normas se conoce es, pues, mediante un largo proceso de educación y observación, que sólo las muestra como normas de la moral social[51].

7. La tesis de SCHMIDHÄUSER no es de recibo. Como apunta su crítico HOERSTER, y por nuestra parte ya hemos señalado, las leyes penales no tienen por qué presuponer la existencia precedente —en el mismo sentido— de una norma de la moral social. Ciertamente, todo precepto penal puede separarse de la moral social, por mucho que pueda discutirse si es inteligente, ético o incluso democrático que el legislador penal obre así[52]. Por otro lado, y aunque se negara lo anterior, es obvio que no todas las conductas infractoras de normas de la moral social son sancionadas con penas estatales. Ello significa que el Derecho penal procede a efectuar una selección de las conductas que estima merecedoras de pena y que pasan, así, a distinguirse significativamente de las demás, al igual que las normas que las prohíben, que adquieren un carácter sustancialmente distinto. No puede, por ello, decirse que el Derecho penal se limite a prever sanciones para determinadas infracciones de normas de la moral social, sino que

---

[47] SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 38, 46. En la misma línea, su discípulo ALWART, *Recht und Handlung*, Tübingen 1987, p. 150: «...la prohibición de matar no existe porque los jueces impongan penas por el homicidio, sino que, a la inversa, los jueces son conminados por la ley a castigar porque la citada prohibición está viva en la sociedad y, debido a ello, es ya presupuesta como tal por el Ordenamiento jurídico». Cfr. por lo demás un resumen, en clave crítica, de las tesis de SCHMIDHÄUSER, en HOERSTER, *Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral*, JZ 1989, pp. 10-12, especialmente en p. 10 y 11.

[48] SCHMIDHÄUSER, *Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht*, JZ 1989, pp. 419-425, p. 421 nota 3. Sobre otros antecedentes, cfr. KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 19 y ss; también MÜLLER-DIETZ, *Recensión a SCHMIDHÄUSER, Form und Gehalt der Strafgesetze*, GA 1991, pp. 368-377, p. 369, aludiendo al antecedente representado por Binder. En esta recensión, especialmente en pp. 373 y ss., se contiene una valoración parcialmente positiva de las tesis de SCHMIDHÄUSER, a partir del escepticismo sobre el conocimiento de los ciudadanos sobre las normas penales, y, consiguientemente, sobre el influjo del Derecho penal sobre la sociedad.

[49] SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 47.

[50] SCHMIDHÄUSER, JZ 1989, p. 422.

[51] SCHMIDHÄUSER, JZ 1989, p. 421.

[52] HOERSTER, JZ 1989, p. 11. Aparte hay que aludir, por supuesto, a los casos en los que interviene el Derecho penal sin que haya previamente una norma de la moral social, algo que SCHMIDHÄUSER reconoce para las «*Ordnungswidrigkeiten*», pero sin extraer consecuencias.

también estas normas se ven afectadas por su inclusión en el ámbito del Derecho penal. Sentado esto, y como —de nuevo— señala HOERSTER[53], el hecho de que el contenido de las normas primarias jurídico-penales no se conozca, por regla general, directamente, sino que las vías sean indirectas, no implica que el legislador no quiera dirigirse y alcanzar a todos los ciudadanos, sino que prueba, simplemente, la eficacia relativa de los medios del Derecho penal frente a otros medios de control que inciden en la sociedad. De todos modos, hay que decir que la publicación oficial es un medio indudablemente orientado a la difusión de las normas jurídicas en todo el conjunto social y que también los medios de comunicación actuales dan cuenta de las «normas penales» como tales: esto es, no se limitan a transmitir su contenido como un deber-ser genérico (ético-social), sino que expresan su carácter de prohibiciones o mandatos «penales», esto es, reforzados por la amenaza de pena.

> No aceptar esto sería tanto como negar eficacia preventiva al Derecho penal, algo que, en buena lógica, habría de conducir a la abolición del sistema penal. En efecto, si lo que el ciudadano conoce, lo que le motiva, son normas sociales en cuanto tales (esto es, con sanciones de la misma naturaleza), las sanciones penales que se yuxtaponen a las normas jurídico-penales no constituirían más que un sufrimiento innecesario, del que habría que prescindir. Sin embargo, en la realidad las cosas no son como pretende SCHMIDHÄUSER. Las nuevas leyes, en materia de técnicas biomédicas, por ejemplo, formulan expresamente las prohibiciones (normas primarias), prohibiciones que no tienen una previa base social, y es un hecho que tales prohibiciones, difundidas como prohibiciones jurídicas por los medios de comunicación social, van incidiendo sobre el conjunto de la población. A la vez, la reciente proliferación de leyes penales de carácter simbólico (y la influencia de las mismas) es una prueba de que el carácter penal de la norma alcanza —aunque sea por medios indirectos— a la ciudadanía y produce en las conciencias los efectos políticos que el legislador pretende. Es precisamente la constatada consecución de tales objetivos lo que está provocando la reiteración en el recurso a estas leyes.

No puede, pues, decirse que las normas primarias jurídico-penales no accedan, como tales normas, en una medida razonable, al entorno de sus destinatarios (todos los ciudadanos). En definitiva, pues, lo prohibido jurídicamente y lo prohibido por la moral social pueden y deben distinguirse, lo cual no impide reconocer que un Derecho penal alejado de la moral social de la concreta sociedad en que opera no sólo se halla expuesto en ocasiones a objeciones ético-jurídicas, sino también debilitado en su eficacia preventivo-general.

8. La corrección de algunas de las anteriores objeciones ha sido reconocida implícitamente por SCHMIDHÄUSER en su trabajo, citado *supra*, de 1989, al proceder a efectuar ciertas modificaciones en su planteamiento originario. En efecto,

[53] HOERSTER, JZ 1989, p. 12.

el centro de su esquema lo ocupa ahora la distinción entre el *concepto de Derecho propio del ordenamiento jurídico-estatal* y otro *concepto de Derecho, que viviría en la conciencia social*. Este concepto ya no se identificaría con la moral social, pues en parte sería más amplio y en parte más restringido: por un lado, integraría algunos elementos procedentes de la moral social y, por otro, elementos procedentes del ordenamiento jurídico estatal[54]. Este concepto de Derecho, que podría definirse como «Derecho en las representaciones de la esfera del profano»[55], esto es, como expresión de una concepción vulgar de lo jurídico, y las normas que lo integraran, serían lo único conocido por el ciudadano y, por tanto, lo único que podría marcarle pautas de conducta, mandarle y prohibirle acciones.

9. Sin embargo, la «representación» (subjetiva) existente en los individuos acerca de las normas jurídicas, por muy extendida que se halle, no puede calificarse también como Derecho, ni atribuírsele la capacidad de prohibir o no prohibir conductas. Las únicas que pueden hacer esto son las normas jurídicas (-penales) que, como SCHMIDHAUSER prácticamente reconoce, subyacen a esa representación valorativa existente en la población. Sólo tales normas jurídico-penales, que tienen como destinatarios a todos los ciudadanos[56] y se dirigen a ellos por medios que, si no aseguran, sí propician su conocimiento, pueden ser infringidas por dichos ciudadanos. Estos, en efecto, no infringen sus representaciones valorativas, sino las normas (auténticas, objetivas) que subyacen a aquéllas[57]. La norma secundaria no se conecta a la infracción por el ciudadano de su representación acerca de una norma, sino a la infracción de la norma en sí. Claro está que la representación valorativa del ciudadano puede ser inexacta, y, en esa medida, discrepar del auténtico contenido de la norma primaria jurídico-penal. Pero eso no afecta a la norma efectivamente infringida; ocurre, simplemente, que tales divergencias habrán de valorarse convenientemente a la hora de determinar, por ejemplo, en qué medida conocía el sujeto el contenido de antijuricidad (real, efectiva) de su hecho[58]. Las representaciones, en suma, no afectan a la «entidad

[54] SCHMIDHÄUSER, JZ 1989, p. 423.

[55] SCHMIDHÄUSER, JZ 1989, p. 424.

[56] De todos modos, hay autores que distinguen entre un «círculo formal de destinatarios» y un «círculo material». El primero vendría dado por el ámbito personal de vigencia de la ley; el segundo, por el tenor de la descripción típica (por ej. en los delitos especiales). Cfr. sobre ello KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 63 y ss.; asimismo, *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz*. Berlin/Heidelberg/New York 1979, p. 40 y ss.

[57] Es irrelevante la infracción de una representación que no esté basada en una norma real y, si se infringe una norma «real» por tener una representación inexacta de la misma, ello podrá determinar la estimación de un error de prohibición.

[58] Sobre esto, MÜLLER-DIETZ, GA 1991, p. 376, planteando dónde pueden hallarse los límites entre «conocimiento de la antijuricidad» y «error de prohibición». Además, de modo general, COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid, 1987, p. 40 y ss.

prescriptiva infringida» sino que, por el contrario, contribuyen a la caracterización del «hecho infractor»[59].

10. En conclusión, pues, puede afirmarse que las normas primarias, que se dirigen a los ciudadanos, prohibiéndoles la realización de determinados hechos, son normas jurídico-penales. Las normas primarias no son, ni cronológicamente ni en cuanto a su contenido, independientes de los enunciados penales legales (ni de las normas secundarias, por tanto). Tampoco pueden ser sustituidas por una representación social («profana») acerca de lo jurídico. No constituyen más que una interpretación de los enunciados legales, de los cuales pueden distinguirse conceptualmente, pero no en cuanto a su momento de surgimiento, contenido o naturaleza.

c) Normas primarias de mandato y prohibición. La relación de las normas primarias con las proposiciones permisivas.

1. Las normas primarias, dirigidas a los ciudadanos, pueden ser de mandato o de prohibición[60]. Entre unas y otras —entre los «mandatos» y las «prohibiciones»— hay una distinción sustancial, que desborda el ámbito de la mera formulación lingüística[61]. Tal distinción puede expresarse señalando que son «normas primarias de prohibición en sentido material» aquellas que pretenden impedir que los destinatarios de las mismas se inmiscuyan de forma especialmente grave (lesiva) en la esfera ajena de bienes jurídicos penalmente protegidos. Por su parte, son «normas primarias de mandato en sentido material» las que pretenden obtener de sus destinatarios prestaciones positivas de salvaguarda de la esfera de bienes jurídicos ajenos penalmente protegidos. Lo normal, por razones de técnica legislativa, es que las normas primarias prohibitivas adopten una forma asimismo prohibitiva (*No hagas...*) y que, consiguientemente, el supuesto de hecho de la norma secundaria aparezca con una formulación positiva (*El que hiciere...*). Igualmente, es lo normal que las normas primarias de mandato adopten una forma de mandato (*Haz...*) y que, por tanto, el supuesto de hecho de la norma secundaria aparezca con una formulación negativa (*El que no hiciere...*). Sin embargo, es posible que una norma primaria materialmente prohibitiva se exprese en foma de mandato (de alguna de las conductas alternativas) y que una

[59] Otras críticas a la postura de SCHMIDHÄUSER, en HOERSTER, *Wer macht sich Illusionen?*, JZ 1989, pp. 425-427.

[60] Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 165.

[61] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona 1986, p. 150 y ss. En sentido, en parte, similar, por ejemplo, recientemente, PHILIPPS, en *Einführung*, p. 282. Por ello estimo que no tienen razón ECKHOFF/SUNDBY, *Rechtssysteme. Eine systematische Einführung in die Rechtstheorie*, Berlín 1988, p. 65, cuando señalan que mandato y prohibición, más que diferentes clases de normas, son diferentes modos de formulación de la norma. Estos autores se centran en el aspecto formal (lingüístico) y no en el material (de incidencia sobre los destinatarios), que es a mi juicio el decisivo.

norma primaria materialmente de mandato se exprese en forma de prohibición (de todas las conductas alternativas)[62]. Todo ello obliga a analizar detenidamente cuál es la pretensión de regulación que subyace —materialmente— a la adopción por el legislador de una determinada forma. En efecto, mientras que, desde una perspectiva formal, no cabe afirmar que los mandatos limitan más la libertad de acción de los individuos que las prohibiciones, ello sí parece posible asegurarlo cuando se trata de mandatos y prohibiciones en sentido material[63]. En conclusión, la medida de la adopción de normas primarias de mandato y de prohibición (materiales) en un determinado ordenamiento proporciona una imagen fidedigna del grado de protección de los bienes jurídico-penales en el mismo y, por tanto, también de su grado de intervención sobre la esfera individual. La opción por un número mayor o menor de mandatos (en sentido material) es, por ello, asimismo, expresión de la configuración de la síntesis de fines del Derecho penal en una sociedad dada y en un determinado momento histórico[64].

2. Un problema diverso del que alude a las relaciones entre mandatos y prohibiciones, y de enorme trascendencia, es el que suscita la incidencia en el ordenamiento jurídico-penal de «proposiciones permisivas» (*Erlaubnissätze*), esto es, proposiciones cuyo sentido no es ordenar un comportamiento, ni a los ciudadanos ni a los jueces, sino autorizar a los ciudadanos la realización de determinadas conductas en determinadas situaciones[65]; en otras palabras, y en lo que al Derecho penal se refiere, las proposiciones que expresan «causas de justificación»[66]. La primera cuestión que plantea la constatación de la existencia de estas proposiciones es la alusiva a la relación en que se encuentran tales «permisiones» con las normas primarias jurídico-penales[67]. Al respecto caben, según entiendo, dos opiniones sustancialmente diversas[68]. Por un lado, la que entiende que las proposiciones permisivas poseen naturaleza autónoma respecto a las normas primarias y cumplen —entre otras— la función de mostrar como *conforme al Derecho en su conjunto* un comportamiento ya infractor de la norma primaria penal. Por otro lado, la postura que niega significado autónomo a las referidas proposiciones permisivas, concibiéndolas como *uno de los diversos elementos*

[62] Cfr. sobre estas consideraciones SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 158-159.

[63] SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 153-154.

[64] Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 146 y 55, sobre la trascendencia en estas cuestiones del tránsito del Estado liberal al Estado social.

[65] En las formulaciones usuales, se entiende al ordenamiento jurídico como integrado por enunciados que expresan mandatos, prohibiciones y permisiones: cfr., por ejemplo, BUND, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg 1983, p. 141. Sobre los diversos sentidos de las permisiones, desde una perspectiva de teoría general del Derecho, cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 184 y ss.

[66] Lo que sigue no afecta a las llamadas «causas de exclusión del injusto penal», que revisten una específica naturaleza jurídico-penal, mostrando una problemática de teoría de las normas a mi juicio más fácil de resolver en el sentido defendido en el texto.

[67] Cfr. de modo general MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 128 y ss.

[68] Cfr. la contraposición de las mismas en BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 8 y ss.

de cuya conjunta interpretación resulta el contenido y el ámbito de la norma primaria; es decir, entendiendo que las proposiciones permisivas, junto a las contenidas en los enunciados de la Parte especial, constituyen la base cuya interpretación conjunta nos proporciona el mensaje prescriptivo concreto (pero general) de la norma primaria[69].

3. En la defensa de la primera postura indicada se ha significado WELZEL, aunque son muchos los autores que han adoptado la misma línea argumentativa. En opinión de WELZEL, la infracción de la norma (primaria) convierte a una determinada conducta en «antinormativa»[70]. Sin embargo, ello no significa todavía que sea antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto[71]. Cabe, por contra, que a la norma primaria se oponga un enunciado permisivo autónomo, que muestre esa conducta como conforme con el conjunto del ordenamiento e impida que de la norma abstracta (general) se derive para el sujeto un *deber jurídico concreto* de actuar en tal sentido[72]. El «deber» es, pues, la concreción de la norma sobre un individuo determinado en una situación concreta, y su surgimiento depende tanto de la existencia de una norma como de que a ella no se oponga ninguna proposición permisiva[73].

> En España defiende este punto de vista claramente, por ejemplo, CEREZO MIR. Baste para probarlo la transcripción de los siguientes textos de su Curso de Derecho penal: «Las causas de justificación llevan implícito un *precepto permisivo, que interfiere las normas de carácter general,* mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita. Se habla de preceptos permisivos o autorizaciones desde la perspectiva del Derecho penal, pues *se trata de preceptos independientes, que persiguen sus propios fines...*»[74]. «La concurrencia de un precepto permisivo impide que de la norma de carácter general se derive un deber jurídico para el sujeto»[75].

---

[69] Sobre los problemas de la permisión, analizados en la perspectiva de la teoría general del Derecho, ECKHOFF/SUNDBY, *Rechtssysteme,* p. 65; ALCHOURRON/BULYGIN, *Permission and permissive Norms,* en Theorie der Normen. Festgabe für O. Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, pp. 349-371, en especial p. 368 y ss.

[70] WELZEL, *Strafrecht,* 11.ª ed., p. 80.

[71] La antijuricidad —dice WELZEL, *Strafrecht,* 11.ª ed., p. 50— «es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no simplemente con una norma singular)».

[72] Cfr. WELZEL, *Strafrecht,* 11.ª ed., p. 50. Sobre todas estas consideraciones también, por ejemplo, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes,* p. 238 y 55, p. 250: «La permisión impide la concreción de la norma en deber» y p. 259, poniendo claramente de relieve que el enunciado permisivo es autónomo frente a la norma prohibitiva y no se limita a constituir la delimitación negativa de la misma; MAURACH, *Tratado,* I, p. 361-362; JESCHECK, *Lehrbuch,* 4.ª ed., p. 289-290.

[73] Cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes,* p. 282, sobre la definición de deber, y p. 250.

[74] CEREZO MIR, *Curso,* 3.ª ed., p. 403 (los subrayados son míos). También así JESCHECK, *Lehrbuch,* 4.ª ed., p. 290 indicando que las proposiciones permisivas «constituyen proposiciones jurídicas autónomas cuya principal misión no es justificar algo prohibido, sino servir a fines propios y de más vasto alcance».

[75] CEREZO MIR, *Curso,* 3.ª ed., p. 310 nota 27.

La posición mencionada en segundo lugar[76] suele ser mostrada en las caracterizaciones doctrinales como inscrita en la tradición de la llamada «teoría de los elementos negativos del tipo»[77]. Ello no es, desde luego, errado. Sin embargo, a mi juicio cabe sostener la tesis aludida acerca de la relación entre norma primaria y proposiciones permisivas sin que por ello deba concluirse necesariamente, como hace la teoría de los elementos negativos del tipo en su formulación clásica, que se da una total uniformidad valorativa en el seno de las conductas penalmente no prohibidas[78], esto es, que lo jurídico-penalmente irrelevante y lo (jurídico-penalmente) permitido describen realidades equivalentes y, en consecuencia, es innecesario distinguir entre las conductas penalmente atípicas y las justificadas. Más adelante trataremos de mostrarlo. Baste ahora señalar que uno de los más significados defensores de esta tesis normológica en España —MIR PUIG[79]— adopta precisamente una postura significativamente matizada con respecto a ciertos postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo[80].

> Una postura en cierto modo intermedia es la que sostiene que los enunciados permisivos (normas de autorización) no integran la base de la que se obtiene la norma penal primaria, sino que constituyen, por sí solos, normas penales *completas*, si bien *no independientes*, sino referidas a los imperativos que se obtienen de las formulaciones típicas, careciendo de significado por sí solos[81]. Sería un punto de coincidencia con la primera postura la afirmación de la existencia de normas permisivas completas; en cambio, se discreparía de ella al no atribuírseles significado autónomo y funciones trascendentes a la de formular una excepción a la prohibición. Sería un punto de coincidencia con

[76] Que ya puede advertirse en una primera toma de postura de Binding, postura que, sin embargo, este autor modificó poco después, pasando a convertirse en uno de sus más acérrimos contradictores. Cfr. sobre este cambio de postura de Binding, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 239. Por lo demás, en favor de estimar que los «Erlaubnissätze» no son autónomos, sino dependientes (*unselbständig*) de los imperativos, cfr. ENGISCH, *Auf der Suche*, p. 27, 46 y 49: «toda autorización está vinculada a la intervención de imperativos, sin los cuales no es posible una autorización.».

[77] Cfr., por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 8-9.

[78] Críticamente, WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., p. 81-82, indicando que tal doctrina desconoce las esenciales diferencias valorativas entre lo «permitido» y lo «jurídicamente irrelevante». (Aunque Welzel debería haber señalado, más bien, «entre lo permitido y lo jurídico-penalmente irrelevante» pues la atipicidad penal no implica irrelevancia para otros sectores del ordenamiento, como es obvio).

[79] Cfr. ya MIR PUIG, *Introducción*, p. 55 : «...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» (subrayados en el original). Cfr. también *Adiciones de Derecho español al Tratado de Jescheck*, p. 454. Estas afirmaciones iban dirigidas, en aquel contexto, a sostener la naturaleza imperativa de todas las normas penales. Sobre esta problemática cfr. el estudio que aquí se realiza *infra*, d).

[80] Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 129, indicando que a la tipicidad le corresponde una «función de llamada» o de «advertencia» específica acerca de qué comportamientos son penalmente relevantes, porque afectan a bienes jurídicos protegidos en principio por el Derecho penal.

[81] Cfr. por ejemplo OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 172 y ss., —desarrollando una concepción global sobre el supuesto carácter completo o incompleto de las disposiciones de la Parte General y Especial del Código penal— p. 174, en particular sobre lo que aquí interesa, p. 178-180; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid 1984, p. 132-133.

la segunda postura la afirmación de ese carácter referido de las mismas respecto a los imperativos, que les haría participar de su propia naturaleza; en cambio se discreparía de la misma, al entender que la norma permisiva no forma parte de la norma prohibitiva o de mandato, sino que constituye «una excepción, un permiso, una limitación al alcance de aquélla»[82].

4. El eje de la primera postura lo constituye, según creo, la distinción entre «norma» y «deber». Desde tal punto de vista, la norma tiene carácter general, abstracto. Sin embargo, que de ella se derive o no un deber para el ciudadano concreto depende de que esa norma carezca de la contraposición valorativa representada por una proposición permisiva, o bien exista tal permisión aplicable al caso. De ocurrir lo último, no surgirá para el ciudadano un «deber de omitir lo prohibido» (o de «realizar lo mandado»). La permisión impide que la prohibición se concrete en deber, pero no la excluye, sino que aquélla, en abstracto, continúa concurriendo. Una construcción así plantea, según creo, no pocos problemas[83]. Por un lado, estimo inexacta la denominación de «norma prohibitiva» (*Verbotsnorm*) aplicada a una norma de la que no se sabe todavía si se le va a oponer o no una permisión. Esa norma *todavía* no prohíbe ni deja de prohibir nada (aunque ciertamente sí pueda expresar la *valoración* de una determinada conducta como penalmente relevante). Tampoco creo que se resuelva el problema afirmando que es una norma que prohíbe en general, en abstracto. En primer lugar, porque las prohibiciones (o mandatos) jurídico-penales, si desean alcanzar a sus destinatarios y mostrarles pautas de conducta, deben dirigírseles en la situación concreta (obviamente generalizada en la formulación de las normas), pues, de lo contrario, son ineficaces. En segundo lugar, porque si la prohibición abstracta fuera una auténtica prohibición se haría difícil no advertir una contradicción entre tal prohibición del hecho y su posterior permisión (en concreto)[84].

---

[82] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 179-180. Aunque, evidentemente, como prueba el fragmento antes transcrito de MIR PUIG, también desde la perspectiva de la segunda postura se ve en los enunciados permisivos una limitación del alcance de la norma; lo que ocurre es que esa limitación se entiende existente desde el principio y de modo general, y no surgida posteriormente con alcance para casos concretos. Como señala MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 85-86, «... no se trata sólo de que la *concreta* acción justificada deje de estar prohibida excepcionalmente en el caso particular, sino de que toda acción que realice el tipo *abstractamente descrito* de una causa de justificación deja de estar prohibida en cuanto perteneciente a aquel tipo abstracto. La clase de conducta justificada deja de estar prohibida de *forma general*».

[83] Sobre ello, por ejemplo, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas sobre la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid 1963, p. 48.

[84] De hecho, la existencia de una contradicción, para él sólo aparente, la admite Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 249: «Este acto concreto está a la vez prohibido —caracterizado por los elementos de la acción de la prohibición (abstracta)— y permitido —afectado por los elementos de la proposición permisiva entendida en abstracto. Tal expresión no contiene contradicción alguna, pues sólo significa que una concreta acción muestra los elementos de dos conceptos distintos». A juicio de Armin KAUFMANN, la contradicción existiría, en cambio, si ambos términos se emplearan en concreto; pero en el plano concreto sólo se dice si hay deber (y el hecho está, por tanto, según la terminología usual, prohibido) o si no lo hay (y el hecho está, en la terminología usual, permitido). A mi juicio, sin embargo, todo ello elude

Ocurre, sin embargo, que ningún hecho se comete en abstracto, sino en concreto, por lo que la afirmación de su carácter prohibido en abstracto no puede tener un sentido regulador de conductas, sentido que sólo puede corresponderle a la prohibición (o permisión) en concreto. En otros términos, la prohibición «abstracta» no puede ser tal en el sentido «propio» de norma de determinación de conductas, sino sólo en el de norma de valoración. En dicho sentido meramente valorativo sí puede afirmarse con facilidad su existencia autónoma y en el plano abstracto porque, como advierte MIR PUIG, «la lesión del bien jurídico es ya susceptible de ser valorada en sí misma de forma negativa»[85], y, por tanto, la tipicidad puede verse como una forma de antinormatividad (contrariedad al enunciado valorativo)[86]. Sin embargo, a la hora de establecer las reglas de determinación concreta de las conductas de los destinatarios, junto a esas valoraciones inciden otras —de signo diverso— a las que también debe prestarse atención.

5. Lo que las anteriores consideraciones tratan de poner de manifiesto es que resulta ineludible la afirmación de la eventual existencia de una colisión, de una confrontación de proposiciones. Ocurre, sin embargo, que, para que tal colisión no redunde en la afirmación contradictoria de que algo está prohibido y permitido a la vez (aunque se señale que está prohibido en abstracto y permitido en concreto), dicha colisión no puede mostrarse como externa a la norma, entre norma primaria (prohibitiva, por ej.) y proposición permisiva, sino interna a la misma[87]. A mi juicio, la colisión se produce realmente entre la valoración de un hecho como lesivo para un bien jurídico-penal (y, por tanto, penalmente relevante) y su valoración como mal menor, medio adecuado para el logro de un fin justo[88]. De la síntesis de estas valoraciones contrapuestas surge la norma: ésta y sólo ésta es la que puede convertirse ya en pauta de conducta general, prohibiendo o dejando de prohibir determinados hechos en determinadas situaciones. Esta es la única que puede pretender eficacia preventiva. Las normas, en suma, serían la expresión de la síntesis de valoraciones contrapuestas. En el caso del homicidio, del desvalor general del hecho de matar a otro y el valor general de las acciones que evitan un mal mayor, constituyen la defensa frente a una agresión, etc.

Naturalmente, ello no significa que las proposiciones permisivas no puedan cumplir otros fines extrapenales trascendentes a su misión de contribuir a con-

con dificultad la impresión contradictoria, algo que se eludiría fácilmente si se concluyera que, en el plano abstracto, y antes de resolver el conflicto de la proposición tipificadora y la proposición permisiva, no hay todavía auténtica «prohibición» sino tan sólo dos juicios de valor contrapuestos y necesitados de una puesta en relación y de la correspondiente síntesis.

[85] A mi juicio, mejor: la conducta que dolosa o imprudentemente lesiona un bien jurídico es ya susceptible de ser valorada en sí misma de forma negativa.

[86] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 86.

[87] Admitiendo la idea de colisión, pero presentándola como colisión «externa» entre norma y proposición permisiva, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 253 y 255.

[88] Sobre estos diversos juicios de valor contrapuestos, cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 286; también MAURACH, *Tratado*, I, p. 361.

formar el contenido de la norma prohibitiva. Pero, por otro lado, es cierto que en su incidencia sobre ésta adquieren una especial configuración. Así, por un lado se observa cómo las mismas limitan la trascendencia regulativa de conductas del enunciado desvalorativo que recae sobre los hechos de matar, por ejemplo. Pero, por otro lado, la confrontación con los enunciados desvalorativos de los hechos lesivos de bienes jurídico-penales también tiene efectos sobre los enunciados permisivos. Estos, en efecto, en su limitación de la prohibición, tienen un alcance menor del que tendrían en general como juicios de valor sobre las conductas defensivas o necesarias. En el ámbito penal, al contribuir a limitar el alcance de la prohibición de hechos lesivos de bienes jurídico-penales, se proyectan sobre ellas nuevos requisitos (piénsese, por ejemplo, en los requisitos específicos de la legítima defensa o el estado de necesidad en materia penal)[89]. En definitiva, no es sólo que los enunciados permisivos limiten a los enunciados desvalorativos de hechos penamente relevantes, privándoles en algunos casos de efecto prohibitivo, sino que también los enunciados desvalorativos de hechos penalmente relevantes limitan a los enunciados permisivos, privándoles de efecto excluyente de la prohibición en otros casos. Así se advierte plenamente cómo la norma penal primaria resulta de la síntesis de unas y otras proposiciones.

Por lo demás, estimo que este planteamiento no es tan sustancialmente distinto al de la otra postura como se ha pretendido. Para aproximarlos, bastaría, por un lado, con que dicha postura se concretara en la atribución del centro de la función regulativa al «deber», mientras que «*Verbotsnorm*» y «*Erlaubnissatz*» se hallarían en un plano previo e interno, valorativo, configurando el ámbito del deber; y, por otro lado, con que el deber pasara, de designar una directriz concreto-individual, a expresar una pauta de conducta concreto-general. A ese «deber» expresado en términos general-concretos se le denominaría, de conformidad con la postura aquí sostenida, norma primaria.

6. De la concepción que se ha tratado de mostrar resulta que la motivación de la norma en contra de la realización de determinados hechos no alcanza a aquellos que están amparados por proposiciones permisivas[90]. A mi juicio, esto es lo coherente con una concepción del Derecho penal como regulador de conductas. «Un tal Derecho penal —apunta MIR PUIG— no puede permitir una clase de conductas y al mismo tiempo seguir pretendiendo evitarlas mediante la

[89] Un ejemplo claro son las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, que impiden que la actuación defensiva tenga lugar de modo permitido en ciertos casos de grave desproporción, frente a agresores inimputables, etc. Además, sucede que hay realizaciones típicas (ej. delitos contra la vida u otros bienes personalísimos), frente a las que la eficacia de los enunciados permisivos será necesariamente menor.

[90] En cambio, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 134-135, interpreta que se trata de motivar a «no matar» de modo general, puesto que el matar afecta a un valor social. Lo que ocurre es que, según entiendo, en ocasiones el matar puede realizar también valores sociales (afirmar el ordenamiento jurídico, defender los bienes del agredido) y si éstos se estiman superiores, no parece lógico que, en tal situación, se motive en contra de matar.

conminación penal»[91]. Lo contrario sería sembrar la confusión entre los destinatarios en un ámbito crucial, con consecuencias abiertamente negativas para la pretendida función de ordenación social. En efecto, la superposición de «norma» y «deber» puede hacer pensar que la norma abstracta sigue motivando en contra de matar incluso en los casos en que concurre una permisión (y, por tanto, falta el deber), de modo que se transmitiría un mensaje del tipo de «No tienes deber de no matar, pero ten presente que está prohibido matar», sobre cuyo carácter confuso debe insistirse[92]. De ser así las cosas, habría que interpretar que el ordenamiento, pese a no poder imponer el deber de no matar, seguiría intentando que no se matara. A mi entender, sin embargo, el ordenamiento sólo puede incidir sobre los destinatarios mediante la prohibición o no prohibición y aquí no caben actitudes intermedias que, en el fondo, son las que se muestran en esa prohibición abstracta no seguida de la imposición de deber concreto. Como apunta MIR PUIG, la prohibición «es el modo que tiene el Derecho preventivo de expresar la voluntad de que no se realicen conductas lesivas para bienes jurídicos»[93].

7. Todos estos problemas quedan excluidos en la concepción aquí seguida, en la que, desde el principio, no se prohíbe genéricamente matar, sino sólo matar en las situaciones A, O, C,... N, (todas las no comprendidas por las permisiones), con lo que se transmite un mensaje claro e inequívoco a los destinatarios acerca de la cuestión fundamental: qué es lo prohibido y qué lo no prohibido. Por ello, no creo —a diferencia de GÓMEZ BENÍTEZ— que se produzca aquí «una confusión valorativa, perjudicial en última instancia para el efecto motivacional y de prevención general que cumplen las normas penales»[94]. En efecto, no advierto —como este autor— que se produzca una motivación hacia la utilización de las causas de justificación en lugar de hacia la evitación de acciones dirigidas a producir resultados típicos[95]. Lo que ocurre es que la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación. En cuanto a la utilización de las causas de justificación, no creo que se motive en favor de utilizarlas; más bien las mismas sólo contribuyen a delimitar negativamente el auténtico objeto de la motivación normativa. En cambio, me parece correcto afirmar que lo que ocurre, más bien, es que desde la tesis contraria

[91] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 86.

[92] Cfr. BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht*, AT, 4.ª ed., München 1987, p. 52, expresando una concepción reticente sobre el sentido de la justificación, al caracterizar la lesión permitida de un bien jurídico como un «suceso doloroso». A su juicio, el sujeto habría de tratar, siempre que le fuera posible, de renunciar a ello.

[93] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 86.

[94] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, DP PG, Madrid 1984, p. 301.

[95] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 301-302.

sí se pretende una motivación en contra de tal utilización (desde la «norma abstracta»), lo que como he señalado, resulta contradictorio y perturbador en la esfera de la motivación.

8. Por lo demás, la posición que tratamos de sostener tiene la ventaja de que desde ella es posible dar satisfacción a la muy legítima pretensión que subyace a la tesis contraria: que se deje en claro la diferencia existente entre los casos en que falta el deber por la concurrencia del permiso y aquéllos en que falta la propia vulneración de la norma abstracta (esto es, entre lo permitido y lo penalmente irrelevante)[96]. Dicho con otras palabras: que se ponga de relieve la diferencia valorativa entre los hechos atípicos y los justificados, entre aquéllos a los que no es es imputable la lesión de un bien jurídico-penal y aquéllos a los que sí se les puede imputar, pero lo han realizado amparados por una permisión. Ello es ciertamente legítimo y, como he dicho, puede ser atendido también desde esta posición. Yerran, por tanto, según creo, quienes estiman que acogerla conduce ineludiblemente a estimar que vale lo mismo para el Derecho penal *la vida del hombre que agrede a otro que la vida de un mosquito*. La prueba evidente de que no valen lo mismo es que la conducta lesiva de la vida del mosquito no se prohíbe en ningún caso y la conducta lesiva de la vida del agresor se prohíbe salvo en los casos en que concurra una situación de legítima defensa de muy precisas características. Por lo demás, entiendo que plantear las cosas así es fomentar el equívoco. Porque resulta que la vida del mosquito no tiene valor alguno para el Derecho penal, mientras que la del agresor sí vale, tanto como la de cualquier otra persona, para el Derecho penal. Lo que ocurre es que, en la situación de agresión, el valor de esa vida pasa a ponderarse con otros valores que también lo son para el Derecho penal: la defensa de los bienes del agredido, la afirmación del ordenamiento jurídico. De esa ponderación resulta la concreta norma de conducta que, ciertamente, coincide con la relativa al mosquito: No está prohibido matar al mosquito; no está prohibido matar al agresor en las circunstancias precisas de una legítima defensa. Ahora bien, que el producto sea idéntico, no significa que los factores por los que se ha obtenido sean los mismos. Así, que la norma primaria de conducta se configure como hemos señalado —y no de otro modo— no excluye la persistencia clara de los enunciados (a mi juicio, valorativos, y por tanto sin una incidencia directa en la regulación de conductas) según los cuales determinados hechos son especialmente graves, por afectar a bienes jurídico-penales. De todos modos, no obstante, en relación con lo anterior deben hacerse algunas precisiones. Por un lado, debe afirmarse que los hechos atípicos y los justificados tienen en común el no estar prohibidos penalmente y, por tanto, el hallarse sometidos a un régimen idéntico de consecuencias jurídico-penales. La tipicidad, por sí sola, no desencadena ningún efecto

[96] Cfr. MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 85 y 87.

jurídico si a ella no se une la ausencia de causas de justificación; un comportamiento atípico y uno justificado son «tratados» exactamente igual por el Derecho penal. De ahí que, cuando se habla de una «función de llamada» del tipo, ello deba interpretarse más como una referencia valorativa que como una pretensión de incidencia directa sobre el comportamiento de los ciudadanos[97]. La afirmación de que matar a otro está desvalorado penalmente no genera todavía ningún mensaje prescriptivo para los ciudadanos. Más bien, se limita a formular en términos generales el valor que una sociedad atribuye a determinado bien. Ello es lo único que cabe constatar, dada la ausencia de mecanismos jurídicos directamente encaminados a hacer que tal formulación trascienda a su naturaleza de juicio de valor. Sin embargo, incluso el papel de referencia valorativa autónoma puede ponerse en duda en ocasiones, en la medida en que la distinción entre hechos atípicos y no antijurídicos no es siempre sencilla, como muestran la discusión sobre la adecuación social, el consentimiento, las causas de justificación reguladas en las propias descripciones de delito de la Parte especial, los llamados elementos de valoración global del hecho, etc.

9. Todo ello no significa —lo hemos señalado insistentemente— que la tipicidad no constituya un nivel valorativo propio. La identidad de consecuencias jurídicas no significa, ciertamente, que no nos hallemos ante fenómenos diversos.

> Si bien para una dogmática exclusivamente orientada a las consecuencias (por intrasistemáticas que éstas sean) la diferenciación entre comportamiento atípico y comportamiento típico pero justificado podría relativizarse al máximo, la cuestión puede variar tan pronto como se introduzca una orientación a valores. La existencia de una conducta dolosa o imprudente lesiva de un bien jurídico-penal tiene un significado valorativo que no cabe desconocer (ingerencia profunda, la más profunda, en la esfera de libertad de otra persona). Ello no se da en ningún hecho atípico, que, aunque constituya un ilícito civil o administrativo, no tendrá el sentido de tan grave ingerencia. Sin embargo, esto no significa —y enseguida insistiré en ello— que toda conducta típica y justificada tenga un significado desvalorativo mayor que el de un hecho atípico, como parece pretender WELZEL con su famoso «ejemplo del mosquito». En efecto, hay hechos penalmente atípicos —ilícitos civiles o administrativos— cuyo contenido de desvalor no compensado por aportación positiva alguna puede ser significativamente mayor que el de un hecho penalmente típico cuyo significado valorativo negativo se vea compensado por una aportación positiva (del mismo hecho) en términos de justificación.

Lo que sí está claro, en primer lugar, es que la diferenciación entre hechos atípicos y hechos típicos pero justificados se encuentra en un plano subordinado

[97] Ahí se hallaría, según creo, la diferencia entre JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 290, y MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 129, aunque ambos auden a la «*Appelfunktion des Tatbestandes*» (función de llamada del tipo). En efecto, MIR PUIG admitiría, según creo, que el tipo constituye un nivel valorativo jurídico-penal autónomo; hasta ahí acanzaría el acuerdo. En cambio, no compartiría (yo, desde luego, no lo comparto) la atribución por Jescheck de un contenido preventivo-general a esa función de llamada.

frente a la distinción fundamental entre hechos penalmente prohibidos (y eventualmente no culpables) y hechos penalmente no prohibidos. En segundo lugar, que, como referencia valorativa, no siempre es fácil de delimitar. Y, en tercer lugar, que es preciso reflexionar sobre las posibilidades de atribuir relevancia, por vía dogmática, a tal diferencia valorativa entre los hechos atípicos y los justificados. Tales mecanismos dogmáticos no necesariamente han de pasar por estimar que el error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación (error de tipo permisivo, o de tipo negativo, según las terminologías) es un error de prohibición[98]. Otra vía podría ser, por ejemplo, la consistente en aumentar las exigencias para afirmar la invencibilidad de tal error (respecto a las del error de tipo)[99].

> En todo caso, no se sientan las mejores bases para un adecuado planteamiento y resolución del problema si se insiste mecánicamente en la frase de WELZEL de que no es lo mismo matar a un mosquito que matar a un hombre en legítima defensa[100]. En primer lugar, porque ello es tan obvio que parece difícil que alguien se haya atrevido jamás a discutirlo. En segundo lugar, porque, pese a todo, ambos casos tienen idénticas consecuencias jurídico-penales; lo que podría hacer pensar que, para el Derecho penal, ambos casos son «más» «lo mismo» que, por ejemplo, el caso de matar a otro en legítima defensa y el caso de matarlo en estado de enajenación mental. En tercer lugar, porque WELZEL, significativamente, no toma cualquier hecho penalmente atípico, sino un hecho, además, totalmente irrelevante para el Derecho en general —civil, administrativo—, como es matar a un mosquito, y lo contrapone al hecho típico más grave (matar a un hombre). En realidad, los hechos atípicos y los justificados se encuentran en múltiples ocasiones mucho más próximos. Piénsese, por ejemplo, en una defraudación a la Hacienda pública de 4.999.999 ptas. (ilícito tributario), y otra defraudación de 5.000.001 ptas. en estado de necesidad (hecho penalmente típico pero justificado). Cabe perfectamente que un hecho penalmente atípico, si constituye un ilícito civil o administrativo, resulte mucho más trascendente jurídicamente que un hecho penalmente típico pero no prohibido.

Para concluir debe señalarse que todas estas cuestiones se han discutido, fundamentalmente, en el ámbito de la teoría del delito, a la hora de decidir el tratamiento más adecuado para los casos de error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación. A ese lugar me remito para ulteriores consideraciones sobre este tema[101].

---

[98] Cfr. sobre esto CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 311.

[99] En efecto, dado que el sujeto que obra típicamente ya sabe que se halla ante un bien jurídico, debería ser especialmente cuidadoso a la hora de apreciar si concurren o no los presupuestos de una causa de justificación. Ello permitiría elevar normativamente el nivel de exigencia para apreciar la invencibilidad de un error sobre tales presupuestos. En contra de establecer tal diferenciación, sin embargo, KÜPPER, *Grenzen*, p. 174.

[100] WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª ed., p. 81 : «La concurrencia de la legítima defensa tiene, según ella (*scil. la teoría de los elementos negativos del hecho*) el mismo significado que la ausencia de un elemento típico: la producción de la muerte de un hombre en legítima defensa no sería jurídicamente cosa distinta que la causación de la muerte de un mosquito».

d) El contenido valorativo e imperativo de las normas primarias jurídico-penales.

1. Una de las discusiones que, en materia de teoría de la norma jurídico-penal[102], con mayor intensidad han ocupado a la doctrina es la relativa a si aquélla se configura como una «norma de valoración» o bien como una «norma de determinación», esto es, como un imperativo[103]. Según la tesis de la «norma de valoración», las normas jurídico-penales contienen un mero juicio de valor, sin pretender determinar la conducta de los destinatarios; expresan un mero «deber ser impersonal», en virtud del cual se limitan a caracterizar como «deseables» o «indeseables» (valiosos o desvaliosos) ciertos estados o acontecimientos[104]. En cambio, según la tesis imperativista, las normas jurídico-penales expresan, ante todo, mandatos y prohibiciones, esto es, «normas de conducta» con las que pretenden determinar el comportamiento de los destinatarios[105].

2. El móvil quizá fundamental de esta discusión lo han constituido las repercusiones de la misma sobre la teoría de la antijuricidad. En efecto, desde la perspectiva de una concepción meramente valorativa de la norma no hay problemas para una construcción objetiva de la antijuricidad, como relación de contrariedad a la norma[106].

> Como señala MEZGER, «objeto de esta valoración jurídica puede serlo todo: la conducta de seres humanos capaces e incapaces de acción, culpables y no culpables, la conducta de otros seres animados, los acontecimientos y estados del mundo circundante, que si bien no proceden directamente de seres animados, siempre aparecen referidos a la convivencia humana. Hay también estados antijurídicos y estados conformes al Derecho. A esta concepción del Derecho corresponde la de la antijuricidad, la del injusto, como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una *lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración*[107]».

---

[101] Las tesis sostenidas en el texto las estimo aplicables, *mutatis mutandis*, a las llamadas «causas de exclusión del injusto penal».

[102] Primaria, porque el carácter imperativo de la norma secundaria no parece ofrecer problemas: cfr. KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 25.

[103] Para el planteamiento de la discusión, cfr. COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 211.

[104] Cfr. MEZGER, *Tratado*, I, p. 340. Por lo demás, sobre esta tesis, JESCHECK, *Tratado*, I, p. 319; MIR PUIG, *Introducción*, p. 53; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 93 y ss; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 42.

[105] Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 319; MIR PUIG, *Introducción*, p. 54 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO *Sobre el concepto*, p. 97 y ss.; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 42. Una descripción desde perspectivas críticas en COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 211-212.

[106] Lo ponen de relieve, por ejemplo, JESCHECK, *Tratado*, p. 318 y 55; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 93-94; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, p. 17-18.

[107] MEZGER, *Tratado*, I, p. 340-341. De todos modos, debe señalarse que si las normas fueran simplemente de valoración no habría razón de peso para la exigencia de una acción humana en el nivel sistemático de la antijuricidad. Si, en términos de Mezger, lo decisivo como objeto de valoración son los «estados», habría de resultar indiferente que en su origen hubiera un acto voluntario o no. Esa voluntariedad general

En cambio, si la norma adquiere una configuración imperativa, parece ineludible la inclusión de ciertos elementos subjetivos en la infracción de la misma. Lo comentamos sucintamente. En primer lugar, resulta evidente que no se pueden tomar como objeto de la norma meros estados, procesos de la naturaleza, resultados: éstos, si bien pueden ser valorados, no pueden ser prohibidos, pues no entran dentro de lo que se puede «determinar», esto es, evitar a través de la incidencia de normas. Lo mismo vale, en segundo lugar, para procesos humanos que no revisten el carácter de acción: tampoco éstos entran dentro de lo que se puede evitar dirigiendo normas a los ciudadanos y, por tanto, no pueden ser prohibidos. La prohibición (al igual que el mandato) sólo puede tener por objeto, pues, conductas humanas, esto es, procesos que revisten el carácter de «acción». Ahora bien, ni siquiera esto es suficiente. Hay «acciones» que producen el resultado lesivo de modo fortuito, de modo que, al no producirse una participación subjetiva en la dirección de las mismas hacia la lesión, tampoco entran dentro de lo que se puede evitar y, por ello, prohibir. Sí cabe prohibir la realización dolosa o imprudente de conductas potencialmente lesivas para bienes jurídicos, pues tanto la conducción dolosa del proceso lesivo como la conducción imprudente del mismo pueden perfectamente evitarse (desistiendo del intento o aplicando mayor diligencia). Sólo conductas dolosas o imprudentes pueden, por tanto, constituir el objeto de una norma primaria jurídico-penal concebida como imperativo[108]. Con todo, el tema es objeto de polémica y, precisamente, la necesidad, desde perspectivas imperativistas, de incluir elementos subjetivos en el objeto de la norma y la posibilidad de que ello conduzca a una confusión entre los niveles sistemáticos de la antijuricidad y la culpabilidad ha constituido uno de los argumentos críticos contra las concepciones en mayor o menor medida tributarias de la clásica «teoría de los imperativos». A continuación trataremos de pasar revista al debate, exponiendo los términos de acuerdo y de discrepancia existentes en la materia.

3. En primer lugar, debe ponerse de relieve la existencia de un acuerdo doctrinal generalizado acerca de que la norma jurídico-penal expresa una valoración, esto es, que constituye, en esa medida, una «norma de valoración». Ello lo acogen también los partidarios de la concepción imperativa, por entender —razonablemente— que, si algo se prohíbe u ordena, ello es porque previamente se ha producido una valoración positiva del hecho ordenado, o negativa del hecho prohibido[109].

---

tendría que desplazarse a la culpabilidad (según el esquema de este autor) junto con el dolo y la imprudencia. Sin embargo, ya von Liszt comienza su análisis del delito por la acción humana, no sólo como mero factor causal, sino también con el elemento de la voluntad. De ello podría extraerse alguna enseñanza.

[108] Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 58, señalando que la consecuencia dogmática más importante de la concepción imperativa de la norma penal es la de incluir el dolo en el centro del injusto.

[109] Sobre ello, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones*, p. 46; VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 44. También, desde una perspectiva de teoría general del Derecho, ECKHOFF/SUNDBY, *Rechtssysteme*, p. 59.

> Así, un partidario de la concepción valorativa, como RODRÍGUEZ MOURULLO, señala: «Cuando se impone a una determinada sociedad una norma jurídica, se está imponiendo un juicio de valor. Evidentemente, cuando se establece que a un determinado hecho debe seguir una determinada consecuencia jurídica, es porque ese hecho se valora de determinada manera desde la perspectiva de la convivencia social (...). La norma jurídica desarrolla un punto de vista sobre la justicia y, por eso mismo, implica siempre un juicio de valor»[110]. Y un partidario de la concepción imperativa, como MIR PUIG, afirma: «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. Eso es lo que distingue un mero *deseo* de una *norma* vigente»[111].

Dada esta coincidencia básica, la cuestión a debatir es si el Derecho contiene simplemente un conjunto de juicios de valor, o bien expresa asimismo un conjunto de imperativos. A este respecto, también puede afirmarse la existencia de una coincidencia general en la doctrina acerca de que las normas jurídico-penales incluyen un elemento de determinación.

> Como apunta RODRÍGUEZ MOURULLO, «la norma penal no es un puro juicio de valor, sino también imperativo, que presiona sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social»[112]. Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ: «...la norma no puede concebirse simplemente como un juicio de valor porque, en tal caso, no pasaría de ser un simple deseo o exhorto.»[113] (...) «La norma es un *deber ser imperativo* porque hay un valor que debe ser realizado en una conducta; es imperativo, imposición, porque impera sometiendo lo espontáneo a un orden»[114].

Sin embargo, la obtención de este segundo punto de acuerdo no significa que se haya superado el debate acerca del contenido valorativo o imperativo de la norma jurídico-penal. Por un lado, porque ciertas concepciones que admiten el «aspecto de determinación» de la norma jurídica lo entienden en un *sentido diverso* del acogido por la corriente imperativista. Por otro lado, porque, desde otras perspectivas, el aspecto de determinación (denominado incluso «imperativo») de la norma jurídico-penal se remite al ámbito sistemático de la culpabilidad,

---

[110] RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 77. Vid. también, por ejemplo, BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª ed., p. 34-35.

[111] MIR PUIG, *Introducción*, p. 57. Cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 87.

[112] RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 77. También p. 324, indicando que la norma «no se limita a decir esta acción es ético-socialmente valiosa y esta otra es ético-socialmente disvaliosa» sino que actúa «sobre los ciudadanos como regla de conducta, *imponiendo* determinadas actuaciones o abstenciones» añadiendo que «desde este punto de vista, la norma jurídica es ante todo, y en definitiva, un imperativo».

[113] BAJO FERNÁNDEZ, *Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma*, en Estudios penales, I, Santiago de Compostela 1977, pp. 9-49, p. 22.

[114] BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 23. Cfr. también BOCKEMANN/VOLK, AT, 4.ª ed., p. 35, caracterizando a la norma como «*generalisierender Imperativ*».

con lo que la antijuricidad permanece como contradicción con la norma objetiva de valoración. A continuación analizaremos estas cuestiones.

4. El primero de los dos puntos de vista mencionados aparece, por ejemplo, en la concepción de LARENZ de la norma jurídica (general) como «norma de determinación»[115], distinta tanto de las proposiciones enunciativas como de los imperativos. Para LARENZ, si bien todas las normas jurídicas son normas de determinación (*Bestimmungen*), ello no significa que pueda contemplárselas como imperativos, en el sentido de la «teoría de los imperativos». A diferencia de éstos, la «determinación» no toma como objeto —inmediato— el comportamiento de otras personas con el fin de influir sobre el mismo, sino que en primera instancia pretende que «lo dispuesto sea aceptado en adelante como regulativo» que «valga» en sentido normativo[116]. Lo decisivo es, pues, la pretensión de validez, la orden de validez. Su efecto, la validez de lo dispuesto, acontece en el ámbito de lo normativo, de los hechos o relaciones jurídicas, a diferencia de los mandatos o prohibiciones, cuyos efectos tienen lugar en el ámbito de lo que de hecho sucede.

> Según entiendo, la aceptación de estas observaciones acerca de la norma jurídica en general no obligaría tampoco, necesariamente, a rechazar una concepción imperativista estricta de la norma penal. En realidad, el propio LARENZ reconoce que, siendo todas las proposiciones jurídicas «normas de determinación» (*Bestimmungssätze*), hay muchas que contienen mandatos y prohibiciones y son, por ello, además imperativos (órdenes)[117]. Podría, pues, con MIR PUIG, entenderse que el aspecto valorativo (e incluso de «determinación» en el sentido expuesto) es el común a todas las normas jurídicas y que, en cambio, el aspecto estrictamente imperativo es el específico de todas las normas penales (y, obviamente, también de otras no penales)[118], por razón de las precisas funciones que éstas han de cumplir. En otras palabras, podría sostenerse que la conclusión acerca de la naturaleza de la norma jurídica en general y de la norma jurídico

[115] LARENZ, *Der Rechtssatz as Bestimmungssatz*, en Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1969, pp. 150-160, siguiendo las tesis de Adolf Reinach. Cfr. asimismo LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 248-249; en ésta, el traductor Rodríguez Molinero vierte al español el término «*Bestimmungssatz*» como «*proposición dispositiva*».

[116] LARENZ, *Engisch-FS*, p. 155, 157; LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., p. 248. Sobre ello, también, BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 24-25.

[117] LARENZ, *Engisch-FS*, p. 157 y 158.

[118] MIR PUIG, *Recensión de «Estudios penales, I, Santiago de Compostela 1977»* CPC 1978, pp. 175-178, p. 178: «Sin duda, sería lógicamente incorrecto mantener un concepto de norma penal *contradictorio* con el de norma jurídica en general. Mas es perfectamente posible que una determinada *especie de normas* posea distinto carácter que otra *especie* de normas y que a la vez todas ellas sean subsumibles en un *género* común de normas jurídicas, que evidentemente *no coincidiría* ni con una especie ni con otra». Cfr. también MIR PUIG, *Introducción*, p. 53 y 54-55; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 41: «en cualquier caso lo que sí se puede afirmar es que las normas jurídico-penales son imperativos, normas de determinación, con independencia de que toda norma jurídica sea o no un imperativo» pues «incluso quienes niegan que todas las normas jurídicas sean imperativos reconocen, claro está, que hay muchas que sí lo son y se trataría simplemente de que en las normas punitivas concurre esa característica».

penal, en particular, no sean exactamente coincidentes[119]. En realidad, el razonamiento de LARENZ permite, según creo, también esta conclusión. A su juicio, el estimar auténticas proposiciones jurídicas sólo a los imperativos *stricto sensu* (mandatos y prohibiciones) o también a las demás proposiciones de «determinación» es una cuestión de filosofía jurídica. Si se estimara que la misión del Derecho es poner límites extremos a las tendencias egoístas de los individuos, a fin de delimitar el espacio natural de acción de cada uno y crear, así, un mínimo de seguridad, posibilitando la coexistencia en condiciones de igualdad, en tal caso serían obviamente las prohibiciones el medio adecuado para obtener tal fin[120]. Sin embargo, a su juicio, el Derecho no sólo limita el espacio natural de acción del hombre, sino que también le abre un nuevo espacio —social— de acción. En este sentido, el Derecho también crea posibilidades de incidir en cierta medida sobre el comportamiento de los otros, de participar en la configuración de las relaciones sociales[121]. En resumen, «el aseguramiento de la paz y, con ello, la defensa frente al empleo de la fuerza es sólo una de las misiones del Derecho; la otra es la creación de un orden social, que garantice a todos una cierta medida de posibilidades de desarrollo positivo y de participación en los bienes creados por la sociedad»[122]. Ciertamente. Sin embargo, cabe preguntarse a cuál de esas misiones contribuye fundamentalmente el Derecho penal; y, al respecto, no creo que existan dudas acerca de que es la labor de aseguramiento de la paz social, la de restringir el espacio individual de acción para impedir ingerencias en la esfera ajena de bienes jurídicos, la decisiva. No en vano existe un acuerdo generalizado en atribuir al Derecho penal la misión de protección (se entiende, negativa) a través de la prevención. Asimismo, en reducir su intervención al mínimo imprescindible, dado que supone una fuerte restricción de las libertades individuales. Dadas estas finalidades, que no son precisamente de «fomento» o «promoción», sino que, según entiendo, coinciden con la primera de las dos misiones que, según LARENZ, son propias del Derecho, estimo posible fundamentar, incluso desde la perspectiva del autor alemán, que las normas jurídico-penales se conforman como imperativos *stricto sensu*, pues es ésta la configuración «teleológica» de las mismas, esto es, la que se adapta al cumplimiento de su misión[123].

5. El segundo de los puntos de vista mencionados puede caracterizarse, en la terminología de COBO y VIVES, como «tesis de la doble función de la norma

[119] Rechaza, en cambio, la posibilidad de adoptar una concepción acerca de la norma penal no coincidente con la de la norma jurídica, en general, BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, p. 28-29. También RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 82, indicando que «las normas jurídicas en general —y las penales no forman excepción— no operan siempre y de modo necesario como imperativos...». Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 90, entiende que las normas penales no constituyen excepción, pues las normas jurídicas en general operan siempre como imperativos.

[120] LARENZ, *Engisch-FS*, p. 158.

[121] LARENZ, *Engisch-FS*, p. 158.

[122] LARENZ, *Engisch-FS*, p. 159.

[123] Cfr., MIR PUIG, *Introducción*, p. 57: «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, 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». Más detalles *infra*.

penal»[124]. En efecto, desde tal perspectiva, si bien se reconoce la existencia de un «aspecto de valoración» y un «aspecto de determinación»[125] en la norma jurídico-penal, se da franca preferencia al aspecto valorativo[126]. La consecuencia de ello es afirmar que la norma dirigida a todos sólo lo hace en tanto que norma objetiva de valoración. El conjunto de los ciudadanos recibe, pues, la expresión de un deber-ser objetivo, despersonalizado, cuya lesión da lugar a la formulación del *juicio de antijuricidad*. En cambio, la norma con sus dos aspectos, de valoración y de determinación, sólo se dirigiría a algunos ciudadanos, a los que pueden ser receptores del «deber» contenido en ella. En efecto, la obligación personal de actuar de un determinado modo sólo podría dirigirse a quienes se encuentran en condiciones de actuar de modo distinto al desvalorado. La actuación de estos sujetos, por tanto, no sólo lesionaría el juicio impersonal de valoración, sino también el deber personal de actuar de modo distinto a como se actuó. La infracción de este complejo de valoración y determinación permitiría la formulación del *juicio de culpabilidad*[127].

> Como señala MEZGER: «De las normas objetivas de valoración se deducen las *normas subjetivas de determinación, que se dirigen al concreto súbdito del Derecho*. La lesión de estas normas es de importancia decisiva, no para la determinación del *injusto*, pero sí ciertamente para la de la *culpabilidad*; el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige 'a todos' y la norma de deber como norma de determinación que se dirige 'sólo' al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuricidad objetiva y la reprochabilidad personal»[128].

La idea es, pues, como subraya RODRÍGUEZ MOURULLO, que la relación de contrariedad del hecho con el Derecho no se agota en el juicio de antijuricidad, sino que abarca también el juicio de culpabilidad: «'La' relación de contrariedad al Derecho, entendida como juicio global de oposición de la acción con los aspectos valorativo e imperativo de la norma, ha de abarcar ya necesariamente

---

[124] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 213.

[125] Cfr., MEZGER, *Tratado*, I, p. 339 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 83 y 325; COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 213.

[126] Cfr. sobre elo, por ejemplo, MIR PUIG, *Introducción*, p. 54 nota 75; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 42.

[127] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 325: «La acción es antijurídica cuando contradice la norma jurídica en tanto norma objetiva de valoración, y sólo se convierte en culpable cuando la contradice en tanto norma subjetiva de determinación, es decir, *cuando el autor pudiendo y debiendo decidirse personalmente conforme a lo que ordena la norma optó por realizar la acción antijurídica*» (el subrayado es mío). También COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 213. Obviamente, a esta construcción subyace una concepción de la culpabilidad como poder actuar de otro modo.

[128] MEZGER, *Tratado*, I, p. 343; «en el Derecho existe un impersonal,(...): ¡debe! del que se deriva el concretamente personalizado: ¡tú debes!» (p. 343 nota 7). En nota 6 comenta la postura próxima de Goldschmidt y la distinción establecida por éste entre norma de derecho (que exige una conducta extema) y norma de deber (que exige una conducta interna), criticando que en el planteamiento de Goldschmidt la norma de deber aparezca «al lado» de la norma de derecho, cuando, en realidad, es una norma derivada de ésta.

los presupuestos de la culpabilidad del autor y el contenido de voluntad informador del acto». Por tanto, sólo los hechos de los sujetos culpables expresan esa total contrariedad con el Derecho. A mi juicio, sin embargo, y como en parte ya señalé antes, una concepción de la norma jurídico-penal orientada a la misión de prevención puede hacer preferible una visión distinta de las cosas. Desde la perspectiva preventiva, debe resultar evidente que el Derecho penal pretende evitar las conductas antijurídicas de todos los sujetos, y no sólo las de los culpables. Pues bien, si esto es así, la única forma de intentar evitarlas es dirigir imperativos a todos los ciudadanos, en tanto en cuanto haya una posibilidad, por mínima que sea, de que los reciban, con la pretensión de orientar su conducta en contra de la lesión de bienes jurídico-penalmente protegidos[129]. Esto se estima factible, también para los inculpables, por quienes sostienen que la esencia de la inculpabilidad no es una «imposibilidad de actuar de modo distinto», sino una anormalidad en la recepción del mensaje de la norma (que efectivamente se recibe por el inculpable). Sentado esto, es perfectamente coherente, pues, con una concepción preventiva del Derecho penal dirigir también a los inculpables imperativos (directivas de conducta), y no meramente hacer a sus hechos objeto de un juicio despersonalizado de desvalor.

6. Como habrá podido comprobarse, tanto por la terminología usada en páginas anteriores como por lo acabado de expresar, se comparte aquí la tesis imperativista acerca de la esencia de las normas jurídico-penales[130]. Ello, sin embargo, no implica desconocer la importancia de algunas de las críticas dirigidas a tal concepción desde perspectivas contrarias. Más bien, significa estimar que tales críticas pueden ser salvadas razonablemente desde la óptica del imperativismo[131]. Algunas de las más relevantes objeciones son objeto de comentario en lo que sigue.

---

[129] En este sentido, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 43-44.

[130] El carácter imperativo me parece claro en el caso de las normas secundarias (dirigidas a los jueces), tanto en el de las que prevén la imposición de penas como en el de las que prevén la imposición de medidas [cfr., por ejemplo, en este sentido, MIR PUIG, *Introducción*, p. 59-60; PG, p. 30; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 45; vid. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 101]. La diferencia entre ambas radica en que las primeras concurren con una norma primaria imperativa dirigida a los ciudadanos, mientras que las segundas no. Sin embargo, tampoco puede decirse que sea presupuesto de ellas un juicio de valor en el sentido de «norma de valoración» sobre el estado peligroso [MIR PUIG, *Introducción*, p. 59-60; vid. sin embargo LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 45, admitiendo la posibilidad de hablar de una valoración jurídica negativa del estado peligroso].

Por otro lado, debe afirmarse que no obsta a la esencia imperativa la eventual conformación hipotética, condicionada (y no categórica, incondicionada) de los preceptos [OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 74, 83; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 37-38; sobre el tema vid. también NINO, *Introducción*, p. 83; HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 69-70].

[131] Así lo entiende ciertamente también TAMMELO, *Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law: a Survey and Appraisal*, ARSP 1963, pp. 255-277, p. 273, concluyendo que la concepción imperativa es sostenible si se interpreta correctamente, y p. 275. Es prácticamente la conclusión de ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., Stuttgart/Berin/Köln/Mainz 1977, p. 22.

En *primer lugar,* se ha tratado de oponer al imperativismo la crítica de que *el mismo no es la forma más adecuada de explicar la esencia de la norma, puesto que puede prescindir de la valoración*[132]; *ésta, sin embargo, resulta consustancial a toda proposición jurídica*[133]. Al respecto, debe insistirse en que desde el imperativismo se ha aceptado muy claramente que a todo imperativo precede una valoración, que si el legislador prohíbe determinado comportamiento, ello se debe a que previamente ha valorado como preferible su evitación[135]. Ahora bien, una cosa es que la norma imperativa requiera una previa valoración y otra —diferente— que el concepto de norma se haga depender del contenido de la valoración a que responde y de su confrontación con determinados valores objetivos[136]. Esto último afecta a la problemática de la justificación y legitimación, del valor de la norma, más que a la de su concepto y esencia.

> Como apunta OCTAVIO DE TOLEDO, deben distinguirse los planos de la validez, de la eficacia y del valor (adecuación a los principios generales de justicia) de la norma. La norma existe, como tal, es válida —y puede ser perfectamente eficaz— aun cuando no sea valiosa[137].

Al concepto de norma jurídico-penal pertenece, ciertamente, la formulación de un juicio de valor. Pero entendemos que no nos hallamos ante una verdadera norma más que cuando a esa valoración se une un imperativo. En palabras de ENGISCH, «con meras normas de valoración el Derecho no podría ejercer el dominio que le corresponde sobre la vida de los hombres en comunidad. Sería puramente 'platónico', sin potencia creadora. Sólo en tanto que las normas de

---

[132] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales,* I, p. 23-24: «Si el Derecho se concibe como conjunto de órdenes del soberano respaldadas por la fuerza, no tiene sentido referirnos al juicio de valoración»; también, p. 26-27.

[133] Ultimamente, subraya el papel decisivo de la norma de valoración PHILIPPS, en KAUFMANN/HASSEMER (comp.), *Einführung,* 5.ª ed., p. 286.

[134] Muy claramente, por ejemplo, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes,* p. 281; ENGISCH, *Einführung* 7.ª ed., p. 27-28; ENGISCH, *Auf der Suche,* p. 33; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 43,44; VOß, *Symbolische Gesetzgebung,* p. 44.

[135] MIR PUIG, CPC 1978, p. 177; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 44.

[136] Como señala MIR PUIG, CPC 1978, p. 177, es irrelevante, a estos efectos, que la valoración sea arbitraria o no; asimismo ENGISCH, *Auf der Suche,* p. 33: «si no incluimos demasiado en la función de valoración, en especial no incluimos (...) el elemento de la corrección de la valoración según el baremo de la idea de Derecho, si entendemos la función de valoración de forma en cierta medida puramente lógica, en el sentido de aprobación o desaprobación sin atención a su legitimidad (que, ciertamente, precisa de comprobación aparte) en tal caso no puede haber duda de que el factor imperativo y el factor valorativo se encuentran estrechamente entrelazados en la norma jurídica»; también p. 31-32, indicando que el planteamiento de la cuestión del factor de legitimidad del Derecho no se opone a la estructura imperativa de las normas jurídicas.

[137] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto,* p. 85 y 87-89. Cfr., sin embargo, por ejemplo, Arthur KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit,* p. 32, exigiendo la referencia a valor como condición de la naturaleza jurídica de las proposiciones.

valoración se robustecen en declaraciones de voluntad, esto es, en órdenes, se convierten en normas jurídicas»[138].

7. En *segundo lugar*, y como ya antes señalamos indirectamente, se ha objetado en contra de la esencia imperativa de las normas jurídico-penales la *existencia de proposiciones jurídicas permisivas, como las que contienen las causas de justificación, de las que no podría predicarse el carácter imperativo*[139]. Ya *supra* (V. 1. B) c)) se apuntó, sin embargo, que, desde nuestro punto de vista, las proposiciones permisivas no constituyen normas autónomas, sino que contribuyen a la delimitación de un imperativo, del que son dependientes[140]. Por tanto, su existencia no puede ser un argumento en contra de la concepción imperativista[141]. A las consideraciones efectuadas entonces nos remitimos ahora.

> En contra de la concepción de las «normas de autorización» como simples límites del imperativo, señalan COBO y VIVES[142] que «si se piensa que el ordenamiento jurídico se halla estructurado sobre la base del principio de que 'todo lo que no está prohibido está permitido' ha de llegarse necesariamente a la conclusión contraria, esto es, que los imperativos constituyen límites de una básica norma de autorización». Sin embargo, por mi parte no veo oposición entre lo uno y lo otro. Es decir, estimo que la afirmación de la existencia de esa autorización genérica limitada por imperativos es compatible con la afirmación de que tales imperativos determinados se ven, por su parte, delimitados en su ámbito de aplicación por la incidencia de proposiciones permisivas asimismo determinadas. Estas permisiones, por lo demás, si bien excluyen el

---

[138] ENGISCH, *Einführung*, 7.ª ed., p. 28; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 19; también, por ejemplo, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 259; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 44. De modo general, AUSTIN, J., *Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers*, en Hoerster (Hrsg.), *Recht und Moral*, pp. 16-20, p. 17 y 18.

[139] Esta objeción se reconduce básicamente a Bockelmann, al igual que la relativa a la sanción penal de la culpa inconsciente: cfr. al respecto BOCKELMANN/VOLK, 4.ª ed., p. 34. Referencias a ella en TAMMELO, ARSP 1963, p. 261-262. En España, en MIR PUIG, *Introducción*, p. 55; BAJO FERNÁNDEZ, *Estudios penales*, I, p. 18 y nota 20, p. 21; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 166; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 40.

[140] Cfr., en este sentido, además de lo expuesto *supra*, por ejemplo, ENGISCH, *Einführung*, 7.ª ed., p. 22: la teoría imperativa «no se refiere a todos los enunciados gramaticales individuales de un Código penal. Ciertamente, en la mayoría de los casos tales enunciados por razones de técnica legal no son 'independientes'. Sólo a través de su recíproca puesta en relación adquieren su pleno sentido». También ENGISCH, *Auf der Suche*, p. 46 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, p. 55. Ciertamente, un problema de interés es el relativo a si las normas permisivas simplemente expresan que el hecho afectado por ellas no está prohibido o bien sucede que, además, la acción permitida incorpora un valor reconocido por el Ordenamiento [en este último sentido, por ejemplo, PHILIPPS, en KAUFMANN/HASSEMER (comp.), *Einführung*, 5.ª ed., p. 284-285]. A esta polémica, que ha llevado a algunos autores a distinguir dos clases de conductas justificadas: las meramente no prohibidas y las, además, valoradas positivamente, haremos alusión en el ámbito sistemático de las causas de justificación, al ocuparnos de la teoría del delito.

[141] Ello, con independencia de que la norma permisiva puede entenderse como un imperativo de respeto a la actuación permitida, dirigido obviamente a terceros sobre quienes no recae el permiso: cfr. por ejemplo ROBLES, *Tres tipos de reglas en el Derecho*, en Anuario de Derechos Humanos, 4, Homenaje a J. Ruiz-Giménez, Madrid 1986-1987, pp. 323-338, p. 338.

[142] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 218 nota 32.

carácter prohibido del hecho, no excluyen una valoración del mismo como penalmente relevante, con lo que crean una situación no exactamente equivalente a la que se desprendería de la incidencia de la norma genérica de autorización no afectada por imperativo aguno. Como se ha señalado más arriba, incluso desde la perspectiva seguida aquí en cuanto a la relación entre «*Verbotsnorm*» y «*Erlaubnissatz*», hay ciertas diferencias entre el pasear por el campo, autorizado por ser no sólo penalmente irrelevante sino incluso jurídicamente irrelevante (no incidencia de imperativo alguno, autorización genérica), y el romper una ventana en estado de necesidad, por mucho que ambos hechos resulten no prohibidos. Por eso no me parece incongruente afirmar la compatibilidad del reconocimiento de la existencia de esa norma genérica de autorización «limitada» por imperativos, y del reconocimiento de que esos imperativos se hallan limitados por proposiciones permisivas. Se trata, en realidad, de dos planos distintos[143].

8. En *tercer lugar,* se ha objetado en contra de la visión de la realidad del «imperativismo ingenuo» que resulta *imposible advertir en la relación entre la norma y sus destinatarios el vínculo psicológico de dos voluntades.* Por un lado, la apelación a la presencia de una «voluntad» en la norma, si bien podría explicar las normas emanadas del monarca absoluto, no sería apta para explicar normas como la costumbre, los principios generales del Derecho, los Tratados e incluso la propia ley parlamentaria[144]. En efecto, —se dice— en todos estos casos resulta ficticio hablar de la presencia de una voluntad que ordene, pues en realidad son el consenso, los acuerdos o los compromisos los que generan la norma. A mi juicio, sin embargo, resulta posible dar una respuesta satisfactoria a tal objeción desde perspectivas imperativistas, y de hecho ya se ha dado. Si se prescinde del origen y se analiza la propia estructura y contenido de la norma ya existente[145], no hay problemas para advertir en todas esas normas una voluntad objetiva (no en vano se habla de «voluntad de la ley») que evidentemente puede consistir en prohibir o en mandar una determinada conducta[146]. Claro está que, entonces, debe dejar de entenderse la voluntad contenida en la norma en un sentido

[143]Próximo, DEL VECCHIO, citado por TAMMELO, ARSP 1963, p. 266 : «La permisión, de por sí, no necesita ser establecida por la ley desde el momento en que existe el principio general de que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. En consecuencia, resulta que una norma jurídica permisiva no tiene razón alguna de existir y no puede ser pensada por sí misma. Sólo puede tener sentido en relación con otras de carácter imperativo cuya esfera de aplicación restringe o limita en cierta manera»; «la norma permisiva tiene el sentido de una negación parcial, es decir, de limitación de una norma precedente. Existe una obligación o prohibición general, pero se exime de ella a una clase de personas que se encuentra en una determinada condición. La exención con su formulación permisiva forma parte de la naturaleza imperativa en el mismo modo en que lo hacen las normas de abrogación».

[144]Estas y otras críticas en KRÜGGER, *Der Adressat,* p. 48 y ss, 61 y ss. Cfr. también, en España, BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales,* I, p. 16 y ss., aludiendo en concreto a «normas heredadas», situaciones de cambio político, etc; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 78-79; COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 212. Cfr. asimismo OCTAVIO DE TOLEDO *Sobre el concepto,* p. 80 y ss.; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 39-40.

[145]OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto,* p. 83-84.

[146]Cfr., por ejemplo, ENGISCH, *Auf der Suche,* p. 30, para la ley, y p. 37-38 para la costumbre.

«psicológico y cuasipersonal»[147]; pero ocurre que tal concepción no es obligada desde la óptica imperativista[148].

> Por lo demás, la objeción puede volverse, como con razón apunta OCTAVIO DE TOLEDO, contra quienes, afirmando la imposibilidad de hallar una voluntad imperativa en la norma, no tienen problemas para señalar que la valoración la ha realizado la referida norma. En realidad, «tan lícito resulta preguntar por la voluntad de quien ha formulado el imperativo como por quien ha realizado la valoración; y de la misma manera que se dice que es la norma la que valora, puede decirse que es la norma la que ordena»[149].

Más trascendente es, según creo, la objeción que se realiza por otro lado y que se refiere a que la teoría imperativa presupone el conocimiento de la norma por los ciudadanos[150], rompiéndose el vínculo entre el imperativo y sus destinatarios en los casos en que éstos desconocen, no comprenden o no se sienten vinculados por aquél[151]. Sin embargo, —prosigue la objeción— la realidad mostraría que la regla general la constituye el desconocimiento de las normas. Una concepción imperativa de las normas no explicaría, pues, la antijuricidad de las conductas de los sujetos en quienes no se da una vinculación con el imperativo; y, no obstante, no podría caber duda acerca de la antijuricidad de tales conductas. Esta objeción tiene, según entiendo, dos partes: por una parte, la que alude a si es posible sostener la esencia imperativa de las normas jurídico-penales, a pesar de que muchos de los destinatarios las desconozcan; por otra parte, la que se refiere a las eventuales consecuencias sistemáticas de una concepción imperativa de la norma jurídico-penal en estos casos de desconocimiento. Aquí aludiremos a lo primero, dejando la segunda cuestión para los apartados que siguen, dedicados específicamente a ella. En mi opinión, cabría sostener la esencia imperativa de las normas primarias aun cuando se constatara el amplio desconocimiento de las mismas por parte de los destinatarios[152]. Como señala OCTAVIO DE TOLEDO, tal circunstancia no afecta al indudable carácter imperativo de las normas secundarias, un carácter que no se vería conmovido por el hecho de que los jueces —o determinados jueces— desconocieran una determinada norma[153]. El desco-

---

[147] LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 40.

[148] Una formulación teórica que lo muestra es la concepción de las normas jurídico-penales no como órdenes en sentido estricto, sino como «imperativos independientes» (Olivecrona). Sobre ella, TAMMELO, ARSP 1963, p. 259-261; en España la sigue OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 81 y 82. Tales imperativos serían independientes al no precisar de la «relación personal característica de una orden».

[149] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 84.

[150] Cfr. esta objeción, por ejemplo, en BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 47 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 80 y ss. Sobre la necesidad de un conocimiento, por lo menos aproximado, del contenido esencial de la norma como presupuesto de la motivación, KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 70.

[151] Objeciones de esta naturaleza determinaron que algún autor, como Binder, entendiera que la concepción imperativa de la norma debe llevar a estimar que sólo los jueces sean destinatarios de la misma: sobre ello, KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 28.

[152] Cfr. también, ENGISCH, *Auf der Suche*, p. 31.

[153] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 103.

nocimiento de la norma podrá afectar al enjuiciamiento del hecho de quien la desconoce, pero no a la estructura de la norma. Pues bien, lo mismo ha de valer para las normas primarias. El desconocimiento de la norma por parte de los destinatarios podría incidir sobre la eficacia de la misma, pero no modifica su carácter imperativo[154]. Sin embargo, ocurre además que, en mi opinión, la afirmación relativa al desconocimiento general de las normas jurídico-penales habría de ser matizada[155]. Ciertamente, las formulaciones legales (BOE, Código penal) no son conocidas por el conjunto de los ciudadanos[156], pero eso no tiene por qué estimarse coincidente con el desconocimiento de las normas[157], que habría de llevar a la insatisfactoria conclusión de que el Derecho penal carece de eficacia alguna en el plano preventivo. Lo que ocurre es que la norma jurídico-penal, como imperativo, no influye directamente sobre el cuerpo social, sino que, por regla general, lo hace de modo indirecto[158], a través de los demás medios del control social[159] (y muy especialmente mediante el proceso educativo) que, entre otras cosas, transmiten e inculcan los valores contenidos en las normas penales[160]. Sin embargo, la mucho más intensa influencia de tales medios del control social informal[161] no significa que las normas jurídico-penales se disuelvan, como tales normas imperativas, en juicios sociales de valor o en imperativos sociales, que serían lo único que llegara a los destinatarios[162]. Creo, por el contrario, que, aun de modo indirecto, es la propia norma penal, transmitida por diversos cauces,

---

[154] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 104 : «De aquí que el argumento de la ignorancia total o parcial de las normas (...) pueda servir para *relativizar el alcance de la motivación* que, a través de ellas, se intenta crear en cada individuo. Pero no para negar que las mismas tengan asignada una función motivadora».

[155] Cfr., por ejemplo, MÜLLER. G., *Adressatengerechtheit und Allgemeinverständlichkeit*, en SCHÄFFER/ TRIFTTERER (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rodig Gedächtnissimposion*. Baden-Baden 1984, pp. 35-44,quien (p. 37) subraya que el conocimiento del Derecho por el ciudadano es de diversa índole, incidiendo en ello la intensidad con que le afecta, el tipo de materia regulada, la coincidencia con otros sistemas normativos extrajurídicos o formas de comportamiento social aprendidas y ejercitadas, etc.; no obstante, concluye que «por lo visto, el ciudadano tiene un conocimiento relativamente bueno del Derecho penal». Similar, VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 188 y ss.

[156] VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 191.

[157] Así VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 189, indicando que «conocimiento» no significa ni subsunción en términos jurídicos ni siquiera «conocimiento vulgar» de los términos de la ley, sino, más bien, «asociación de pautas concretas de comportamiento a la regulación legal».

[158] Sobre esto, también, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 105.

[159] Y también del propio Estado, que mediante otras de sus funciones, como por ejemplo la aplicación judicial, contribuye a la difusión de la norma abstracta: MÜLLER, G., en Schäffer/Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, p. 37.

[160] Así también, MÜLLER-DIETZ, GA 1991, p. 374.

[161] En esta medida tiene razón BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 47-48, cuando señala que «sin negar la función preventiva que el Derecho cumple, hay que reconocer que la realidad se modela más por obra del hábito, de las creencias, convicciones o prejuicios, que de la real virtualidad de las normas jurídicas».

[162] En contra de este punto de vista se manifiesta, en cambio, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 382 y ss., p. 383, entendiendo que el conjunto normativo fáctico del Derecho penal clásico es desconocido por los afectados: «Naturalmente, todo el mundo sabe que matar, robar y estafar está prohibido. Pero este conocimiento no se adquiere como norma jurídicopenal, sino como *norma social*».

la que aparece ante el destinatario como imperativo reforzado por la amenaza de pena[163], esto es, como mensaje prescriptivo «penal» (especialmente grave y acompañado, en caso de infracción, de reacciones asimismo graves)[164]. Respecto de tales normas penales, no creo que quepa negar el conocimiento, en general, de los ciudadanos[165], por mucho que éste pueda ser, como se ha señalado, en ocasiones difuso o poco matizado.

9. Sentado aquí que no puede afirmarse que los destinatarios desconozcan de modo general las normas jurídico-penales, es el momento de abordar la objeción relativa a las consecuencias sistemáticas de la concepción imperativa en casos concretos que se suponen de desconocimiento de tales normas. En efecto, en *cuarto lugar* se ha objetado al imperativismo que *tropieza con dificultades insuperables para explicar la antijuricidad de las conductas de los inculpables y que, en consecuencia, acaba diluyendo la distinción entre antijuricidad y culpabilidad*[166]. En efecto, —se sigue diciendo— si la norma penal se concibe

---

[163] En este sentido también MÜLLER. G., en Schäffer/Triffterer (Hrsg.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, p. 38, quien señala que «el texto de la norma (...) raramente sirve como fuente inmediata del conocimiento jurídico. El ciudadano se informa, en general, de otro modo, por ejemplo con ayuda de los medios de comunicación de masas que informan sobre nuevas leyes y sobre procesos, esto es, sobre la aplicación de la ley a casos concretos». Añade que también se conocen las normas por la propia experiencia vital y la de quienes nos rodean (conversaciones, comunicaciones oficiales), siendo el resultado no un conocimiento certero, sino aproximado. Similar, VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 191: «prensa, radio y televisión son los mediadores del conocimiento jurídico de la población en el ámbito del Derecho penal», p. 192. También MÜLLER-DIETZ, GA 1991, p. 374, aunque con escepticismo sobre que eso sea aprovechado realmente por los ciudadanos.

[164] No comparto la afirmación de BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 48, cuando señala que la función preventiva del Derecho penal se cumple «no porque la norma jurídica sea un mandato dirigido al súbdito bajo amenaza de sanción, sino porque es *dictamen de razón* que nace del propio sentir comunitario, es decir, coincide con unas convicciones cuyo papel preventivo es indudable». Ciertamente, a Bajo le asiste la razón en el extremo de que la coincidencia de las normas penales con las convicciones arraigadas en la comunidad favorece su eficacia preventiva. Pero eso no significa que el Derecho penal sólo pueda tener eficacia preventiva en cuanto coincida con el sentir comunitario. En primer lugar, porque, si lo que previene es únicamente la aceptación interna del contenido de valor de la norma, entonces puede prescindirse sin más de la amenaza de pena, dado que los que aceptan el valor expresado por la norma no necesitan de tal amenaza. Que las cosas no son así, me parece claro y la persistencia del Derecho «penal» constituye en cierto modo una prueba indirecta de ello. En segundo lugar, en una sociedad pluralista es evidente que las posibilidades preventivas del Derecho penal por la vía de la aceptación interna son limitadas, existiendo sectores a los que por esa vía no podrá acceder nunca, y sí en cambio por la vía del imperativo con la amenaza de pena; que la prevención pretendida por esta segunda vía (la intimidatoria) tenga menos visos de eficacia no quita que sea la única posible. Aún hay más: el Derecho penal, como tal, debe limitar precisamente el alcance de su motivación al fuero externo, a las conductas de los destinatarios, sin pretender incidir sobre su esquema de valores; ello, aunque sea menos eficaz de cara a evitar hechos delictivos, es lo único compatible con una concepción liberal del mismo.

[165] En este sentido, con abundancia de pruebas empíricas, VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 191 y 192.

[166] Cfr. la crítica de MEZGER, *Tratado*, I, p. 343-344; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª ed., p. 34; BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 20 y 31 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 79-80; COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 212. Referencias a esa crítica en MIR PUIG, *Introducción*, p. 55-56; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 94,109 y ss; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 42.

como un imperativo dirigido a influir la conducta de sus destinatarios, de ahí resulta que sólo puedan infringirla quienes son accesibles al mensaje imperativo o, en otras palabras, a su motivación. Pues bien —se concluye— dado que los inimputables, así como los sujetos en error de prohibición invencible, son inaccesibles al imperativo, inmotivables por éste, sus hechos no sólo serán inculpables, sino que ni siquiera serán antijurídicos para el imperativismo; éste hace imposible la distinción de antijuricidad y culpabilidad. Las manifestaciones anteriores tienen, desde luego, una cierta justificación. Al respecto no puede olvidarse que ciertos autores imperativistas de finales del S. XIX y comienzos de éste sostuvieron precisamente eso: que los inculpables no podían actuar antijurídicamente; nombres como los de MERKEL o V. FERNECK, incluso BINDING, entre otros, fueron representantes de la mencionada «concepción subjetiva de la antijuricidad»[167]. Sin embargo, tal punto de vista puede estimarse plenamente superado en la actualidad por los representantes del imperativismo. Así, MIR PUIG ha puesto de relieve, en primer lugar, que los inimputables no son completamente inaccesibles a la motivación normativa: no son «inmotivables»[168]. Más bien sucede que la motivación de la norma, el mensaje imperativo no les llega en condiciones de normalidad: no son, pues, «normalmente motivables»[169].

> Como apunta MIR PUIG, «a diferencia de lo que ocurre cuando se halla ausente la propia acción, no falta al inculpable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que en cuanto aquél actúa conscientemente *ésta puede incidir en su proceso de motivación;* lo que sucede es que, al hacerlo, la norma no puede desplegar la intensidad motivadora que normalmente posee»[170]. «En el inculpable concurren condiciones personales o situaciones

---

[167] Cfr. la reciente referencia de LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 42-43 y nota 127.

[168] Inicialmente, adhiriéndose a Jescheck [*Tratado,* I, p. 320], MIR PUIG, *Introducción,* p. 56, donde alude a que los menores y los enfermos mentales son generalmente motivados por las normas jurídicas; críticamente sobre esta idea RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 80: «la afirmación de que los niños, los jóvenes y los enfermos mentales también se dejan determinar, por regla general, por las normas jurídicas, no es un dato de experiencia, sino una afirmación especulativa, no compartida por otros penalistas partidarios de la teoría imperativista». Sin embargo, MIR PUIG ha desarrollado esta idea inicial en una concepción global de la «motivación normal» como fundamento de la culpabilidad [cfr. *Función,* 2.ª ed., p. 96 y ss.; PG, 3.ª ed., p. 586 y ss.] de lo que se deriva que la falta de culpabilidad se debe a la «anormalidad motivacional». Como apunta MIR PUIG, *Función,* 2.ª ed., p. 108 : «Si no fuera así, si la falta de culpabilidad obedeciera a la total imposibilidad de acceso a la motivación normativa, no sería posible, seguramente, distinguir entre antijuricidad y culpabilidad». Esto puede valer para los intentos de GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad,* en Estudios, 3.ª ed., pp. 162-181, p. 175 y ss, y *El estado de necesidad: un problema de antijuricidad,* en Estudios, 3.ª ed., pp. 218-230, p. 224-225, que trata de fundamentar esta distinción, pese a partir de la «escasa o nula» motivabilidad de los inimputables (cfr. sobre ello MIR PUIG, *Función,* 2.ª ed., p. 96), sobre la base de la distinción entre lo que el Derecho quiere prohibir frente a todos y las personas concretas a las que no se puede motivar por la pena.

[169] Sigue el razonamiento de MIR PUIG, OCTAVIO DE TOLEDO Sobre el concepto, p. 112 y ss, p. 115: «Negar la capacidad de motivación de los inimputables supone tanto, por ejemplo, como negarles toda posibilidad de educación o, mejor, la posibilidad de toda educación, conforme a las normas sociales» (...) lo mismo que los inimputables son receptivos, en términos generales, a las normas sociales, lo son a las jurídicas y, dentro de ellas, a las jurídico-penales».

[170] MIR PUIG, *Función,* 2.ª ed., p. 97.

> que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las *posibilidades* de que dispone el sujeto *a priori* para atender a la llamada normativa»[171].

En efecto, ni de los menores, ni de los enfermos mentales, ni de otros inculpables, puede afirmarse de modo general que sean inaccesibles a los imperativos. Estos sujetos (piénsese en un joven de diez o doce años) no son ajenos al mundo que les rodea y este mundo, a través de los diferentes medios del control social, junto a otros mensajes prescriptivos, también les transmite los imperativos penales, esto es, aquéllos que proscriben los hechos más graves bajo amenaza de pena. A este respecto me remito a consideraciones realizadas *supra*. La conclusión es, pues, que los inimputables —aunque por cauces generalmente indirectos— son, en principio, accesibles a los imperativos (la medida en que ello sucede es, obviamente, de muy difícil precisión). Ahora bien, desde el momento en que existe una posibilidad de que el imperativo acceda al sujeto, tiene sentido dirigírselo, esto es, prohibirle conductas[172]. Por tanto, las prohibiciones se dirigen también a los inculpables y éstos, al infringirlas, actúan antijurídicamente, aun cuando se tenga en cuenta la situación de anormalidad motivacional en que lo han hecho y se prescinda de imponerles la pena por falta de culpabilidad.

> De nuevo en palabras de MIR PUIG: «Esta es la razón por la que sigue teniendo sentido la posibilidad de considerar antijurídica la conducta de quien actúa sin culpabilidad: sólo porque se presupone que la prohibición normativa podrá ser recibida por el inculpable, no es absurdo dirigirle dicha prohibición. Y expresado al contrario: para la doctrina, la exclusión de la culpabilidad no implica de suyo la de la antijuricidad (la prohibición) del hecho, porque no está dispuesta a llegarle a permitir a priori la conducta al inculpable; esto es, a decirle, por ejemplo, «en tu situación tú puedes matar» y ello porque se intuye que tal levantamiento ex ante de la prohibición podría ser captado por el sujeto pese a su inculpabilidad»[173].

Desde esta perspectiva, me parece posible resolver también el problema, planteado por BAJO FERNÁNDEZ, del niño de corta edad y del enfermo mental profundo[174]. A juicio de este autor, en efecto, está claro en todo caso que tales sujetos no pueden ser motivados por las normas y, sin embargo, también parece evidente que sus comportamientos pueden ser antijurídicos y tener efectos jurídicos.

Pues bien, a mi juicio en este tema sólo caben dos posibilidades. La primera es que quepa descartar *a priori* toda posibilidad de incidencia motivatoria sobre

---

[171] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 99.

[172] Un enfoque aparentemente distinto puede hallarse en KINDHAUSER, en Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), *Modernes Strafrecht*, p. 35.

[173] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 97-98.

[174] BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 32.

tales sujetos; de ser así, de constatarse *ex ante* su total inaccesibilidad al imperativo, la única conclusión coherente es afirmar que no realizan una conducta antijurídica[175]. La segunda es que no quepa descartar por completo una posible incidencia motivatoria, por remota o anormal que ésta sea, sobre tales sujetos; en este último caso, debe afirmarse la antijuricidad de su conducta[176]. Por regla general, debe afirmarse la motivabilidad (aunque anormal) de sujetos menores o enfermos mentales: por eso se estima que éstos realizan hechos antijurídicos. Sin embargo, en ocasiones el menor o el enfermo mental son ciertamente inmotivables. Ello sucede en el caso del niño recién nacido o de pocos días (incluso meses), de muchos de cuyos movimientos no puede predicarse siquiera el carácter de acción, con lo que no es posible la incidencia motivatoria sobre fenómenos sin voluntad consciente; asimismo, sucede en el caso de quien sufre ataques epilépticos, en el momento de sufrirlos: también aquí falta la acción, siendo imposible toda motivación. En casos así, la minoría de edad o la enfermedad mental no redundan en una mera exclusión de la culpabilidad, sino que excluyen la propia antijuricidad de la conducta del sujeto, al estar excluida toda posibilidad de motivación a través de normas. Sin embargo, no sólo son estos casos. Niños de corta edad y ciertos enfermos mentales, aun cuando realicen voluntariamente sus acciones, pueden desconocer de modo invencible el auténtico sentido lesivo de éstas (puede faltarles el dolo y la imprudencia, al carecer de experiencia y de conocimiento de cursos causales)[177], con lo que tampoco serán motivables por normas que toman como punto de partida ese sentido y, en conclusión, no actuarán antijurídicamente. Todo ello se debe a que fenómenos como la minoría de edad, la enfermedad mental o la oligofrenia, son fenómenos complejos, que no sólo inciden sobre la culpabilidad, sino que pueden excluir perfectamente la acción o el dolo, y, consiguientemente, la antijuricidad[178]. Con esta explicación, por lo demás, creo posible dar satisfacción a la demanda de coherencia de BAJO FERNÁNDEZ, cuando éste señala que «en realidad, la teoría de la motivación,

---

[175] Así ya THON (1906), citado por KRÜGGER, *Der Adressat*, p. 34 : «las leyes son órdenes, las órdenes, intentos de motivación, ¡un intento de motivación frente a aquellos que no pueden ser influidos sería una tentativa con objeto absolutamente inidóneo!». Cfr. también MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 103: «la motivabilidad no es un concepto exclusivo de la culpabilidad, sino que interviene ya en la antijuricidad: si la prohibición permite evitar un hecho mediante la motivación, no tendría sentido prohibir un hecho que no pueda intentarse evitar mediante la motivación» y p. 106-107: «La capacidad del sujeto de ser motivado (de algún modo) por la norma no puede dejarse, pues, al ámbito de la culpabilidad: la posibilidad de alguna motivación, la motivabilidad condiciona ya el injusto».

[176] Cfr. MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed:, p. 107 : «Si existe *alguna posibilidad* de motivar al sujeto (concreto), tiene sentido ya prohibirle el hecho, esto es, desear evitarlo dirigiéndole la norma motivadora. Esto no exige que la motivabilidad alcance un determinado grado de normalidad, por lo que ésta no es necesaria para la prohibición del hecho (injusto). Pero si se prueba la plena *anormalidad* de las condiciones de motivabilidad del sujeto, no cabe castigarle por falta de culpabilidad».

[177] Este puede ser el caso de un niño de corta edad que toma un cuchillo y se lo clava a su hermanito, sin saber obviamente que el clavar un cuchillo produce lesiones.

[178] Cfr. sobre el tema MIR PUIG *Función*, 2.ª ed., p. 97 nota 133. También JOSHI JUBERT, *Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad*, ADPCP 1989, pp. 125-140.

para ser consecuente, tendría que reconocer que quien es inaccesible a la incisión psicológica, a la motivación, no puede obrar de forma contraria a la norma»[179]. Esto es exactamente lo que cabe concluir[180].

> Una objeción muy vinculada a la anterior es la que alude a que, desde perspectivas imperativistas, es ineludible ubicar el error de prohibición en el ámbito sistemático de la antijuricidad, por cuanto quien no conoce la norma no puede recibir la motivación de la misma y, por lo tanto, tampoco infringir el imperativo contenido en ella[181]. La objeción incidiría en que los imperativistas no llegan a tal extremo y que, en el caso de que así se hiciera, se alcanzarían consecuencias sistemáticas y político-criminales insatisfactorias. A tal objeción, sin embargo, también se ha dado respuesta desde la perspectiva imperativista, sosteniéndose que, efectivamente, «para que el sujeto pueda ser motivado por una norma penal que protege un bien jurídico determinado, es preciso que dicho sujeto pueda saber que se encuentra frente a un tal bien protegido por el Derecho. Si el sujeto no puede saber que su acción va a lesionar un bien amparado por el Derecho ¿cómo podrá sentirse motivado a evitar dicha acción por la norma penal, si no puede ser motivado por ella? Y si la norma no puede motivarlo no tiene sentido que lo intente prohibiéndole el hecho»[182]. En consecuencia, existe ya una decidida toma de posición que, extrayendo coherentemente las consecuencias del imperativismo, afirma concluyentemente que «la posibilidad de conocer la prohibición ha de ser condición de ésta, o, lo que es lo mismo, de la antijuricidad y no sólo de la culpabilidad. El error de prohibición invencible ha de impedir el propio injusto, y el error vencible debe disminuir su gravedad»[183]. Baste aquí con esta referencia, a la que sólo querría añadir que, puesto que de lo que se trata es de una motivación «penal», lo que el sujeto habrá de tener presente para que se afirme la antijuricidad (penal) de su conducta es que ésta se dirige contra un bien jurídico-penal, no bastando la constancia genérica de que se dirige contra un bien protegido por el Derecho.

10. Debe, por último, hacerse alusión a otra crítica —la *quinta* de las que aquí hemos comentado— que se dirige al imperativismo, reprochándosele que *hace del aspecto subjetivo de desobediencia, esto es, del dolo, el aspecto central de la antijuricidad*[184]. En efecto, desde una postura imperativista es coherente, dado que el imperativo se dirige a la voluntad del destinatario, que la voluntad

---

[179] BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 34.

[180] Entiendo, pues, que sigue siendo pertectamente válida la frase de HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Jena 1903, p. 198-199: «Las normas se dan a sujetos individuales y en concreto sólo a sujetos de los que un legislador razonable puede esperar, al menos en general, su cumplimiento. Las normas, por tanto, no se dirigen a todos los individuos, sino sólo a sujetos que, en principio, resultan ser receptores idóneos de la orden». Lo que ya no me parece válido es entender, con von Ferneck, que los inimputables no son tales «destinatarios idóneos de la norma».

[181] Alude a ello, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 31.

[182] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 668.

[183] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 669-670. Cfr. sobre ello también MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 80-84.

[184] A juicio de MIR PUIG, *Introducción*, p. 58, ésta es la consecuencia sistemática más importante de la concepción imperativa de la norma penal; cfr. también PG, 3.ª ed., p. 44. También JESCHECK, *Tratado*, I, p. 320.

contraria al contenido del imperativo y la concreta forma en que se configure, integren la infracción del mismo. Obviamente, la crítica dirigida contra tal conclusión se ha formulado desde concepciones causalistas, refractarias a la tesis que propugna la ubicación del dolo como elemento del tipo de injusto (tesis hoy en día prácticamente unánime en Alemania, pero que en España todavía lucha por alcanzar una posición claramente dominante en la doctrina).

> Así, señalan COBO/VIVES que el imperativismo «convierte en fundamento esencial de la antijuricidad el momento subjetivo de la rebelión de la voluntad frente a los mandatos del Derecho. Por ese camino, el Derecho penal asume el cometido de regir las intenciones, invadiendo la esfera de la moralidad y aplastando el libre desarrollo del individuo con el peso de la coacción»[185].

No comentaremos aquí de forma detallada esta objeción, ni trataremos de fundamentar en profundidad la pertenencia del dolo al tipo de injusto. Permítasenos, sin embargo, señalar que la objeción reseñada tendría base si desde el imperativismo, al tiempo que se subrayaba la necesidad de una concepción «personal» del injusto, se hubiesen eliminado de éste los elementos objetivos, haciendo suficiente para la antijuricidad una actitud subjetiva no trascedente en el plano objetivo en forma de hechos lesivos para bienes jurídicos. Ocurre, no obstante, que esto no ha sido sostenido por nadie. Los elementos objetivos han permanecido, pues, exigiéndose junto al «desvalor de la intención» (denominado por los finalistas «desvalor de la acción») un «desvalor del resultado» —como hace la doctrina alemana dominante y un buen sector de la doctrina española—, o construyendo un injusto asentado sobre la idea de desvalor de la acción, uno de cuyos elementos esenciales es la presencia de una conducta que contenga un riesgo relevante para bienes penalmente protegidos, —tesis ésta a la que, como se verá, me adhiero—. Ahora bien, si en todo caso se mantiene una obvia componente objetivo-externa en el injusto, no parece que vaya a incriminarse la mera rebelión interna, ni que el Derecho penal incida en la esfera de la moralidad. Más bien sucede al contrario, y resulta que la introducción de elementos subjetivos en el injusto tiene efectos limitadores, evitando que puedan estimarse antijurídicos —con todas las consecuencias sistemáticas que ello implica— meros procesos causales con origen en un sujeto que no pudo ni siquiera evitarlos, meros productos del azar. No es, pues, que el Derecho penal intervenga más sobre el sujeto con la ubicación del dolo y la imprudencia en el injusto (en lugar de en la culpabilidad) sino que interviene menos : son menos las conductas del individuo que se estiman antijurídicas; mayor la trascendencia (favorable al sujeto) de los errores que sufre; mayor, según creo, el espacio de libertad, al eliminarse la trascendencia penal del azar[186].

---

[185] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 212-213. También BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 19-20 y 35 y ss. Sobre esta crítica, cfr. asimismo OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 116 y ss.

[186] Es más, incluso desde el punto de vista valorativo, parece discutible que hayan de merecer idéntica valoración dos hechos lesivos de bienes jurídicos, uno de los cuales es doloso y el otro imprudente.

11. En conclusión, estimo que la concepción de la norma jurídico-penal como un imperativo que trata de incidir sobre la conducta de sus destinatarios es la más coherente con la atribución al Derecho penal de una misión preventiva y, a la vez, garantística. En efecto, la misión preventiva del Derecho penal no se apoya en la sanción efectiva, sino, ante todo, en la amenaza, esperando que ésta resulte eficaz por sí sola a la vez que, por otra parte, restringe mucho menos la libertad de los destinatarios. Este «tratar de influir» sobre la conducta de los destinatarios a través de la amenaza expresa, pues, según creo, una perfecta orientación de la norma penal al cumplimiento de los fines propios del Derecho penal.

> En este sentido se manifiesta, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO cuando señala que «la teoría imperativa se sostiene sobre la función del Derecho: si ésta consiste en regular la vida de la comunidad, sólo puede obtenerse reclamando imperativamente de sus miembros la observancia de ciertos comportamientos. En este sentido, se describe la norma jurídica como 'norma de comportamiento'»[187].

Claro es que caben otras concepciones acerca de las funciones de las normas jurídico-penales. Así, por ejemplo, COBO y VIVES señalan que

> «...la función primordial de las reglas no es 'motivar' sino efectuar repartos de bienes y valores entre los miembros de la comunidad, proteger la distribución resultante y, sólo de manera subordinada, motivar a los individuos para que la respeten»[188].

concluyendo que a la norma debe atribuírsele una doble función: objetiva, de distribución y protección; y subjetiva, de motivación. Parece, pues, claro que cuál sea la concepción de la norma que se sostenga es algo que se halla en íntima relación con la tesis mantenida acerca de los fines del Derecho penal, o, mejor, acerca de la forma en que el Derecho penal ha de dar cumplimiento a sus misiones. Ahora bien, habiendo un acuerdo prácticamente generalizado acerca de que al Derecho penal le competen fines de protección a través de la prevención (junto a fines de garantía), no alcanzo a ver otra forma mejor de cumplir tales misiones por el Derecho penal que la de dirigir imperativos de conducta. A través de la motivación de los imperativos se trata de alcanzar una protección de los bienes razonablemente satisfactoria empleando en primera instancia el medio menos lesivo de los derechos individuales de los ciudadanos. Prevención y garantías aparecen aquí sintetizadas, según entiendo, de forma convincente[189].

---

[187] OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 98.

[188] COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 213-214.

[189] En efecto, estimo que una prevención concebida «policialmente» (esto es, como «impedir fácticamente» la comisión de delitos) sería lesiva de los derechos individuales. Por eso no veo convincente la propuesta del abolicionista STEINERT [*Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*,

> En este mismo sentido se ha escrito: «*what the criminal law should aim to do is to maximize the general well-being,* and to minimize the damage of crime and anxiety about the possibility of crime, *at least human cost* —that is, in part, without the infliction of pointless injury or suffering on anyone. It is widely, and rightly, supposed that *this objective is best achieved by the public enuntiation of general prohibitions (primarily against injury to others or their property), accompanied by threats of punishment* for those who fail to conform, threats that are mostly made good»[190].

e) El fin de «motivación»[191]

1. En las últimas páginas se ha utilizado más de una vez el término «motivación» para aludir al fin de las normas jurídico-penales como imperativos de conducta. Esta asociación entre concepción imperativa de la norma jurídico-penal y atribución a la misma de una misión de motivación es, según creo, correcta[192] y determina que lo uno y lo otro, su defensa y su crítica, puedan —e incluso deban— examinarse conjuntamente.

> Hace referencia a tal relación MIR PUIG: «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, 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»[193].

Ello significa que la defensa efectuada en el apartado anterior de la concepción imperativa de la norma jurídico-penal debe verse, paralelamente, como una defensa de la misión de motivación; y en algún lugar tal extremo incluso se ha hecho explícito. Con todo, aprovecharemos las próximas líneas para comentar algunos aspectos relativos al fin de motivación de los imperativos penales, no aludidos en el apartado anterior y que, sin embargo, merecen cierto análisis; dedicar una atención explícita a algunos aspectos de la misión motivatoria de las normas jurídico-penales parece, por otra parte, obligado, a la vista de la significativa polémica que ha rodeado siempreen España a las tesis de la llamada «teoría de la motivación».

1989, p. 345 nota 2] en el sentido de sustituir normas por «medios técnicos» impeditivos. Por contra, una concepción meramente «reactiva» de la intervención penal no constituiría la mejor estrategia de protección, a la vez que, por supuesto, implicaría dejar de utilizar medios menos lesivos y emplear directamente los más graves.

[190] R. B. BRANDT, *The insanity defense and the theory of motivation,* en Law and Philosophy 7 (1988), pp. 123-146, p. 124.

[191] Lo más frecuente es leer «función» de motivación. No obstante, dado que, a mi juicio, nos hallamos aquí, más que ante una mera «función» empírica, ante un auténtico «fin» (normativo), cuya realización tiene efectos legitimadores, empleo este último término.

[192] Advierte tal conexión desde su perspectiva crítica BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales,* I, p. 12-13.

[193] MIR PUIG, *Introducción,* p. 57.

La idea de una finalidad de motivación de las normas penales fue sostenida inicialmente en España por GIMBERNAT ORDEIG[194]. Posteriormente, MUÑOZ CONDE[195], MIR PUIG[196], LUZÓN PEÑA[197] y otros autores han acogido la misma idea básica, si bien desde perspectivas no siempre coincidentes de modo exacto. La «teoría de la motivación» toma el concepto psicológico de «motivación» que engloba «todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo que explican su conducta o la hacen comprensible» e incluye entre tales procesos los desencadenados por las normas jurídico-penales. Se piensa, en suma, que los imperativos del Derecho penal ejercen una fuerte influencia sobre la motivación humana[198] Precisamente por esta razón es por la que el ordenamiento jurídico-penal dirige sus normas como directrices de conducta a sus destinatarios: porque espera que las normas reforzadas por la amenaza de pena tengan sobre los diferentes sujetos un efecto disuasorio respecto de la realización de conductas delictivas[199]. Esto no pretende negar que haya formas de protección de bienes jurídicos que no presupongan la motivación; simplemente, se trata de poner de relieve que la forma en que el Derecho penal cumple su misión de protección es la prevención vía motivación[200].

2. La finalidad de motivación corresponde a la norma jurídico-penal. Al respecto, no creo que la eventual alusión, por algún autor, a una motivación por el «tipo» o por la «pena» pueda servir de base a una interpretación diferente[201],

---

[194]GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios*, 3.ª ed., p. 146 y ss., 174 y ss., 180, 224-225, etc.

[195]MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 50 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 31 y ss.

[196]MIR PUIG, *Introducción*, p. 57, 106-107; MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 44 y ss.

[197]LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona 1978, p. 219 y ss. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 49.

[198]Consideraciones generales sobre la motivación de las normas jurídicas pueden hallarse en WEINBERGER, *Gesetzgebung und Motivation*, en Weimar-FS, pp. 117-131. Weinberger analiza las repercusiones del Derecho, señalando que en ocasiones éste abre un marco de posibilidades de actuación, mediante la creación de instituciones que atribuyen efectos a nuestros actos o a los de los demás (p. 124, 125, 126) y en otras ocasiones, por contra, actúa como «*Handlungsmotiv*» (motivo para actuar) entrando en concurso con consideraciones de utilidad, según el sistema de fines del sujeto, y otros determinantes extrarracionales (p. 125, 127). La pena o la recompensa, así como otras ventajas o inconvenientes jurídicos y sociales del cumplimiento o incumplimiento de la norma, entrarían en las referidas consideraciones de utilidad. En lo que se refiere al proceso psicológico de motivación, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 31 y ss. También BRANDT, en *Law and Philosophy*, 7 (1988), p. 125 y ss.

[199]Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 107: «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».

[200]Señalan COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 214: «no resulta nada claro que la protección *presuponga* la motivación, como afirma MUÑOZ CONDE. En efecto, no es posible proteger *por medio de la pena* sino a través de la motivación. Pero la pena no es el único medio de proteger los bienes, intereses o valores jurídicamente relevantes, sino sólo el último: el Derecho conoce otras formas de protección que no exigen el concurso de proceso motivador alguno». Esta frase es, según entiendo, plenamente correcta. Pero en ella me parece ver reconocido que la forma específica de la protección jurídico-penal de bienes es, precisamente, la motivación.

[201]Cfr. la referencia a esta cuestión en BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 11-12.

sino, más bien, a la elección de aspectos parciales de la realidad compleja de la norma jurídico-penal[202].

> En efecto, en ocasiones GIMBERNAT alude a que el tipo tiene una función de motivación[203]; en otras, a una «motivación por la pena»[204]. Sin embargo, tanto una como otra alusión parecen perfectamente reconducibles a la afirmación sentada de que lo que motiva es la norma jurídico-penal. Pues, en efecto, ésta tiene un doble aspecto: la enunciación de una directiva de conducta y la conminación con la amenaza de pena. En la medida en que la conducta prohibida se extrae, en parte, de la descripción típica, puede decirse que ésta participa de la función de motivación[205]; al igual que participa la pena, en tanto que conminación penal abstracta (propiamente, amenaza de pena)[206]. Con todo, está claro que la forma más propia de expresar el fenómeno es aludir a una motivación a través de la norma penal[207].

Ahora bien, que el papel central de la misión de motivación le corresponda a la norma penal (primaria), no significa, según creo, que se agote en ella. También la norma secundaria y la propia ejecución de la pena impuesta tienen un efecto de refuerzo sobre la motivación ejercida por la norma primaria. Sólo

---

[202] En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 118. En realidad sólo la norma contiene el sentido de signos lingüísticos (no la pena), con lo que sólo ella puede incidir en las representaciones mentales de los ciudadanos; por lo demás, sólo ella expresa un mensaje prescriptivo completo (no el tipo, en ninguna de sus acepciones), con lo que sólo ella puede conformar una pauta de conducta. Aunque obviamente todo ello se vea reforzado por la amenaza.

[203] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 172,174 : el tipo penal «consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar —mediante la amenaza con una pena— para que dicha conducta no se cometa». Cfr. sobre ello BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 36-37, indicando que sólo el tipo de garantía y no el tipo de injusto, podría cumplir la función de motivación. Sin embargo, por mi parte estimo que el tipo de injusto, en tanto que elemento que contribuye a la conformación de la norma penal, sí puede recibir, por esa vía, una atribución de función motivatoria.

[204] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 176, 177.

[205] Aunque para expresar la conducta prohibida el tipo ha de ponerse en relación con los enunciados que expresan las causas de justificación. No obstante, en la medida en que GIMBERNAT sostiene la teoría de los elementos negativos del tipo, puede pensarse que cuando habla de tipo se refiere a «tipo total». Cfr. sin embargo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, en ROXIN, *Política criminal*, p. 11-12, quien refiere expresamente la función de motivación al tipo, como expresión de la materia de prohibición, acogiendo la concepción finalista sobre la relación entre tipicidad y justificación.

[206] Que al hablar de pena, se refiere a conminación penal, amenaza de pena, es algo que queda claro en GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 176-177: «Por la escasa o nula 'motivabilidad' del 'inimputable', la pena no supone para él, ex ante, un factor inhibidor serio; y, ex post, una vez ya cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social es, no el de la pena, sino el del tratamiento médico». Obsérvese como en la primera oración «pena» tiene el sentido de «conminación penal», mientras que en la segunda tiene el sentido de «pena concreta». Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 33: «El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables».

[207] En este sentido, por todos, MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 43 y ss; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, p. 49.

ésta, ciertamente, marca directrices de conducta y, por tanto, sólo ella «motiva» propiamente; sin embargo, en esa misión se ve reforzada por el hecho de que se ordene a los jueces la imposición de la sanción con que se amenazaba y por el propio hecho de la ejecución, que «confirma la seriedad de la amenaza».

3. Más trascendente es, según creo, la cuestión relativa a la real esencia de la motivación, esto es, a la *clase de incidencia sobre el sujeto que supone la motivación de las normas jurídico-penales*. En efecto, hipotéticamente cabría imaginar dos formas de incidencia: una limitada a *condicionar su conducta externa, sin penetrar en su esfera valorativa*, y otra consistente precisamente en *producir una interiorización por el sujeto de los valores contenidos en las normas*. En realidad, entre lo uno y lo otro puede establecerse, con ciertos matices a los que luego aludiré, una relación de orden cronológico. En efecto, es lo normal —en los medios no jurídicos del control social, por ejemplo— que inicialmente la norma y la amenaza de la sanción (familiar, social) que aparece vinculada a su infracción se limiten a influir sobre la propia conducta externa; sin embargo, a la larga acaban produciendo efectos de configuración de la conciencia personal[208]. Este último efecto de configuración de la conciencia personal tiene, ciertamente, la excepción de aquellos sujetos que, por su pertenencia a un grupo específico (p. ej. una subcultura), poseen determinados valores —diversos de los dominantes— firmemente arraigados[209]; frente a tales sujetos, el influjo de los medios del control social se limitará a incidir sobre la conducta externa de los mismos (por el temor a la sanción) y será bastante más difícil observar el efecto de sustitución (en la esfera de la conciencia) de los valores preexistentes por los valores subyacentes a las normas sociales de que se trate. De todos modos, para el común de los individuos debe afirmarse esa dualidad de efectos: uno a corto plazo sobre la conducta externa y otro a largo plazo, de interiorización de valores[210]. Es más: parece obvio que los medios del control social persigan este último efecto, por cuanto el mismo garantiza una seguridad mucho mayor en la conducción de los comportamientos que el primero, meramente externo, del temor a la sanción.

4. La cuestión es si la motivación del Derecho penal opera del mismo modo o no. En primer lugar, parece claro que la norma jurídico-penal, en la

[208] En la rapidez o en la intensidad de esa interiorización debe atribuirse algún significado, obviamente, a la fuerza de convicción de los valores subyacentes a la correspondiente norma.

[209] Esta excepción puede ser importante en las modernas sociedades, de configuración extremadamente plural.

[210] De lo señalado por ECKHOFF/SUNDBY, *Rechtssysteme*, p. 48-49 y p. 55, se desprende que el efecto vinculante de la norma sobre el sujeto puede deberse: 1) Al temor a la sanción; 2) a una difusa relación de dependencia respecto del sistema normativo; 3) a una internalización (de primer grado, cabría decir) por la cual el sujeto, sin aceptar todavía el contenido de la norma, o incluso rechazándolo, se siente vinculado por ella; 4) a una internalización (de segundo grado, podríamos decir), por la que el sujeto acepta los valores subyacentes a la norma (su contenido).

medida en que se integra con la amenaza de una pena para el caso de infracción, tiene una incidencia sobre (determina, en una medida por cuantificar), la conducta externa de los destinatarios[211]. Ahora bien, tampoco se discute —desde una perspectiva puramente empírica— que, a la larga, las normas penales pueden reforzar la internalización de valores ya existentes en la esfera de la conciencia como consecuencia del proceso educativo e incluso pueden producir (de modo previo o simultáneo a la incidencia de otros medios del control social) la internalización de nuevos valores (piénsese, por ejemplo en la formación de una «conciencia fiscal»)[212]. Sin embargo, sobre este segundo aspecto —de introyección, internalización— de la motivación por normas penales deben efectuarse, al menos, dos consideraciones. En primer lugar, que el mismo no tiene lugar en ciertos grupos sociales: vgr. aquellos que poseen, fuertemente arraigado, un esquema de valores contrapuesto a aquél que pretenden imponer las normas penales. En segundo lugar, que, aunque sea difícilmente negable que la motivación del Derecho penal puede tener tales efectos —en un plano empírico— a largo plazo, éstos no sólo no legitiman la intervención del Derecho penal, sino que han de ser valorados negativamente desde la perspectiva de los fines que debe cumplir el Derecho penal. En efecto, conviene no olvidar que la motivación mediante normas constituye el mecanismo fundamental a través del cual el Derecho penal cumple su misión de prevención general. Ahora bien, la prevención general no puede pasar por forjar la conciencia ético-social del individuo, por formar en él una actitud interna de adhesión, de fidelidad al mismo[213]. La única motivación de las normas penales que es relevante desde la perspectiva del cumplimiento de los fines que legitiman al Derecho penal es, pues, la motivación entendida como intento de incidencia sobre la conducta externa de los ciudadanos, sin interferir en su conciencia[214].

5. En conclusión, respecto a la motivación de las normas jurídico-penales, debe entenderse que su esencia radica en la influencia sobre la conducta externa.

---

[211] En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 133-134.

[212] En sentido similar, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 134.

[213] Cfr. MIR PUIG, ADPCP 1986, p. 56-57. Sin embargo, lo cierto es, como señala OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 133 y nota 364, que algunos de los defensores de la teoría de la motivación aluden con cierta reiteración al fenómeno de la interiorización y a la formación del Super-Yo como cometido de las normas penales, lo que parecería situar en este punto el centro del fenómeno de la motivación. Cfr. al respecto GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 146-147, 148-149, entre otras; MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 44: «Ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza directa de la pena (lo que von Wright llama «presión normativa»), sino que generalmente se produce una «internalización» de las normas que permite que éstas operen mediante su aceptación por parte del destinatario. Cuando esta aceptación no se consigue, la eficacia de las normas penales es mucho más difícil. Pero también es cierto que las normas penales sirven de apoyo a la «internalización» de sus objetivos por sus destinatarios». También, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 32: el Derecho y el Derecho penal «como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia, del superyo» y p. 33.

[214] En este sentido, también, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 134, 274.

Esta clase de motivación es la única legítima y la única con relevancia dogmática. En efecto, cuando se habla de que la antijuricidad requiere «motivabilidad» o «acceso a la motivación de la norma» y de que la culpabilidad requiere «motivabilidad *normal*» lo único que puede pretender expresarse es que el sujeto pueda recibir de algún modo, o pueda recibir normalmente, el mensaje de la norma a fin de que ello incida sobre su conducta externa. En absoluto se requiere, como presupuesto de la antijuricidad, una «posibilidad de interiorización», ni la culpabilidad precisa tampoco de una «posibilidad de normal interiorización». De ser así, los sujetos de quienes cabe excluir de antemano tal interiorización no podrían obrar antijurídicamente, lo que no parece aceptable, por cuanto implicaría que sólo cabe que obren antijurídicamente quienes aceptan o pueden aceptar el contenido de valor de las normas[215]. Ahora bien, lo que se acaba de expresar no excluye ciertamente la posibilidad —real— de que las normas penales contribuyan a largo plazo a la interiorización de determinados valores[216]. Simplemente ocurre: que esta incidencia no tiene lugar sobre todos los sujetos; que no puede legitimar la intervención penal, aunque sí es garantía de obtención de una mayor eficacia en la pretensión de conseguir el respeto social al valor de que se trate; que tal interiorización no es algo que la norma penal por sí sola esté en condiciones de alcanzar, aunque sí en combinación con otros medios (informales) del control social. En realidad, puede decirse que lo interiorizado son valores y que a tal interiorización contribuyen las diversas instancias del control social en desigual medida (variando también según las épocas y los sujetos)[217].

6. Otro tema importante es el relativo a la eficacia de la motivación por normas penales. Por algunos autores se rechaza de plano esta eficacia motivatoria por entender que resulta excluida toda posibilidad de conocimiento de las normas penales por parte de sus destinatarios. Estos tan sólo conocerían las normas sociales, a lo largo del proceso educativo, de modo que únicamente éstas incidirían en sus procesos de motivación[218]. Por mi parte, ya he señalado en lugares anteriores que debe partirse de la posibilidad de eficacia de la motivación de las normas penales sobre sus destinatarios, por cuanto éstos sí llegan, en general, a conocerlas, aunque ello tenga lugar normalmente a través de cauces indirectos; la naturaleza usualmente indirecta de los procesos de motivación no excluiría, a mi juicio, el carácter estrictamente penal de la misma, porque las normas serían

---

[215] Cfr. en sentido similar la crítica de Córdoba a ciertas tesis de MUÑOZ CONDE, en CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977, p. 30-31, expresando cómo normas no interiorizadas pueden perfectamente motivar al sujeto, en el sentido de inhibirle de la comisión de las conductas de que se trate. También, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 126 y ss., 130-132.

[216] En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 134.

[217] Cfr. en sentido similar OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 134.

[218] Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 81-82, nota 17; HASSEMER, *Fundamentos*, p. 382 y 384.

recibidas en su propia dimensión de normas penales, y no confundidas en el complejo de normas sociales. Está claro, con todo, que la motivación penal no es la más eficaz, pues no es la que incide más profundamente sobre el individuo. Por ello, la eficacia preventiva es mayor cuando la norma penal y otras normas sociales, incluso las convicciones del sujeto, van en la misma dirección[219]. Sin embargo, es evidente que hay casos en que no se puede contar con una coincidencia con la conciencia ética del individuo, ni con un apoyo excesivo de normas sociales, y no obstante, tampoco en tales casos cabe descartar la eficacia motivatoria del Derecho penal; ello probaría que la motivación por normas penales constituye una instancia autónoma de prevención, cuya eficacia es susceptible de una valoración independiente[220]. De todos modos, es obvio que la eficacia de la motivación de las normas penales tiene que ver, dentro del propio sistema penal, con factores distintos de la norma y la amenaza de pena que incorpora: concretamente, con la configuración del sistema policial y judicial y, en consecuencia, con las posibilidades de que la amenaza de pena se haga efectiva[221].

7. A propósito de la motivación se ha comentado que la misma no explica ninguno de los límites del Derecho penal, por cuanto la lógica motivatoria llevaría a amenazas de pena lo más intensas posible a fin de reforzar el aspecto de dirección de conductas[222]. En contra de esta observación, hay autores que entienden que la lógica de la motivación implica una estricta observancia de principios-límite como el de proporcionalidad, etc.[223]. A mi entender, esto último, siendo cierto, lo es sólo en parte. Es decir, que no me parece posible, como en su momento señalé, excluir de modo general la posibilidad de conflictos entre la eficacia preventiva a través de la motivación y las exigencias de la proporcionalidad; ello, claro está, siempre que con el término «proporcionalidad» se designe algo distinto que el sentimento social concreto acerca de lo proporcionado o justo en un caso : pues, evidentemente, la atención a este sentimiento social es siempre un refuerzo preventivo. La relación entre la motivación y los llamados «límites de la intervención penal» se explica del mejor modo, a mi entender, poniendo de manifiesto que el Derecho penal tiene otros fines, además del de protección social a través de la prevención, y que, por tanto, la norma no tiene sólo la misión de motivación, sino también otras de garantía formal y material. De manera que la concreta configuración del contenido de la norma no responde sólo a la lógica de la motivación, sino también a las exigencias de garantía.

---

[219] Cfr. en tal sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 37, 38,40. También MUÑOZ CONDE, en Nota a HASSEMER, *Fundamentos*, p. 394.

[220] Cfr. en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 171-172.

[221] Cfr. en tal sentido CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad*, p. 31 in fine.

[222] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, I, p. 40 y ss.

[223] Cfr. por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 152 y ss.

8. El fin de motivación corresponde básicamente a la norma primaria. Claro es que en esa misión se ve reforzada, en general, por la norma secundaria, que ordena la imposición de una sanción penal en el caso de que a la infracción de la norma primaria se añadan otros requisitos. Ahora bien, esto último muestra que no siempre la norma primaria dispone efectivamente de ese refuerzo. Como apunta MIR PUIG, «la prevención a través de la pena sólo tiene lugar frente a los eventuales culpables dirigiéndoles la norma primaria apoyada en la secundaria. A los eventuales no culpables sigue dirigiéndoseles, sin embargo, la norma primaria»[224].

> En principio, no cabe esperar una mengua en la intensidad motivatoria por el hecho de que determinados hechos abarcados por la norma primaria no se cuenten entre los que desencadenan la incidencia de la norma secundaria. Ello, desde luego, no incide negativamente sobre los sujetos «normales», pues éstos tienen conciencia de que el que los hechos de otros no sean castigados no impide que los suyos sí lo sean. En lo que se refiere a los enfermos mentales o sujetos en transtorno mental, no parece que puedan verse a sí mismos como sujetos excepcionales y, en consecuencia, resulta difícil pensar que la falta del refuerzo de la norma secundaria pueda repercutir en una motivación menos intensa (la falta de intensidad se deberá, en todo caso, a la anormalidad de la motivación). En cambio, sí parece posible imaginar que sientan esa motivación de modo menos intenso sujetos como los menores de edad y los que se encuentran en situaciones de necesidad disculpante. La no incidencia de la norma secundaria —en tanto que conocida de antemano— puede repercutir aquí en que la fuerza motivatoria de la norma primaria sea inferior. En que, sin embargo, las cosas sean así, advierto la prevalencia de intereses garantísticos o de reducción de la intervención penal sobre el puro interés preventivo-motivatorio.

C) La norma secundaria. Conclusión.

1. Como ya se ha señalado reiteradamente, junto a las normas primarias, integran el ordenamiento jurídico-penal las normas secundarias, dirigidas a los jueces, que les ordenan la imposición de sanciones penales en el caso de que se den ciertos presupuestos unidos a la infracción de las normas primarias[225]. Si las primarias son normas de conducta, de comportamiento (*Verhaltensnormen*), las secundarias pueden verse como normas de sanción (*Sanktionsnormen*). Las normas secundarias tienen una evidente esencia imperativa[226]. En cuanto a su

[224] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 46.

[225] En realidad, hay dos clases de normas secundarias, las que ordenan la imposición de penas y las que ordenan la imposición de medidas de seguridad. Aquí nos centraremos en las que imponen penas, en tanto que éstas son las que aparecen interrelacionadas con las normas primarias (de conducta) y su infracción. Las normas secundarias que ordenan la imposición de medidas no se vinculan, en realidad, al hecho de la infracción de la norma primaria, sino a la constatación de una peligrosidad del sujeto, aunque es cierto que se exige que ésta se manifieste en la comisión de un delito. Pero, en realidad, la antijuricidad del hecho no es (o no habría de ser) siempre un requisito de la imposición de medidas postdelictuales.

[226] ENGISCH, *Auf der Suche*, p. 43; MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 37,43.

misión, ésta es, por un lado, de refuerzo de la misión motivatoria de las normas primarias. Sin embargo, el ámbito de las normas secundarias es distinto y menor que el de las normas primarias. Una cosa —más amplia— es lo que el Derecho pena pretende evitar —y, por ello, lo prohíbe —(*ex ante*) y otra —menos amplia— lo que está dispuesto a castigar —esto es, desea evitar incluso al precio de la sanción penal— (*ex post*). Esta diferencia de ámbito entre la norma primaria y la norma secundaria se plasma en la existencia de hechos prohibidos y que, sin embargo, no se castigan por faltar bien la culpabilidad del sujeto, o bien la lesividad u otros presupuestos de la sancionabilidad del hecho.

2. En la norma secundaria se pone de manifiesto algo que ya hemos advertido antes a propósito de las normas primarias: a saber, que la misión de prevención a través de la motivación no es la única que deben cumplir las normas, y que, por tanto, la concreta configuración de la norma responde al conflicto entre éstos y otros fines de signo utilitario o garantístico, pero en todo caso orientados a una restricción de la intervención penal. Como hemos indicado, la primera expresión de la síntesis entre los diversos fines en conflicto la constituye la determinación del ámbito de lo «prohibido». Sin embargo, esa síntesis aparece convertida en nueva tesis, a la que se contraponen otros fines que abonan la renuncia al castigo: la síntesis final expresa el ámbito de lo «punible» (o sancionable). Las decisiones en virtud de las cuales se determina el ámbito de lo «prohibido» y de lo «punible» (sancionable) son las dos decisiones político-criminales fundamentales, las más ricas en consecuencias. La primera, al expresar cuáles son los objetos de protección penal y las circunstancias en que se protegen, delinea el ámbito de la libertad personal de acción y el ámbito de conductas cuya realización está vetada; a la declaración de que una conducta está prohibida se vinculan, por lo demás, importantes consecuencias sistemáticas. La segunda, al expresar el ámbito de lo punible (sancionable), realiza una importante selección dentro de las conductas prohibidas, con consecuencias jurídicas evidentemente decisivas. Las dos decisiones político-criminales básicas, la que determina lo prohibido y la que determina lo punible (sancionable), permiten obtener la clasificación básica de las conductas a la luz del Derecho penal. Así, hay conductas no prohibidas; prohibidas pero no punibles (no sancionables); y, en fin, prohibidas y punibles (sancionables). Ello, obviamente, no implica descartar ulteriores diferenciaciones, que se dan y son importantes, pero sí pretende subrayar que esas otras diferenciaciones poseen un rango subordinado respecto a a que se acaba de mencionar.

3. La norma primaria contempla la realidad desde una perspectiva *ex ante*, esto es, previa a la comisión de los hechos delictivos. Desde tal perspectiva, expresa, de modo genérico, qué conductas tienen un contenido de merecimiento y necesidad de pena tal que deben ser penalmente prohibidas (para intentar evitarlas por la motivación) y cuáles, en cambio, no. La norma secundaria, por

su parte, contempla la realidad desde la perspectiva *ex post*, esto es, posterior a la comisión de los hechos delictivos. Desde ésta, y ya para hechos concretos provenientes de sujetos concretos, determina, a partir de criterios de necesidad de pena, si procede la sanción de ese hecho o bien procede la impunidad. Todo ello, para el caso concreto; aunque el hecho, en general, sea de los que se pretenden evitar, motivándose, por tanto, en contra de su realización. Norma primaria y norma secundaria son, según entiendo, los ejes de la configuración de las categorías de la teoría dogmática del delito. Ellas, en efecto, constituyen el puente a través del cual las consideraciones relativas a los fines del Derecho penal hallan acomodo en la sistemática del delito. A continuación, expondremos los términos de esta relación «fines del Derecho penal/norma primaria y norma secundaria/sistema de la teoría del delito».

V.2. Teoría de las normas jurídico-penales y sistema del delito.

A) Introducción. Bases de la construcción del sistema dogmático del delito. Fines del Derecho penal, normas jurídico-penales y teoría del delito.

1. La teoría del delito se ocupa de la exposición sistemática de los presupuestos que deben concurrir de modo genérico para la imposición de una sanción penal y de las consecuencias intrasistemáticas que resultan de la presencia o ausencia de cada uno de ellos. La configuración actual de tales presupuestos es el producto de una evolución histórica que se inicia tan pronto como cabe constatar una elaboración científica en el ámbito jurídico-penal, esto es, en realidad, en la Baja Edad Media y, sobre todo, en el período del Humanismo[227]. Es en este momento en el que autores italianos como *Farinacio* o *Deciano*, españoles como *Covarrubias* y alemanes como *Theodoricus* o *Carpzov* comienzan a desarrollar doctrinas sobre la pena y otras instituciones del Derecho penal y, lo que aquí interesa, a realizar las primeras aproximaciones mas o menos sistemáticas al delito.

> A título puramente ejemplificativo, baste señalar que en el *Tractatus criminalis* de DECIANO se parte de la concepción de que «delictum est factum hominis... dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest»[228].

---

[227] Cfr. al respecto, RÜPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, München 1981, p. 27 y ss., 41 y ss.; JESCHECK, *Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada* (trad. Sanz Morán), pp. 9-32, p. 10.

[228] La cita es de RÜPING, *Grundriß*, p. 41.

El impulso decisivo lo proporcionan las doctrinas del Derecho natural, que producen una concepción del delito basada en la noción de «imputación»[229]. Así, se obtiene en autores como PUFENDORF —también WOLFF o THOMASIUS— la distinción fundamental entre la «imputatio facti» y la «imputatio iuris», que se encuentra sin duda en la base de los desarrollos posteriores[230]; significativamente, en la base del concepto de delito de los autores de la escuela hegeliana, que se asienta asimismo en la idea de imputación moral. Sin embargo, por un lado, en todas las construcciones aludidas nos hallamos ante concepciones escasamente distintivas[231]; y, por otro lado, —lo que debe estimarse fundamental— en realidad no se trata de concepciones sistemáticas, sino probablemente, como ha señalado SCHILD, de aproximaciones retóricas al tema (esto es orientadas a la discusión práctica en el proceso), sin que tenga lugar una estricta ordenación sistemática de los diferentes «topoi» que merezca el nombre de «teoría»[232]. De ahí que, en definitiva, quepa señalar sin ningún género de dudas que el concepto científico de delito tal como hoy lo entendemos tiene su origen en la segunda mitad del siglo XIX, desde el momento en que el naturalismo sustituye al punto de vista moral, globalizante, característico del pensamiento anterior, por un punto de vista ontológico y distintivo[233]. Es entonces cuando se conforma el llamado *sistema tripartito* de VON LISZT/BELING/RADBRUCH[234]. Ello, naturalmente, en lo que se refiere a los países que han construido la teoría del delito por influjo de

---

[229] Sobre este concepto, redescubierto en la actualidad por un sector doctrinal, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin/New York 1976; también HRUSCHKA, *Imputation*, en Eser/Fletcher (comp.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, Freiburg 1987, pp. 121-174.

[230] Sobre la teoría de la imputación en los autores del Derecho común, cfr. HAFT, *Strafrecht* AT, 2.ª ed., München 1984, p. 13; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 179-180; HRUSCHKA, *Strukturen*, p. 35. También, el excelente análisis resumido de KÜPER, *Recensión de «HRUSCHKA, Strukturen der Zurechnung»* GA 1977, pp. 158-160. Un autor muy significativo en la corriente del Derecho natural es también Böhmer, ya en el siglo XVIII.

[231] En realidad, el sistema del *ius commune* identificaba «acción» e «imputación» como conceptos básicos, entendiendo la acción como una «unidad de sentido objetivo-subjetivo»: cfr. al respecto WELZEL JuS 1966, p. 422. También en la construcción de los hegelianos, (por ejemplo, Berner) la imputabilidad, la legítima defensa y el estado de necesidad aparecían como condiciones de la acción: Cfr. al respecto SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Göttingen 1968, pp. 268-280, p. 268 nota 3. Sin embargo, puede advertirse un esquema, aunque arcaico, significativamente distintivo, por ejemplo, en la obra del autor español Lardizábal. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA, *La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal*, en Estudios de Derecho penal y criminología en homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, tomo II, Madrid 1989, pp. 345-372.

[232] Cfr. SCHILD, en *Kommentar zum Strafgesetzbuch —Reihe Alternativkommentare—*, tomo I, Neuwied 1990, n.º marg. 3 previo al § 13.

[233] SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, p. 268; KÜPER, GA 1977, p. 158.

[234] La conformación del sistema tripartito —o incluso, si se quiere, cuatripartito : acción típica, antijurídica y culpable— es, por su parte, el resultado de una reflexión —en la que intervienen de modo simultáneo y desde perspectivas no siempre plenamente coincidentes diversos autores— que transcurre a lo largo del último tercio del siglo XIX, y que pasa por la distinción de antijuricidad y culpabilidad, la configuración de contenido de la culpabilidad, la delimitación de la acción como categoría autónoma y, en fin, el descubrimiento de la categoría de la tipicidad por Beling, ya en 1906. Sobre ello, cfr. el resumen de JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 180-181; también WELZEL, JuS 1966, p. 421, 425.

la dogmática alemana[235], algo que no cabe afirmar a propósito del caso francés, del inglés (y por añadidura anglosajón), ni tampoco para un importante sector de la doctrina italiana.

> En el caso francés, la doctrina del delito lo concibe constituido por tres elementos fundamentales (los llamados «*éléments communs de l'infraction*»), el «*élément légal*» (el hecho ha de ser previsto y sancionado por la ley), el «*élément matérial*» (el hecho ha de ser realizado materialmente —acción, omisión— o al menos su ejecución tiene que haber comenzado) y el «*élément moral*» (el hecho ha de ser cometido por una persona humana con voluntad libre y consciente —donde se incluyen las categorías equivalentes al dolo y la imprudencia—)[236]. En lo que hace al Derecho penal inglés, es lo común distinguir en el delito dos elementos («*elements of the criminal offence*»), el llamado, en términos latinos, «*actus reus*» (conjunto de elementos externos, acción, omisión, etc) y la llamada «*mens rea*» (los elementos mentales, internos : categorías equivalentes al dolo y la imprudencia)[237]. En Italia, finalmente, se da la contraposición entre la «*concezione bipartita*», puramente descriptiva, apoyada en las doctrinas de CARRARA, PESSINA y CARMIGNANI[238], que distingue

---

[235] Como es el caso, como mínimo, de Austria, Suiza, Países bajos, Grecia, Portugal, Estados nórdicos, etc. y, por supuesto, de España. En nuestro país, la evolución de la ciencia penal se ha producido, en buena medida, por influjo de las traducciones de obras fundamentales alemanas, o, en todo caso, por obras que constituyeron reflejo directo del estado de la evolución doctrinal en Alemana. A título ejemplificativo puede mencionarse la traducción por SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA de la vigésima edición del Tratado de Derecho penal de VON LISZT, (publicada en España en 1916); la lección inaugural del curso 1931-32 en la Universidad de Madrid, pronunciada por JIMÉMEZ DE ASÚA, y que llevaba por título «La teoría jurídica del delito»; la traducción por RODRÍGUEZ MUÑOZ del Tratado de Derecho penal de MEZGER (de su segunda edición alemana —1933—, publicado en España en 1935); la publicación por Antón ONECA de su Derecho penal. Parte General, en 1949; la traducción por CÓRDOBA RODA de la segunda edición del Tratado de Derecho penal de MAURACH (publicada en 1962); la traducción por CEREZO MIR de El nuevo sistema del Derecho penal de WELZEL (publicada en España en 1964); la traducción por MUÑOZ CONDE de la obra Política criminal y sistema del Derecho penal de ROXIN (publicada en 1972); la traducción por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE de la tercera edición del Tratado de Derecho penal de JESCHECK (publicada en 1981).

[236] Cfr., por ejemplo, STEFANI/LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 10.ª ed., París 1978, p. 106 y 55. El llamado «élément injuste» (antijuricidad) es contemplado separadamente por algunos autores, mientras que otros lo incluyen en el propio «élément légal». Las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, error, coacción) en cambio, se contemplan normalmente al margen de los referidos elementos, en el seno de la doctrina del sujeto delincuente, como causas de exclusión de la responsabilidad penal (inimputabilidad, error, coacción) [sobre ello, JESCHECK, ADPCP 1986, p. 15; sin embargo, cfr. STEFANI/LEVASSEUR, PG, 10.ª ed., p. 154 y ss, que contemplan los «faits justificatifs» como causas de exclusión de «élément legal».

[237] Cfr., por ejemplo, SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 6.ª ed., London/Edinburgh 1988, p. 17 y ss., 31 y ss.; CREMONA, *Criminal Law*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire and London 1989, p. 14 y ss. Al margen de la definición de las «offences» se consideran las «defences» (p. 203 y ss), entre las que cabe distinguir las categorías de la «justification» y la «excuse». Una conocida defensa de las ventajas del sistema tripartito clásico en Alemania frente al modelo anglosajón —a propósito del caso de la Mignonette— se halla en RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 4.ª ed., p. 57 y ss. (citado por WELZEL JuS 1966, p. 421).

[238] Sobre las características de ésta, estimándola dominante en Italia, RIZ, *Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien. Überlegungen zum dreiteiligen Verbrechensaufbau*, ZStW 93 (1981), pp. 1005-1016, en especial p. 1006 y ss. también JESCHECK, ADPCP 1986, p. 14.

un «*elemento oggettivo*» y un «*elemento soggettivo*»[239] y la «*concezione tripartita*»[240], inspirada en las construcciones alemanas de BELING, primero, y de MEZGER, después, introducida por DELITALA[241] y su discípulo BETTIOL.

2. La evolución doctrinal del último siglo no ha alterado la estructuración básica del sistema del delito sobre las tres categorías básicas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad[242]. Cierto que han existido algunos intentos de introducción de nuevas categorías, de entre los que destaca el de MAURACH de configurar una nueva categoría: la «*atribuibilidad*», como integrada por las subcategorías de la «*responsabilidad por el hecho*» y la «*culpabilidad*», y, sobre todo, el de ROXIN, de introducir la categoría de la «*responsabilidad*», integrada por las dos subcategorías de la «*culpabilidad*» y de la «*necesidad preventiva de pena*», pero, al menos hasta el momento presente, puede afirmarse que no han conseguido imponerse[243]. En cambio, ha habido constantes variaciones en la configuración del contenido de las categorías[244]. Ellas han sido las que han determinado el tránsito del sistema clásico al sistema neoclásico, al finalista, al ecléctico —todavía dominante— y al sistema teleológico-funcionalista del delito[245].

No parece procedente acometer aquí la tarea de una caracterización de todas estas concepciones. Valga, pues, remitir *supra* (II. 2. y 3.) en cuanto a los aspectos metodológicos de la evolución; al excelente resumen de JESCHECK, en lo que a la propia evolución histórica del contenido de las categorías se refiere[246]; y, en fin, en lo relativo a la situación actual de las diferentes concepciones sistemáticas en Alemania, a mi *Introducción* a la traducción de la obra «*Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*» compilada por SCHÜNEMANN[247].

---

[239] Sobre los problemas derivados de esta concepción a la hora de enjuiciar la existencia o no de causas de justificación, RIZ, ZStW 93 (1981), p. 1007-1008.

[240] Sobre ella, RIZ, ZStW 93 (1981), p. 1009 y ss.; claramente a favor, en la actualidad, FIANDACA/MUSCO PG, p. 71-72.

[241] En su conocida obra *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930.

[242] Cfr. JESCHECK, ADPCP 1986, p. 13; HÜNERFELD, *Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa*, ZStW 93 (1981), pp. 979-1004, p. 982 y 983.

[243] Más adelante aludiremos a las variaciones sistemáticas que una perspectiva funcionalista consecuentemente puesta en práctica debe producir.

[244] Sobre tales variaciones de contenido es esencial el ensayo de BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, (col. Recht und Staat 137), Tübingen 1949, p. 5 y ss. (concepto normativo de culpabilidad en lugar del psicológico, descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto), p. 7 y ss. (inclusión del dolo en el injusto ya por von Weber y Graf zu Dohna), etc; también WELZEL, JuS 1966, p. 422 y 423.

[245] Respecto a lo cual debe decirse que tanto el sistema finalista, como evidentemente el ecléctico y, finalmente, el teleológico-funcionalista, no constituyen en realidad un fenómeno absolutamente unitario, sino que cabe apreciar variantes de mayor o menor peso en el seno de cada uno de ellos.

[246] JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 181-195.

[247] SILVA SÁNCHEZ, *Introducción*, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez) Madrid 1991.

3. La pluralidad de sistemas aludida muestra que la sistematización de los diversos aspectos del delito puede tener lugar desde muy diferentes puntos de vista: Es, pues, evidente que existen varios sistemas posibles, que no sólo se suceden históricamente, sino que incluso coexisten en un determinado momento. Al respecto, cabría, en una primera aproximación, decir que todos ellos muestran idénticas posibilidades de garantizar la seguridad jurídica[248] y tienen una idéntica aptitud para la exposición de la materia jurídico-penal, siempre y cuando se desarrollen coherentemente[249].

> Así, se ha afirmado : «Como la historia de la dogmática muestra, la materia se puede aprehender en los más diversos sistemas de referencia. Todos estos sistemas son utilizables, siempre y cuando se apliquen consecuentemente»[250].

Ahora bien, la apreciación anterior de una cierta equivalencia de los sistemas del delito, que en efecto puede ser cierta en lo relativo a la vertiente expositiva o didáctica de los mismos, se revela como incorrecta tan pronto como se advierten las muy diversas consecuencias materiales que la adopción de uno u otro de los diferentes modelos sistemáticos comporta[251]. Ello, naturalmente, no significa que en las discusiones entre las varias opciones sistemáticas no hayan desempeñado en ocasiones un papel desproporcionadamente importante cuestiones sin relevancia práctica alguna —o con muy escasa relevancia—; y al respecto podría aludirse paradigmáticamente al largo debate sobre la naturaleza del concepto de acción en Derecho penal. Más bien, lo que pretende ponerse de manifiesto es que, en efecto, las diversas concepciones sistemáticas dan soluciones diferentes a los problemas jurídico-penales planteados. Así, la opción por una determinada concepción sistemática habrá de legitimarse frente a las otras argumentando su mayor aptitud para una satisfactoria resolución de problemas concretos. A ello

---

[248] No, sin embargo, para garantizar una auténtica realización de los principios materiales de igualdad y justicia; por ejemplo, el concepto psicológico de culpabilidad, que no permitía atribuir relevancia exculpante a las situaciones de coacción psíquica insoportable, no estaba en condiciones de hacer frente a exigencias elementales de igualdad y justicia. Y como éste podrían citarse otros muchos ejemplos.

[249] Al respecto habría que decir, sin embargo, que el sistema causalista clásico, tal como lo delinea von Liszt, muestra una primera incongruencia, que es la ubicación del concepto de acción (voluntaria) en el frontispicio del sistema, previo al examen de la antijuricidad. En efecto, en una concepción estrictamente objetivista de la materia del juicio de antijuricidad (como juicio valorativo de estados), no sería preciso que tales estados procedieran precisamente de acciones humanas voluntarias. La voluntariedad y la procedencia humana habrían de situarse, según la propia lógica del sistema de distinguir lo objetivo-externo y lo subjetivo-interno (psicológico), en el segundo ámbito (la culpabilidad).

[250] H. Mayer, *Studienbuch*, p. 58, citado por Roxin, *Zur kriminalpolitischen Bedeutung der Strafrechtsdogmatik* (conferencia pronunciada en la Universidad de Helsinki, 26.9. -2.10. 1988; mecanografiado de 24 páginas), p. 3. También, Gimbernat Ordeig, en *Estudios*, 3.ª ed., p. 164 : «lo que le importa al que quiere estudiar Derecho penal es que el dolo (con sus distintas clases) se lo expliquen alguna vez; y esto —antes o después— los dos sistemas lo hacen. Y por lo que al aspecto didáctico se refiere, creo que tanto con uno como con otro modelo estructural se puede enseñar Derecho penal: lo supo enseñar muy bien Mezger (tradicional); y lo saben enseñar ahora, también muy bien, Maurach y Jescheck (finalistas)».

[251] Así también Gimbernat Ordeig, en *Estudios*, 3.ª ed., p. 164 y ss.

se alude cuando se habla de orientación del sistema del delito a las consecuencias y valoraciones (jurídicas, internas[252]) y, según entiendo, en esa medida —al menos— todas las concepciones sistemáticas habrían de ser «teleológicas». Sin embargo, está claro que ni históricamente ni siquiera en la actualidad puede hallarse un pleno acuerdo doctrinal en este punto. Ello, pese a poderse apreciar de modo claro que, en ocasiones, las construcciones obtenidas carecen de todo significado práctico; y que, por otro lado, construcciones coherentes sistemáticamente proporcionan soluciones insatisfactorias a los casos que afrontan, y requieren, por ello, de ulteriores correcciones en un plano extradogmático. Así, las construcciones sistemáticas en Derecho penal muy frecuentemente se han inspirado en concepciones filosóficas[253] y, por tanto, se han elaborado «*a priori*», en lugar de atender a las consecuencias político-criminales de su aplicación, con la consiguiente elaboración «*a posteriori*». Esta tendencia general se hace perfectamente visible en la sistemática causalista naturalista y en la finalista. En cambio, experimenta una quiebra relativa en el neokantismo —y decimos relativa, porque en éste, junto a una novedosa orientación material del sistema, se mantiene la estructura del delito propia del positivismo naturalista[254]. El cambio sustancial de perspectiva va teniendo lugar en el seno de las corrientes ecléctica que coexisten con el finalismo y se plasma, sobre todo, en la orientación teleológica que surge con fuerza a partir del impulso dado por la obra de ROXIN.

> La idea rectora se expresa en palabras de este último del siguiente modo: «*Die juristischen Begriffe des Allgemeinen Teils müssen von ihren Rechtsfolgen her bestimmt und ihr systematischer Zusammenhang muß durch leitende kriminalpolitische Maßstäbe hergestellt werden*». (Los conceptos jurídicos de la Parte general deben ser determinados a partir de sus consecuencias jurídicas y su relación sistemática debe configurarse mediante criterios rectores político-criminales)[255].

4. De lo anterior se desprende que cabe distinguir básicamente entre sistemas deductivo-axiomáticos construidos a partir de premisas filosóficas (en el sentido amplio de «concepciones permanentes acerca de la realidad») y sistemas orientados a las finalidades político-criminales del sistema (que también podríamos denominar teleológicos, aunque, ciertamente, el término teleológico puede concretarse de modos diferentes). Los primeros de los sistemas citados son, casi

---

[252] Que, como es sabido, deben distinguirse de las consecuencias externas, empíricas. Sobre ello, cfr. *supra* II. 4. B) y, además, GÜNTHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, en Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung, I, pp. 362-410, p. 373 nota 23.

[253] Críticamente, ROXIN, *Zur kriminalpolitischen Bedeutung*, p. 7.

[254] Cfr. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 47 y ss. Por no aludir a que la vinculación del sistema neoclásico del delito a las teorías epistemológicas de la escuela sudoccidental alemana imposibilitó la aportación a las categorías —en general— de una una precisa referencia teleológico-valorativa. Cfr. AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 94 y ss.

[255] ROXIN, *Zur kriminalpolitischen Bedeutung*, p. 6.

por necesidad, sistemas cerrados. En efecto, se elaboran «*a priori*» a partir de una idea rectora —que no se cuestiona— y de la que se extraen por vía deductiva todas los enunciados de rango inferior, cuyo contenido no puede modificarse en atención a las consecuencias jurídicas que produce. De ahí que, por otro lado, aparezcan como sistemas meramente clasificatorios, que abstraen hasta la obtención de la idea más general como categoría básica y luego la van concretando por la adición de sucesivas características[256]; de ellos se ha señalado que reproducen el modelo de clasificación botánica ideado por LINNEO[257]. Los segundos de los sistemas citados son, en cambio, sistemas abiertos a eventuales modificaciones en atención a las necesidades político-criminales[258]. Ciertamente, al producirse la atribución de contenido a las categorías «*a posteriori*», esto es, desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas que se obtienen, siempre es posible efectuar modificaciones a fin de adaptar el sistema a las consecuencias que se entienden más satisfactorias. En fin, en los primeros predomina la elaboración conceptual de signo ontológico (según la ontología de que se trate: causalidad física, psíquica, finalidad, libertad); en los segundos, las concepciones normativas (dañosidad social, reprochabilidad, exigibilidad, etc.)[259].

5. Probablemente no es errado establecer una relación entre la concepción deductivo-axiomática y la formación conceptual de base ontológica, por un lado, y entre la concepción de orientación a las finalidades de política criminal (teleológica) y la formación conceptual valorativa (normativa), por el otro. De hecho, en la conformación del sistema causalista naturalista, las bases (lógico-formalistas) propias del positivismo en que se apoya se completan con la referencia de contenido a una ontología en cuyo centro se sitúa la noción de «causalidad natural»[260]. Asimismo, el sistema finalista realiza su construcción deductivo-axiomática sobre la base de una ontología asentada sobre las estructuras lógico-objetivas de la finalidad y la libertad[261].

---

[256] Sobre el sistema cerrado y clasificatorio como sistema incomunicado de la realidad social y ajeno a toda decisión valorativa político-criminal, ROXIN, *Política criminal*, p. 34-35. Las diferentes categorías cumplen exclusivamente una función de ordenación lógico-sistemática: críticamente, GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechffertigung*, I, p. 370. Ya antes, por ejemplo, criticando el carácter «ciego» respecto a las consecuencias jurídicas del sistema expuesto por HRUSCHKA en sus «*Strukturen der Zurechnung*», KÜPER, GA 1977, p. 160. Sobre el carácter clasificatorio de la sistemática del finalismo, SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, p. 274.

[257] Cfr. al respecto SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, p. 269; también, *Studienbuch*, cap. 4 n.º marg. 33.

[258] Sobre la distinción general entre sistemas axiomáticos y sistemas abiertos, sosteniendo la necesidad de que el sistema de la ciencia del Derecho sea un sistema abierto, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 34 y ss.

[259] Una contraposición de ambos modelos sistemáticos (categorial y teleológico), optándose por el segundo, ya en RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, Festgabe für R. V. Frank zum 70. Geburtstag, tomo I, Tübingen 1930, pp. 158-173, passim, en especial, p. 160.

[260] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, p. 269; también SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 44, indicando que el contenido naturalístico del sistema aparece únicamente en la subdefinición del contenido de las categorías.

[261] Al respecto, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 54-55.

> De todos modos, debe afirmarse que el método finalista, aunque generalmente se estima como expresión de un razonamiento deductivo-axiomático a partir de premisas de una determinada filosofía ontológica, a veces se ha contemplado desde una diferente perspectiva[262].

En cambio, el neokantismo, al proceder a integrar elementos *materiales* (contenidos de valor) en las diversas categorías del delito[263], lo hace pretendiendo elaborar un sistema teleológico del delito[264], esto es, «construir el concepto de delito a partir de los fines perseguidos por el Derecho penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base»[265]; así, por ejemplo, en el tipo se toma como valor rector la finalidad de protección de bienes jurídicos[266]. Todo ello sucede de forma mucho más evidente en las modernas concepciones teleológicas.

> En palabras de SCHÜNEMANN: El «razonamiento sistemático teleológico» ha sentado las bases de una profunda modificación del sistema del Derecho penal que «...se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del *neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común* con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los

---

[262] El tema decisivo es si el papel central le corresponde a la acción final o al concepto personal de injusto, que podría entenderse como derivado de un replanteamiento de la vieja idea retributiva mediante una concepción del Derecho penal como orientado a la protección de los valores ético— sociales de la acción, mediante el fomento de actitudes de fidelidad al Derecho entre los ciudadanos. Sobre esto vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 16-17. En este sentido, es preciso aludir a la idea de KRAUB, ZStW 76 (1964), p. 52 [citado por PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt 1974, p. 96 nota 123] de que lo decisivo en la doctrina finalista no es el concepto ontológico de acción, sino la concepción de la antijuricidad como «*Imperatiwidrigkeit*» (infracción de imperativos). Ahora bien, aunque es cierto que la primera premisa del razonamiento de WELZEL lo constituye una «*normentheoretische Überlegung*» (que las normas tienen por objeto «acciones»), la realidad es que, a partir de ahí, es la estructura ontológica (final) de la acción la que preside todo el discurso dogmático y la concreta configuración de las categorías. [Cfr. esto en HIRSCH, *Rechtswissenschttliche Fakultät-FS*, p. 415 y ss.]. Es más, el propio WELZEL (por ejemplo, JuS 1966, p. 424) señala que la teoría final de la acción no es una teoría específicamente jurídica, sino una teoría general de la acción que pretende aprehender la esencia de la acción humana. Con todo, habría que preguntarse por qué WELZEL comienza pensando que el legislador sólo puede tomar como objeto de sus normas acciones (finales); y en este punto probablemente no cabrían más que referencias funcionales. Sobre estos temas, por lo demás, cfr. *supra* II. 2. D) y II. 4. C) c).

[263] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, p. 272; SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 49.

[264] De todos modos, la visión teleológica del delito tiene antecedentes previos al neokantismo. Así, se ha aludido a autores como Stübel, Grolmann o Feuerbach, así como, por supuesto, a la idea de «fin» en Ihering y von Liszt, o a la «jurisprudencia de intereses» de Heck: cfr. sobre ello MOCCIA, *Presentación*, en ROXIN, *Politica criminale e sistema del Diritto penale*, Napoli 1986, p. 8, 11; AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema modemo*, p. 96; GÜNTHER, en Eser/Fletcher (comp.), *Rechtfertigung*, I, p. 371.

[265] JESCHECK, *Tratado*, I, p. 277. Como expresa gráficamente SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, p. 272-273: «... es war zugleich auch die Vorspiegelung eines klassifikatorisch wertfrei einsetzenden Systems zugunsten einer teleologischen Systematik überwunden, die von vornherein die materialen Gehalte der Straftat im Blick auf die Strafe als Rechtsfolge ertragt und derart das System auf die Rechtsanwendung bezieht».

[266] Cfr. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 51.

> valores y fines que desempeñan el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una delimitación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del fin de prevención, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la administración de la justicia penal»[267].

Ciertamente, los sistemas valorativos pueden ser de diversa índole en función de la fuente de la que se tome la referencia de valor. A ello ya hicimos alusión detallada al examinar las diferentes concreciones posibles de una metodología dogmática no formalista. Sin embargo, en la realidad apenas si se considera otra fuente que no sea la que tiene que ver con los fines del Derecho penal, aunque éstos se entiendan de modos diversos.

> Conviene especificar, de todos modos, que si los fines del Derecho penal pueden desempeñar el papel de referente valorativo de la construcción del sistema, ello es porque entendemos tales fines no como funciones empíricas que cumple efectivamente el Derecho penal, sino básicamente como fines que «debe cumplir» el Derecho penal para ser legítima su intervención. Los fines actúan pues, como valores de legitimación, lo cual hace plenamente lógico que las categorías de la teoría del delito orienten también su contenido a los principios que legitiman, que hacen justificada la intervención del Derecho penal.

En realidad, puede decirse que existe una interrelación, que en su momento ya comentamos, entre configuración normativa (o valorativa) del contenido de las categorías del sistema y orientación del mismo a las finalidades político-criminales. En efecto, la orientación del sistema a tales finalidades requiere conceptos abiertos, flexibles, como sólo pueden ser los conceptos normativos; por otro lado, una normativización de las categorías del sistema, una configuración de las mismas en términos valorativos, corre el riesgo de convertirse en una mera tautología, si no atiende a las finalidades político-criminales, esto es, si no se orienta a los fines del Derecho penal.

6. La distinción entre sistemáticas teleológicas y sistemáticas clasificatorias, como sistemáticas respectivamente conformadas «a posteriori» y «a priori», no excluye la existencia de modelos mixtos, en los que inciden ambos tipos de consideraciones; un ejemplo de ello podría ser el constituido por el neokantismo, y en esa medida tendría razón WELZEL cuando señala que el neokantismo es una doctrina complementaria del positivismo. En efecto, el neokantismo adopta el concepto de delito propio del causalismo naturalista y simplemente le superpone las consideraciones de valor, con lo que no abandona plenamente el sistema clasificatorio[268]. Pero también en el sistema de ROXIN no se hace sino proyectar

[267] SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 67.
[268] Críticamente, ROXIN, *Política criminal*, p. 35 y ss.

consideraciones teleológicas de contenido sobre una estructura de categorías que responde básicamente a la sistemática tradicional clasificatoria[269]. En cualquier caso, la opción entre una sistemática clasificatoria y una sistemática teleológica debe resolverse decididamente en favor de esta segunda. Ciertamente, sólo ella coordina la reflexión sistemática sobre la teoría del delito con la reflexión acerca de los fines que ha de cumplir el Derecho penal, atribuyendo a la teoría del delito su carácter fundamental de instrumento orientado al cumplimiento de tales fines, de medio de cumplimiento de los fines preventivos y garantísticos atribuidos al Derecho penal. Sólo de este modo puede, a mi entender, legitimarse un determinado sistema dogmático: en la medida en que no constituye un mero edificio artístico, sino que responde a la realización de los fines que legitiman la presencia del Derecho penal en la sociedad, integrándose armónicamente en su marco general[270].

7. Ya hemos dicho antes que cabe advertir sistemáticas teleológicas no puras, sino mixtas, esto es, que mezclan, por ejemplo, una configuración clasificatoria del sistema con una atribución teleológica de contenido a las categorías. De todos modos, ni siquiera la calificación de una sistemática como teleológica supone todavía una caracterización concreta de la misma. Ello, al menos, por tres razones. En primer lugar, porque el objeto de referencia de la «funcionalización» del sistema no siempre coincide[271]. Así, por ejemplo, en el sistema teleológico «sui generis» de SCHMIDHAUSER esa referencia viene dada, simplemente, por la pena[272]. En cambio, en el planteamiento de ROXIN, son las finali-

---

[269] Lo pone de relieve SCHILD, *Die «Merkmale» der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach 1979, p. 131.

[270] Ello no significa, naturalmente, que no se hayan producido críticas frente a la orientación del sistema dogmático del delito a las finalidades político-criminales. Así, se ha aludido a un peligro de difuminación del contenido de las categorías, al riesgo de manipulación política, a la pérdida de seguridad jurídica, etc. Cfr. sobre estas y otras críticas las opiniones de Hirsch o Krauß, recogidas por PERRON, *Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1987 in Salzburg*, ZStW 99 (1987), pp. 637-663, p. 638,642, etc; también alude a opiniones críticas, que estima posible superar, GÜNTHER, en Eser/Fletcher (comp.), *Rechtfertigung*, I, p. 376. Exponiendo claramente que la orientación político-criminal de las categorías no lleva a su disolución, sino a su desarrollo, SCHÜNEMANN, *De deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil. Schuld und Kriminalpolitik*, GA 1986, pp. 293-352, p. 302, 305.

[271] Así, por ejemplo, una posible referencia de orientación político-criminal podría ser el aspecto de protección de bienes jurídicos (criticado por su carácter limitado y las consecuencias incorrectas de atender a él de modo exclusivo), o el concepto de pena, o los fines de la pena. Sobre ello, cfr. GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 372 y ss., en especial p. 373 nota 24 y p. 375 nota 28, con amplias referencias bibliográficas. Günther pone de relieve la necesidad de atender también a las medidas de seguridad, como criterio de orientación; asimismo, la necesidad de contemplar no sólo las *funciones*, sino también la *esencia* de penas y medidas (p. 376-377).

[272] SCHMIDHAUSER, *Radbruch-GS*, p. 270 : «*Es sind die allgemeinen Merkmale dieser Voraussetzung* (esto es, el delito) *der Rechtsfolge Strafe in eine auf diese Rechtsfolge hin ausgerichtete und insoweit teleologische, in sich funktional sinnvolle Ordnung zu bringen*»; cfr. asimismo p. 273 nota 18 donde contrapone su postura (orientación del sistema del delito a la pena) a la propuesta por Radbruch en 1930 (orientación del sistema a los fines de la pena). Vid. también SCHMIDHAUSER, *Studienbuch*, cap. 4

dades político-criminales (esto es, algo más que «la pena», incluso que «los fines de la pena») las que constituyen el punto de referencia del sistema y proporcionan el contenido de las categorías[273]. En JAKOBS, en fin, es la función (de prevención general positiva apoyada en la teoría de los sistemas) de la pena la que cumple tal papel de referencia de la elaboración sistemática[274]. En segundo lugar, también puede ser diferente la forma de integrar tales perspectivas teleológicas en el sistema: así, cabe que se limiten a atribuir nuevo contenido a las categorías, como hasta ahora ha venido sucediendo, sin modificar esencialmente sus relaciones, contenido o estructura general; o bien cabe que se produzca un replanteamiento decisivo de la tripartición heredada desde el sistema clásico del delito. En tercer lugar, es un punto decisivo el papel de mediación que pueda desempeñar la teoría de las normas en esa orientación del sistema a las referencias teleológicas. Así, mientras que un sector de partidarios de la orientación teleológica niega toda relevancia a la teoría de las normas (como veremos, SCHÜNEMANN), otros toman dicha teoría (en tanto que determinada en su propia estructura y contenido por el cumplimiento de las misiones del Derecho penal) como punto de partida de la construcción del sistema (en esta línea destacan, desde perspectivas parcialmente diferentes, autores como WOLTER, RUDOLPHI y FRISCH, en Alemania, y MIR PUIG, en España).

En realidad, una cuarta diferencia entre las sistemáticas telológicas podría venir dada todavía por el carácter más o menos abierto de los sistemas que conforman. Cabe, en efecto, por un lado, que se limiten a producir un sistema abierto por las premisas (político-criminales), pero que, por lo demás, operen en forma lógico-deductiva[275]. Cabe, en cambio, por otro lado, que también las

---

n.º marg. 2: «*Der sachliche Zusammenhang von Straftat und Strafe ist demnach als Systemgedanke ausdrücklich hervorzuheben: so ergibt sich schliesslich eine teleologische Straftatsystematik (-sie ist ausgerichtet auf das Ziel, das «Telos» der gerechten Strafe als Rechtsfolge)*».

[271] Así, por ejemplo, una posible referencia de orientación político-criminal podría ser el aspecto de protección de bienes jurídicos (criticado por su carácter limitado y las consecuencias incorrectas de atender a él de modo exclusivo), o el concepto de pena, o los fines de la pena. Sobre ello, cfr. GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 372 y ss., en especial p. 373 nota 24 y p. 375 nota 28, con amplias referencias bibliográficas. Günther pone de relieve la necesidad de atender también a las medidas de seguridad, como criterio de orientación; asimismo, la necesidad de contemplar no sólo las *funciones*, sino también la *esencia* de penas y medidas (p. 376-377).

[272] SCHMIDHAUSER, *Radbruch-GS*, p. 270 : «*Es sind die allgemeinen Merkmale dieser Voraussetzung* (esto es, el delito) *der Rechtsfolge Strafe in eine auf diese Rechtsfolge hin ausgerichtete und insoweit teleologische, in sich funktional sinnvolle Ordnung zu bringen*»; cfr. asimismo p. 273 nota 18 donde contrapone su postura (orientación del sistema del delito a la pena) a la propuesta por Radbruch en 1930 (orientación del sistema a los fines de la pena). Vid. también SCHMIDHAUSER, *Studienbuch*, cap. 4 n.º marg. 2: «*Der sachliche Zusammenhang von Straftat und Strafe ist demnach als Systemgedanke ausdrücklich hervorzuheben: so ergibt sich schliesslich eine teleologische Straftatsystematik (-sie ist ausgerichtet auf das Ziel, das «Telos» der gerechten Strafe als Rechtsfolge)*».

[273] Cfr. ROXIN, *Política criminal*, p. 34 entre otras.

[274] JAKOBS, AT, ya en p. V (1.ª ed.).

[275] Como afirma NINO, esto es difícil. Lo normal es que los saltos sean valorativos y es importante ponerlo de manifiesto, a fin de lograr compaginar estas valoraciones con las valoraciones generales de partida.

categorías resultantes de la elaboración teleológica se mantengan abiertas a posibles modificaciones en atención a sus consecuencias. Un sistema abierto por completo, en fin, debe rechazarse en la medida en que si todo puede ser modificado y nada permanece, no tiene sentido seguir hablando de sistema.

8. Por mi parte, ya expuse en su momento que entiendo el sistema dogmático del delito como una construcción valorativa, que obtiene las referencias materiales de valor de una orientación teleológica. Dentro de la perspectiva teleológico-funcionalista, estimo que la elaboración categorial y sistemática de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia el complejo de fines (legitimadores) del Derecho penal, tal como éstos han sido expuestos más arriba[276].

Como señala MIR PUIG: «La teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena. Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible»[277]. Pero esto debe entenderse con la matización de que, para mí, no es sólo al fundamento y fin de la pena, sino a todos los fines del Derecho penal (tal como los expuse) a los que se vincula la teoría del delito.

En fin, considero que tal orientación funcional o teleológica del sistema sólo puede tener lugar a través de la mediación de la teoría de las normas jurídico-penales. Ello es así porque las normas constituyen, por un lado, el instrumento esencial de que se sirve el Derecho penal para el cumplimiento de los fines preventivos y garantísticos que justifican su intervención (como intervención mínima) en la sociedad. Por otro lado, porque las normas primarias (como normas de conducta) expresan el objetivo de regulación del Derecho penal mediante el establecimiento de directivas de conducta, que se ven contrariadas por determinados comportamientos (que se estiman, en abstracto, delictivos; propiamente hablando, antinormativos, penalmente antijurídicos). Por su parte, las normas secundarias toman como presupuesto para su aplicación la producción del hecho delictivo completo. Ello significa que la doctrina de la antijuricidad penal aparece condicionada por la misión de la norma primaria, mientras que la doctrina de

---

[276] Es decir, tanto a los fines preventivos, como a los fines de intervención mínima y a los fines garantísticos. Ello, a mi juicio, permitiría superar las críticas que algunos han dirigido a una orientación exclusiva de las categorías a los fines de la pena (o la medida), por los problemas garantísticos que esto podría generar. Tal orientación a los fines del Derecho penal en sentido amplio permite atender perfectamente a la realidad de la pena como «mal» (restricción de derechos individuales) especialmente grave y exigir, por ejemplo, para el injusto penal una intromisión asimismo especialmente grave en la esfera ajena, o incluir en la culpabilidad especiales consideraciones de humanidad y de trato desigual de la desigualdad. A ello es a lo que alude GÜNTER, en Eser/Fletcher, Rechtfertigung, I, p. 377-378, cuando exige que se tenga en cuenta la esencia de la pena y su necesaria repercusión en una configuración teleológica de las categorías. Pero en mi sistema, si se examina cuáles son los fines que atribuyo al Derecho penal, parece garantizado.

[277] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 41.

las demás categorías delictivas se halla presidida por la misión de la norma secundaria. En suma, los fines del Derecho penal condicionan inmediatamente la estructura y contenido de las normas jurídico-penales y, mediatamente, la configuración de las categorías del delito y su respectivo contenido[278].

> En sentido próximo, MIR PUIG: «Entre la pena y el delito es preciso un elemento de enlace: la *norma penal*. Ella establece la pena, por una parte, y el delito como presupuesto, por otra. La concepción de la pena influye en la teoría de la norma y ésta en la teoría del delito (...) La teoría del delito debe partir, pues, de la pregunta: *¿qué es lo que puede ser prevenido a través de la motivación por una norma jurídico-penal?*»[279].

B) El sistema bipartito

a) Introducción. La tripartición clásica y la bipartición de base teleológica.

1. Ya se ha señalado que el esquema del delito dominante en Alemania desde la época de VON LISZT y BELING es el esquema tripartito que diferencia los niveles sistemáticos de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad (con la eventual diferenciación de la acción, que haría del sistema uno cuatripartito)[280]. Este esquema, por mucho que haya experimentado variaciones importantes en su contenido, sigue respondiendo a una idea inicial de corte clasificatorio. La cuestión es, por tanto, si desde perspectivas materiales resulta adecuado situar en el mismo plano las diferencias entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, o bien sería conveniente establecer aquí dos planos diversos de diferenciación. Los puntos de vista críticos se han manifestado sobre todo desde las filas de las nuevas sistemáticas teleológicas. Cierto que, en el seno de éstas, —y como ya se ha apuntado— ROXIN adopta una perspectiva prácticamente coincidente con la clásica en cuanto a las categorías que integran el sistema. Sin embargo, otras posturas han realizado propuestas en el sentido de sustituir esta clásica tripartición por una bipartición que resalte el papel central de los conceptos básicos «antijuricidad penal» y «culpabilidad» y contemple el papel de otras categorías, como la tipicidad, en un segundo nivel, subordinado.

2. Si las categorías se entienden como portadoras de las valoraciones fundamentales (orientadas teleológicamente) en torno al hecho, parece claro que resulta preferible la opción por la bipartición. En efecto, los dos juicios de valor

---

[278] En un sentido similar, RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, pp. 81-93, passim.

[279] MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 120; también *Función*, 2.ª ed., p. 41-42.

[280] Se deja aquí al margen la discutida cuestión de la contemplación de la punibilidad como categoría autónoma.

básicos que —desde el punto de vista jurídico-penal— pueden hacerse recaer sobre un hecho son, por un lado, el que lo muestra como contrario al Ordenamiento jurídico-penal y, por el otro, el que lo atribuye individualmente a un autor concreto. En esa medida, antijuricidad y culpabilidad parecen claramente los dos niveles valorativos fundamentales[281]; la distinción entre hechos no antijurídicos, antijurídicos pero no culpables y, en fin, antijurídicos y culpables (esto es, en general, punibles) es, por un lado, la más expresiva y, por añadidura, como ya se mostró, la realmente trascendente en el plano de las consecuencias jurídicas. Otras categorías, como la tipicidad, quedan, según se ha dicho, en un segundo nivel de diferenciación. Concretamente, a la constatación de la tipicidad se le asignan funciones prácticas o heurísticas en orden a la obtención del injusto penal[282]. En suma, pues, el ser penalmente antijurídico y el ser culpable constituyen, según se sostiene desde perspectivas teleológicas, los dos predicados de valor que conforman los materiales elementales del sistema del hecho punible.

> De todos modos, la bipartición puede sostenerse también desde un punto de vista meramente lógico-estructural. En efecto, desde tal perspectiva se ha puesto de manifiesto que la tripartición produce una configuración «descompensada» de la estructura del delito, al mezclar dos niveles diferentes de la jerarquía conceptual[283], de modo que sólo la bipartición produce una configuración armónica del sistema. Ciertamente, sólo es preciso examinar un cuadro sinóptico de la tripartición o cuatripartición para percibir que dos de los tres o tres de los cuatro elementos pertenecen a un mismo ámbito, correspondiendo, en realidad, a subdiferenciaciones del mismo[284].

3. En todo caso, está claro que el nudo gordiano de la opción por la bipartición o la tripartición se halla en la relación entre tipicidad y antijuricidad. Es éste un tema complejo, de discusión centenaria, que ha sido aludido en el ámbito de la teoría de las normas y al que, en todo caso, dedicamos un apartado posterior. Con todo, debe hacerse aquí la consideración de que sostener una concepción

---

[281] Cfr. por ejemplo WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín 1981, p. 143-144, con amplias referencias bibliográficas a ésta y la posición contraria en nota 315; SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema modemo*, p. 71 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht* AT, 3.ª ed., Berlín/New York 1988, p. 58: «*Auch wenn daher bei der praktischen Prüfung eines Verhaltens vom Gesetzestatbestand ausgegangen wird, so gibt es innerhalb der Deliktsprüfung doch nur zwei Wertungsstufen: die Rechtswidrigkeitsprüfung und die Schuldprüfung*» con ulteriores referencias bibliográficas. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 46, con alusión a la posición, también favorable a una concepción bipartita, de Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, p. 180 y ss. De modo general sobre el tema, LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., n.º marg. 15 y ss., previos a los §§ 13 y ss., con amplia referencia bibliográfica en n.º marg. 16; Lenckner acoge también la bipartición [n.º marg. 17: «*...es für die strafrechtliche Bewertung eines Verhaltens nur zwei Wertungskategorien geben kann...*»]. En España acoge la bipartición desde perspectivas telológicas MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 121 y ss. Desde una perspectiva axiológica de contenido diferente, adoptan también una bipartición básica COBO/VIVES, PG, 3.ª ed., p. 231.

[282] SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 72.

[283] Cfr. HAFT, AT, 2.ª ed., p. 8, 10-11.

[284] Cfr. HAFT AT, 2.ª ed., cuadro n.º 4 de la p. 8 y cuadro n.º 5 de la p. 15.

bipartita del delito en el plano básico no implica necesariamente acoger la llamada teoría de los elementos negativos del tipo —aunque ciertamente, las concepciones bipartitas hayan surgido de partidarios de esta doctrina, en su mayoría— ni, en consecuencia, eliminar toda posibilidad de examen autónomo del significado de la «tipicidad» dentro del supuesto de hecho prohibido. Tal examen autónomo me parece, como trataré de mostrar, plenamente justificado. Lo único que se pretende señalar al sostener, desde perspectivas teleológicas, una construcción bipartita —en la base— del delito es que la tipicidad no expresa un juicio de valor autónomo del mismo nivel que los de antijuricidad y culpabilidad. Al respecto, hay quienes niegan que constituya un juicio «jurídico» de valor en sí misma, dado que, por sí sola, no desencadena consecuencia jurídica alguna[285], reduciéndola a una dimensión pragmática[286]. Por mi parte, entiendo que cabe todavía atribuir un significado a la tipicidad como subcategoría del sistema, pero, desde luego, un significado muy subordinado al de las dos categorías básicas del mismo. En lo demás, me remito a lo que se dirá a continuación.

b) Toma de posición: La bipartición sobre la base de la teoría de las normas.

1. Personalmente —como habrá podido colegirse— comparto la línea expuesta, esto es, la bipartición. Sin embargo, estimo posible formular su contenido de modo parcialmente distinto, dotándole de una mayor orientación teleológica. Concretamente, tomando como punto efectivo de partida la teoría de las normas (primaria y secundaria), construida desde la perspectiva de la teoría de los fines del Derecho penal.

> La adopción de la teoría de las normas como base de la construcción de la teoría del delito es un tema polémico. De hecho, ya en el período neokantiano se manifestaron críticas respecto a ello, por entenderse que una construcción así velaba las posibilidades de orientación teleológica del sistema[287]. Sin embargo, me parece claro que tal postura podía deberse a que se contemplaba la norma desde una perspectiva (por lo demás, clásica) puramente formal, en la que su contenido aparecía como algo indiferente o, en todo caso, común para todo el ordenamiento jurídico, en cuya infracción lo relevante era fundamentalmente el mero hecho de la desobediencia[288]. Desde el momento en que la

[285] Por ejemplo, WOLTER, *Objektive und personale*, p. 144: «*Doch ist zu bestreiten, daß an die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit Rechtsfolgen geknüpft werden können und ihr deshalb eine eigene rechtliche Wertungsstufe zukommt*».

[286] SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 72 : «La tipicidad y la ausencia de causas de justificación constituyen, pues, diferenciaciones pragmáticas del plano valorativo del 'injusto penal específico'».

[287] Cfr., por ejemplo, RADBRUCH, *Frank-FG*, I, p. 160; también GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en Festsgabe für R. v. Frank, I, Tübingen 1930, pp. 1-32, p. 7, entre otras.

[288] Esto se advierte, por ejemplo en GRÜNHUT, *Frank-FG*, I, p. 10-11.

estructura y el contenido de las normas aparecen constituidos, como aquí se ha tratado de hacer, en términos teleológicos, esto es, a partir de los fines preventivos y garantísticos que le corresponden al Derecho penal, tal objeción pierde peso[289]. En efecto, las normas —una vez obtenido un contenido material de signo funcional— no sólo no se oponen a la elaboración teleológica del sistema, sino que constituyen, según entiendo, un instrumento especialmente apto para alcanzarla. De todos modos, últimamente se ha manifestado también SCHÜNEMANN en contra de atribuir un significado central —en el marco de una orientación teleológica del sistema— a las normas, y en concreto a la norma primaria como norma de determinación. El argumento central en que basa su crítica es que el contenido de la norma de determinación no es sino una derivación contingente de la única realidad necesaria: que la norma de sanción presupone una valoración negativa del hecho del sujeto. Así, basar la construcción de la antijuricidad en una norma primaria concebida como norma de determinación podría ir más allá —en términos subjetivizantes, exclusión de la relevancia del resultado para el injusto, etc— de las pretensiones sancionatorias del sistema. Tal objeción, sin embargo, no me parece decisiva[290].

Ya al estudiar el contenido y fines de las normas primarias y de las normas secundarias manifesté que éstas expresaban las dos decisiones político-criminales básicas. Por un lado, la formulación de la norma primaria manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, esto es, su calificación como algo que pretende ser evitado desde la perspectiva del Derecho penal, de modo que se estima que tiene sentido (es necesario, posible y lícito) dirigir una conminación penal y limitar consiguientemente el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de pena, a fin de disuadirles de la realización de tal conducta[291]. Por

---

[289] Cfr. sobre ello GRÜNHUT, *Frank-FG*, I, p. 19.

[290] La consecuencia que SCHÜNEMANN rechaza es que una construcción teleológica del sistema basada en la idea de norma (primaria) de determinación podría llevar a conclusiones tan radicales y criticables como las del finalismo extremo, que concibe el injusto en términos absolutamente subjetivos y relega el resultado a un ámbito externo al de la antijuricidad. Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 75 y ss. De todos modos, no parece convincente que SCHÜNEMANN apele a que de este modo «se prohíbe mucho más de lo que la norma de sanción del Código puede castigar». Pues, ciertamente, la decisión político-criminal relativa a la prohibición bajo amenaza de pena de determinados comportamientos puede alcanzar (y de hecho alcanza), dada su menor incidencia limitadora sobre la esfera individual, un ámbito mucho mayor que el de la decisión político-criminal de sancionar efectivamente. En cuanto a los problemas que él advierte de una subjetivización del injusto, no están necesariamente vinculados, como se tratará de mostrar, a una teoría del delito de orientación teleológica asentada en la teoría (funcional) de las normas. Lo que, sin embargo, no cabe ignorar, es que el fin de prevención (y garantía) cumplido por la norma primaria a través de la motivación es un fin que se realiza *ex ante;* y esto tiene evidentes consecuencias en la contrucción del injusto. Cfr. por lo demás, sobre el tema de la relación entre la teoría de las normas y la teoría del delito, el trabajo de BACIGALUPO, *La función del concepto de norma en la dogmática penal*, en RFDUC monográfico 11, Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Madrid 1986, pp. 61-74, concluyendo (p. 73) que la función dogmática del concepto de norma es meramente secundaria. Rechazando asimismo la significación de la teoría de la norma para la teoría del delito, SCHILD, *Die «Merkmale»* p. 40, 84, entre otras.

[291] Lo resalta últimamente WOLTER, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch*, GA 1991, pp. 531-552, p. 535, entre otras.

otro lado, la norma secundaria expresa la segunda decisión político-criminal fundamental: la que lleva no ya a limitar la esfera individual de libertad de acción a través de la amenaza de pena, sino incluso a incidir directamente, en términos limitadores, sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo[292]. La decisión en virtud de la cual se selecciona aquello que para ser evitado debe y puede ser penalmente prohibido (conminado con pena) y la decisión en virtud de la cual se selecciona aquello cuya evitación hace precisa y lícita no sólo la prohibición abstracta sino también el castigo concreto constituyen los dos pilares fundamentales de la incidencia del Derecho penal en la sociedad y a ellas ha de adaptarse la sistemática del delito.

2. De ello se desprende que el delito ha de contener dos aspectos fundamentales: por un lado, ha de mostrarse como hecho infractor de la norma primaria penal, y por otro lado, como hecho que contiene los presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal[293]. Las dos categorías fundamentales del delito habrían de ser, pues, *la antijuricidad penal* y la *sancionabilidad penal* (que podría denominarse punibilidad, siempre que se entienda que aquí este término tiene un sentido diferente del tradicional)[294]. En mi planteamiento ello resulta de aplicar las premisas básicas ya antes expuestas: que la teoría del delito debe orientarse a los fines del Derecho penal; que las normas penales constituyen el mecanismo fundamental de cumplimiento de los fines del Derecho penal; y que, por tanto, la orientación de la teoría del delito a los fines del Derecho penal pasa por la configuración del mismo sobre la base de la diferenciación de las misiones propias de las normas primarias y las normas secundarias.

3. Dentro de tal esquema, tiene lugar una subdiferenciación en el seno de cada una de las dos categorías fundamentales. Así, la calificación de un hecho como *infractor de normas primarias penales* requiere, en primer lugar, que el mismo revista carácter de *acción,* en la medida en que la prevención por normas sólo puede tener por objeto acciones, esto es, comportamientos humanos conscientes y voluntarios, y no fenómenos de la naturaleza, o hechos del hombre que no manifiesten su personalidad, sino sólo su corporeidad. En segundo lugar, es preciso que el hecho reúna los carácteres específicos de un *injusto penalmente típico,* esto es, constituya una conducta que contenga un peligro penalmente relevante para un bien jurídico-penal; sólo una agresión de tal género puede legitimar la limitación de la libertad de los ciudadanos que se contiene en la prohibición abstracta del hecho. Por fin, en tercer lugar, el hecho *no debe estar*

[292] Cfr. WOLTER, GA 1991, p. 534-535.

[293] Lo cual requiere la infracción de la norma primaria penal y, además, otros elementos.

[294] Tomando también como base fundamental de diferenciación la existente entre *«Einschränkung der Verbotsnorm»* y *«Verzicht auf die Strafsanktion»*, PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden-Baden 1988, p. 231, en la conclusión.

amparado por causas de justificación o, mejor, por causas de exclusión del injusto penal; en efecto, en la medida en que ese hecho no sólo constituya un riesgo relevante para un bien jurídico-penal sino que, además, conlleve una posibilidad de salvaguarda para otros bienes, dadas determinadas condiciones puede producirse una «compensación» total o parcial entre lo uno y lo otro y, en fin, decaer los presupuestos legitimantes de una limitación del ámbito individual de conductas a través de la prohibición bajo pena. En la decisión adoptada en este primer nivel (la antijuricidad penal) inciden, según creo, consideraciones de merecimiento y de necesidad o no de pena de la conducta (de prohibición bajo pena, en abstracto), junto a consideraciones de garantía individual. Por lo que se refiere a la *sancionabilidad penal* del hecho, ésta requiere, por un lado, la *culpabilidad o atribuibilidad individual* del hecho a un determinado sujeto. Por otro lado, la *lesividad* (en el sentido dogmático de *resultado de lesión (o peligro) para el bien jurídico no compensada de modo suficiente por un resultado de salvaguarda para otro u otros bienes jurídicos)* del hecho realizado. Finalmente, la concurrencia de otros elementos eventualmente concurrentes y condicionantes de la punibilidad del mismo. En el ámbito de la sancionabilidad penal están ausentes, a mi juicio, las consideraciones de merecimiento o no de pena, de modo que las decisiones dependen de la necesidad o no de pena, atendiéndose por supuesto también a las garantías individuales. Como habrá podido comprobarse, en un esquema así las variaciones respecto a la sistemática tradicional son relativas, esto es, no se produce un cambio estructural radical, aunque sí algunas modificaciones trascendentes y llamativas. Los efectos más profundos se manifestarán en el contenido de cada una de las categorías y subcategorías a las que acabo de aludir, y que se examinan en apartados sucesivos. Antes de entrar en ello deseo, sin embargo, dedicar los próximos parágrafos a aludir a los antecedentes próximos de que parte la referida opción sistemática asentada claramente sobre la diferenciación de contenido y función de la norma primaria (como norma de conducta, *Verhaltensnorm, Handlungsanweisung*) y de la norma secundaria (norma de sanción, *Sanktionsnorm, Strafnorm*)[295]. Debo, en todo caso, decir que, en mi caso, esta toma de posición la entiendo como desarrollo natural del punto de vista sistemático expuesto en su Manual por MIR PUIG, mi maestro[296].

---

[295] La terminología *Verhaltensnorm/Sanktionsnorm* es general en Alemania: cfr. por todos RUDOLPHI, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 81-82; la terminología *Handlungsanweisung/Strafnorm* corresponde a RÖDIG, *Zur Problematik des Verbrechensaufbaus*, en Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag, Berlín/New York 1976, pp. 39-64, p. 56 y 57.

[296] El planteamiento de MIR PUIG, como se habrá visto, introduce la teoría de las normas como elemento de mediación entre las funciones de la pena y la teoría del delito. De ahí, por ejemplo, el papel central que en su concepción de la antijuricidad representa el concepto y función de la norma primaria. Sin embargo, pese a que ello le conduce a extraer el resultado (la perspectiva *ex post* del hecho) del ámbito de la antijuricidad, no he advertido que éste, junto con la culpabilidad, pase a considerarse bajo la óptica directa de la norma secundaria, y su contenido y estructura se contemplen consiguientemente presididos por la decisión político-criminal que la norma secundaria implica.

4. El primer autor moderno que acomete la tarea de construir el sistema de la teoría del delito sobre la base de la teoría de las normas (primaria y secundaria) es, según alcanzo a ver, JÜRGEN RÖDIG[297]. Este, en efecto, en su contribución al *Festschrift für Lange,* aun sin contemplar de modo extenso el problema desde el punto de vista político-criminal o teleológico[298], advierte, a mi juicio con razón, que la distinción fundamental en el seno del sistema del delito es la que se produce entre los *aspectos que condicionan ya la infracción de la norma primaria* por el hecho de que se trate, y los *aspectos que meramente condicionan —una vez dada tal infracción— la aplicación de la correspondiente norma secundaria*[299]. En el planteamiento de RÖDIG, la norma de conducta, que indica al sujeto cómo debe comportarse en una situación determinada, resulta de la puesta en relación de los diversos enunciados jurídicos (*Rechtssätze*) apicables al caso, básicamente los enunciados que expresan la tipicidad y los llamados enunciados permisivos, constituyendo el fundamento de la antijuricidad[300]. Por su parte, la norma secundaria, como norma dirigida al órgano estatal encargado de la imposición de la pena, producto asimismo de la integración de una serie de enunciados jurídico-penales, se halla en la base del concepto de punibilidad (en sentido amplio), en la medida en que determina la clase y requisitos de una determinada intervención punitiva sobre el autor[301]. Al ámbito de la norma secundaria, como presupuestos, por tanto, de la punibilidad del autor, pertenecen los elementos de la culpabilidad[302].

---

[297] Esto es, paradójicamente no un penalista, aunque sí un jurista excepcional, con importantísimas aportaciones a la teoría del Derecho, el Derecho civil, el Derecho procesal, la teoría de la legislación, etc.

[298] Aunque señala [RÖDIG, *Lange-FS,* p. 58 nota 43] que esta distinción constituye el medio de atribuir relevancia sistemática, según la exigencia de Radbruch, a las «*Folgen des Verbrechens*», con lo que en realidad sí admite las connotaciones teleológicas de su planteamiento.

[299] RÖDIG, *Lange-FS,* p. 56 y ss. En esa medida, se muestra crítico respecto a la concepción tripartita: RÖDIG, *Lange-FS,* p. 46.

[300] RÖDIG, *Lange-FS,* p. 56-57. Así pues, en el planteamiento de Rödig, y de modo próximo a lo que aquí se sostuvo en el ámbito de la teoría de las normas, los enunciados típicos de la Parte Especial y los enunciados permisivos han de ser armonizados antes de la aplicación, consituyendo la «norma de conducta», como línea rectora del comportamiento humano y fundamentadora de la antijuricidad, precisamente el producto de tal armonización. Esto —la necesidad de armonizar preceptos legales antes de su aplicación— debe diferenciarse claramente de la existencia —que aquí no se daría— de un conflicto de normas con pretensión de vigencia, a resolver en un caso concreto [RÖDIG, *Lange-FS,* p. 51 y nota 32]: Todo ello le lleva a rechazar la doctrina, de base finalista, que califica al tipo como expresión de la materia de prohibición, en la medida en que tal proceder implica atribuir a las descripciones típicas de la Parte especial una autonomía cualitativa de la que, a su juicio, carecen. Lo decisivo, a su juicio, es si hay motivos para distinguir diversas clases de «*Rechtsmäßigkeit*» (adecuación al Derecho) penalmente relevantes; y parece inclinarse al respecto por la negativa [RÖDIG, *Lange-FS,* p. 53 nota 35].

[301] RÖDIG, *Lange-FS,* p. 42, 57. Deben distinguirse, en este nivel, los presupuestos de la intervención mediante la pena de los presupuestos de la intervención mediante la medida (vid. cuadro p. 64). De todos modos, a este respecto debe señalarse que es dudoso que pueda afirmarse que las medidas requieren la antijuricidad, dándose un paralelismo general en el que tanto penas como medidas requerirían la antijuricidad, variando luego su presupuesto último (culpabilidad para las penas, peligrosidad para las medidas).

[302] RÖDIG, *Lange-FS,* p. 58.

En cambio, no queda muy clara la ubicación sistemática del resultado. Ciertamente, RÖDIG parte de la tentativa como «*Grundstruktur des Verbrechens*» (estructura fundamental del delito)[303] y concibe la norma primaria como «*Verhaltensnorm*»[304]. Sin embargo, no se halla una mención específica de la ubicación del resultado en el ámbito de la norma secundaria como presupuesto de la intervención punitiva[305].

5. De todos modos, ya se ha apuntado que en el planteamiento de RÖDIG está prácticamente ausente toda consideración relativa a los fines del Derecho penal (y, por tanto, también a las misiones de las normas), de manera que su bipartición asentada en la teoría de las normas no puede verse como funcional, sino más bien como una operación lógica de relación de las normas penales con los elementos del ilícito penal. Un intento funcional en sentido estricto es, en cambio, el que, en sus trazos generales, ha presentado últimamente Wolfgang FRISCH. El planteamiento de FRISCH parte de la crítica al sistema tripartito tradicional, por las dificultades que ofrece a una integración de contenidos político-criminales en sus categorías, así como a la puesta en relación de éstas con las decisiones político-criminales fundamentales del «merecimiento de pena» (*Strafwürdigkeit*) y la «necesidad de pena» (*Strafbedürftigkeit*)[306]. En tal sistema, por otro lado, falta una conformación clara de cuál es el núcleo del delito: el comportamiento prohibido, infractor de la norma primaria o norma de conducta, pues éste queda difuminado en la relación de las categorías clásicas de tipicidad/antijuricidad[307]. El sistema tripartito, en fin, parte de una contemplación del hecho *ex post,* con lo cual sitúa en el ámbito de la tipicidad/antijuricidad por un lado demasiado (incluye el resultado, que es, en realidad, un mero presupuesto de la sanción penal), y por otro demasiado poco (sólo las condiciones causales de ese resultado, a las que sólo modernamente se van añadiendo elementos de la doctrina de la imputación objetiva)[308]. A juicio de FRISCH, la alternativa al sistema tradicional debe constituirse conformando un *sistema funcional de presupuestos de la punibilidad,* que se asiente sobre las dos categorías fundamentales de la teoría de las normas: norma de conducta y norma de sanción, y diferencie claramente qué elementos pertenecen a un ámbito y cuáles al segundo[309]. Dado que las misiones de la norma primaria y la norma secundaria son diferentes, sólo esta decisión permitirá una correcta atribución de contenido en términos funcionales a cada uno de los conceptos y subcategorías. En tal sistema, a la infracción de la norma de conducta se unen otros presupuestos de la punibilidad, que

[303] RÖDIG, *Lange-FS,* p. 63.
[304] Cfr. RÖDIG, *Lange-FS,* p. 52.
[305] Cfr. RÖDIG, *Lange-FS,* p. 63 y cuadro de la p. 64.
[306] FRISCH, *Vorsatz und Risiko,* Köln/Berlin/Bonn/München 1983, p. 502-503.
[307] FRISCH, *Vorstaz,* p. 503.
[308] FRISCH, *Vorstaz,* p. 504.
[309] FRISCH, *Vorsatz,* p. 505.

deben ser introducidos y delimitados funcionalmente en referencia al concepto de legitimación de la intervención punitiva del Estado.

6. Como se advierte, lo decisivo para estimar el planteamiento propuesto por FRISCH como una real novedad[310] es que se logren delimitar acertadamente las funciones de la norma primaria y de la norma secundaria. Ello, a mi juicio, lo realiza correctamente FRISCH en términos similares a los que aquí se ofrecían más arriba en el ámbito de la teoría de las normas[311]. La primera decisión político-criminal, la expresada en la norma primaria, es la de en qué casos resulta necesario, apropiado y proporcionado para la protección de determinados bienes jurídicos (los merecedores y necesitados de protección penal) limitar la libertad de acción de los ciudadanos prohibiéndoles determinadas conductas bajo la amenaza de la pena[312]. Del contenido de esa decisión se obtienen los hechos penalmente antijurídicos. La segunda decisión político-criminal, por su parte, es la de en qué casos resulta asimismo necesario y apropiado reaccionar no ya con la amenaza sino además con la imposición de una pena concreta[313]. De tal decisión se extraen los hechos punibles. Si en el ámbito de la norma primaria se trata de los presupuestos de la prohibición, en el ámbito de la norma secundaria se trata de los presupuestos de la sancion[314]. Y obviamente en ambos casos se produce un conflicto de puntos de vista favorables y contrarios al sometimiento de un determinado hecho a la norma. Ello es debido a que tanto la amenaza abstracta de pena como, básicamente, la imposición de la pena concreta, si bien es cierto que contribuyen a la protección de los bienes jurídicos por la vía de la

---

[310] Debe decirse que cabe advertir un cierto paralelismo —incluso en el tiempo (FRISCH, *Vorsatz*, 1983; MIR, *Función*, 1979, 2.ª ed. 1982)— entre las observaciones de FRISCH, en Alemania, y las de MIR PUIG, en España [cfr. sobre el planteamiento de este último MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 47, distinguiendo el ámbito de lo que «no sea posible o no sea necesario evitar mediante la motivación normativa» y el ámbito «de lo que no sea lícito castigar»; aunque por mi parte añadiría que la licitud (de conminar) afecta también al primer nivel y la necesidad (de castigar) es algo a considerar también en el segundo]. Ambos autores se apoyan en la teoría de las normas, construida desde perspectivas preventivas, y basan en ello la conformación de las categorías. Son diferencias observables, por ejemplo, una mención más explícita en FRISCH de la *Sanktionsnorm* como segunda referencia fundamental del sistema y una atención explícita en MIR al carácter imperativo (norma de determinación) de la norma primaria. En FRISCH, *Vorsatz*, p. 59, se elude una toma de posición sobre el carácter valorativo o imperativo de la norma primaria (cfr. nota 18), lo cual resulta sorprendente en un autor que excluye el resultado del ámbito de la antijuricidad.

[311] Cfr. sobre lo que sigue FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg 1988, p. VI, 79-80, etc.

[312] Cfr. también WOLTER, GA 1991, p. 532, 535.

[313] Las normas secundarias «*...enthalten den Inbegriff der Voraussetzungen, unter denen der Einsatz der Sanktion «Strafe» (...) indiziert und legitimierbar erscheint*»: FRISCH, *Vorsatz*, p. 61. Es decir, que en este segundo nivel no inciden sólo consideraciones utilitarísticas de necesidad de sanción penal, sino también garantísticas (de legitimación).

[314] Cfr. WOLTER, GA 1991, p. 534-535: poniendo de relieve cómo en el planteamiento de FRISCH la incidencia de la norma secundaria se ve presidida por las necesidades preventivo-generales (positivas) de restablecimiento de la paz jurídica y de esclarecimiento social-pedagógico de la norma.

prevención a través de la motivación normativa, también lo es que producen relevantes menguas de la libertad de acción de los ciudadanos (y, con ello, lesionan a su vez bienes jurídicos). Sin embargo, tan cierto como lo anterior es que la limitación que implica la imposición de una pena concreta es superior a la de la amenaza abstracta. Ello explica que el ámbito de lo prohibido pueda y deba ser más amplio que el ámbito de lo efectivamente castigado[315]. De la diversidad de los mecanismos preventivos de la norma primaria y la norma secundaria (la prohibición bajo pena, en el primer caso; la sanción penal, en el segundo caso) así como de la inevitable diferencia de la perspectiva adoptada por una y otra norma (la norma primaria opera por necesidad antes de la producción del hecho —*ex ante*—; la norma secundaria, después —*ex post*—) resulta la estructura y el contenido de las categorías de las que constituyen líneas rectoras. Se sientan así, según creo, las bases de una correcta funcionalización de las categorías del delito en atención a las misiones del Derecho penal cumplidas por las dos clases de normas que lo integran.

C) El ámbito de la infracción de la norma primaria: la antijuricidad penal

a) El concepto de antijuricidad. Infracción de imperativos y dañosidad. Antijuricidad y antijuricidad penal

1. No es descubrir nada nuevo afirmar que en la moderna historia del Derecho penal coexisten dos tradiciones contrapuestas en torno a la naturaleza del concepto de antijuricidad, cuyos respectivos puntos de partida cabría situar en las concepciones de IHERING/VON LISZT y de BINDING[316]. Para la primera de estas tradiciones, el factor constitutivo de la antijuricidad es, básicamente, el «daño». Así, cuando IHERING procede a distinguir la antijuricidad de la culpabilidad[317], parte de advertir que la afirmación de la existencia de un daño a un interés (y, por tanto, de un hecho objetivamente desvalorado por el Derecho) es independiente (produce efectos jurídicos con independencia) del carácter doloso,

---

[315] Si entendemos, como yo creo, que «merecimiento» y «necesidad de pena» son principios político-criminales que inciden en todas las categorías del sistema del delito, habrá que tener presente que en todas ellas se manejan las nociones (equivalentes a las anteriores) de «proporcionalidad» y «subsidiariedad». Lo que ocurre es que las referencias de la proporcionalidad y la subsidiariedad son diferentes. Por ello puede ser en un caso proporcionado y conforme con la subsidiariedad no llegar siquiera a la prohibición penal y en otros casos, en cambio, ser lo proporcionado prohibir pero no sancionar; y así sucesivamente.

[316] La contraposición tiene quizá su primera manifestación en la polémica entre Ihering y Merkel sobre la posibilidad de un injusto objetivo autónomo, esto es, desligado de la culpabilidad. Sobre ello, BARATTA, en *Philosophie und Strafrecht*, p. 292-293 nota 3, indicando que ahí ya late la contraposición entre un concepto de delito centrado en la infracción del imperativo jurídico y otro centrado en la lesión del bien jurídico, contraposición muy importante hasta nuestros días. Por lo demás, sobre ambas concepciones, BACIGALUPO, RFDUC monográfico 11, p. 62 y ss.

[317] En su obra «*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*», Giessen 1867.

imprudente o fortuito de su producción; esto es, distingue la antijuricidad, como juicio sobre el aspecto objetivo-externo del hecho[318], de la culpabilidad, cuyo objeto es el aspecto subjetivo-interno de tal hecho[319]. En lo que aquí interesa, el producto de tal punto de vista es un concepto objetivo-material de la antijuricidad centrado en el resultado como «lesión de un bien jurídico» (lo que se ha llamado «antijuricidad material»)[320]. Algo muy diferente es lo que resulta de entender que el factor esencial en la antijuricidad lo constituye la infracción del deber que emana de un imperativo[321]. Esto último, por un lado, implica que el núcleo del hecho antijurídico se manifiesta en la *conducta*, que es la que infringe el deber-imperativo, y no en el resultado, que desde la perspectiva de una infracción es algo secundario. Asimismo, determina la imposibilidad de prescindir de *elementos subjetivos* a la hora de determinar si se da un hecho antijurídico; en realidad, es la noción (subjetiva) de desobediencia el centro del hecho antijurídico[322]. En la teoría clásica de los imperativos ello, como se vio más arriba, se formulaba en términos de exigir toda la culpabilidad como presupuesto del juicio de antijuricidad; posteriormente, ello ha sido corregido de modo que la aceptación de una concepción así de la antijuricidad sigue permitiendo distinguir entre antijuricidad y culpabilidad, aunque desde tal perspectiva la antijuricidad se configure como un juicio objetivo cuyo objeto aparece constituido por elementos tanto objetivos como subjetivos. Además, la antijuricidad entendida como infracción de un deber aparece concebida en términos fundamentalemente formales. Expresado, pues, en términos esquemáticos (y modernos), aparecían contrapuestas una concepción objetivo-material-ex post (delito como lesión de un bien jurídico) y otra subjetivo-formal-ex ante (delito como infracción de un deber) de la antijuricidad[323].

2. Es sabido que en el comienzo de la construcción sistemática del delito se impone la primera perspectiva. Ello, hasta el punto de que, aunque ciertamente va experimentando sucesivas matizaciones, puede decirse que nunca ha sido abandonada por completo. Ni siquiera por el finalismo, que, en lugar de optar por una síntesis superadora del conflicto (realmente existente) entre las tesis tradicionales y sus propios principios, que entroncaban con las teorías clásicas

---

[318] Lo pone de relieve de forma clara e instructiva BARATTA, en *Philosophie und Strafrecht*, p. 292.

[319] Cfr. BACIGALUPO, RFDUC monográfico 11, p. 65-66.

[320] En este sentido también BARATTA, *Philosophie und Strafrecht*, p. 292-293, mostrando cómo la idea de una antijuricidad objetiva (separada de la culpabilidad) responde a la misma perspectiva de orientación a lo social que la doctrina de la antijuricidad material, contrapuesta a la formal. Aunque reconoce que las distinciones entre antijuricidad objetiva/subjetiva y formal/material no son inmediatamente superponibles (nota 3).

[321] Sobre la configuración clásica de esta doctrina, BACIGALUPO, RFDUC monográfico 11, p. 62 y ss.

[322] Sobre esto cfr. el excelente resumen de BACIGALUPO, RFDUC monográfico 11, p. 64.

[323] Sobre las dos perspectivas: delito como «*Rechtsgutsbeeintrachtigung*» (lesión de un bien jurídico) y delito como «*Pflichtverletzung*» (infracción de un deber), LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., n.º marg. 9-11 previos a los §§ 13 y ss.

de los imperativos, se materializa (en su línea más extendida) en una propuesta ecléctica. Así, como apunta gráficamente BUSCH, el finalismo resuelve las tensiones entre un Derecho penal del resultado o de la voluntad, entre la infracción del deber y la lesión de bienes jurídicos, afirmando que el hecho injusto es tanto lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como ejecución de una voluntad contraria a la comunidad, (por mucho que se haga hincapié en este último aspecto)[324]. La conclusión es una concepción mixta (o dualista) de la antijuricidad en la que se suman el desvalor de la acción (entendido como desvalor de la intención) y el desvalor del resultado (lesión de un bien jurídico). Ahora bien, *¿cómo debe aparecer configurado el juicio de antijuricidad penal en el marco de una sistemática de orientación teleológica* como la que hemos tratado de delinear en las páginas anteriores? A fin de alcanzar una conclusión al respecto, debe tomarse como punto de partida el fin del Derecho penal de *protección de determinados bienes jurídicos a través de una estrategia preventiva que pasa por dirigir imperativos de conducta a los ciudadanos que les motiven mediante la amenaza de pena a realizar conductas conformes a tales imperativos.*

3. Sentado esto, parece evidente, por un lado, (1) que la antijuricidad penal no puede prescindir de la referencia a los *bienes jurídicos,* pues la prohibición de hechos en los que faltara una orientación a la lesión de aquéllos implicaría un abuso del Derecho penal que iría más allá de lo necesario para su fin de protección. Ahora bien, por otro lado, (2) no puede olvidarse que el mecanismo decisivo de la protección de bienes jurídicos por el Derecho penal es la *motivación, esto es, el establecimiento de directrices de conducta bajo la amenaza de pena.* Por tanto, si el Derecho penal sólo puede prevenir lesiones de bienes jurídicos dirigiendo reglas de conducta (pues esto son las normas) a los destinatarios, parece claro que el elemento central de la antijuricidad como antinormatividad será la conducta del sujeto y no otros procesos de efectos lesivos. El juicio de antijuricidad es, por tanto, un juicio que se realiza *ex ante* (ésta es la perspectiva desde la que contempla el hecho la norma primaria)[325] y tiene por objeto una conducta humana voluntaria.

---

[324] BUSCH, *Moderne Wandlungen,* p. 36.

[325] El carácter *ex ante* del juicio de antijuricidad resulta, desde la perspectiva adoptada, obvio, si se piensa en que la norma contiene directrices de conducta y prohíbe toda conducta que *en el momento de comenzar a exteriorizarse* muestra una discrepancia (si se quiere, aparente, pero es que, en tal perspectiva, todo es «aparente») con lo preceptuado, al representar un riesgo grave (penalmente relevante) de lesión de un bien jurídico-penalmente protegido. Respecto a que el peligro *ex ante* sólo sea aparente, obviamente debe señalarse que ello responde a las limitaciones del conocimiento humano. La norma sólo puede ordenar la no realización de aquellas conductas que reconoce, en el momento en que opera, como peligrosas; aunque después no produzcan ningún efecto de lesividad y queden, por tanto, impunes, o con penalidad disminuida. En cambio, no podría prohibir las conductas que no reconoce como peligrosas, aunque después resulte que producen efectos lesivos; prohibirlas —con la consiguiente limitación de la libertad de acción—, aun cuando no se vean peligrosas, conllevaría la «criminalización total» y no sólo resultaría inaceptable desde la perspectiva de los principios de la intervención penal, sino que imposibilitaría la

> Muy claramente ha reiterado esta idea, constante en su planteamiento, MIR PUIG: «Si la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho ha de ser la prevención (limitada) de delitos, la norma penal ha de tratar de motivar a la evitación de conductas delictivas. La evitación de resultados lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El resultado no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición de una norma preventiva, por lo que tampoco puede integrar el contenido del hecho antijurídico'»[326]. Asimismo: «La evitación del posible resultado (ex ante) es el objetivo de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir objeto de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse lo prohibido, lo injusto»[327].

El fundamento de lo injusto, desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo (una intención, un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico-penales[328].

> Como señala FRISCH, si bien podría pensarse en que resulten prohibidos todos los comportamientos y sólo aquellos comportamientos que «realmente» realizan los elementos mencionados en el tipo, «las mejores razones hablan aquí en favor de normas de conducta con contenido de riesgo, esto es, definidas a través de riesgos: La acogida de normas de conducta así concebidas no sólo garantiza una más efectiva protección del Derecho y proporciona a quien se encuentra en ocasión de decidir sobre una acción más orientación respecto al contenido y límites de sus libertades...»[329].

---

convivencia. Claro es que en todo esto cabe una perspectiva totalmente diferente: prescindir de la función de regulación de conductas *ex ante* y limitarse a valorar *ex post* lo sucedido, reaccionando contra ello con la pena; pero evidentemente a este planteamiento subyace una concepción de la misión del Derecho penal muy diferente a la diseñada en este texto, de la cual dudo que sea más liberal: si se puede intentar evitar un delito mediante la amenaza de pena (que constituye una menor limitación de la libertad individual de acción), ¿es lo más liberal esperar a que se produzca el hecho y entonces sancionarlo con pena (mayor limitación de la libertad de acción)?. Por lo demás, sobre los problemas que plantean los juicios *ex ante*, cfr. KUHLEN, *Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral*, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden 1991, pp. 341-372, en especial p. 344-345 y 363, donde conecta la necesidad de la perspectiva *ex ante* con las funciones de la norma (conducción, determinación, proporcionar ayuda en la decisión) y, por añadidura, del Derecho penal. Cfr., además, p. 356, 358 y 360, donde enuncia algunos de los posibles defectos prácticos de enjuiciamiento que se producen al realizarse el juicio *ex ante* en realidad *a posteriori* (prognosis posterior-objetiva) : éstos serían, en primer lugar, no ponerse en el lugar del agente; en segundo lugar, aumentar las exigencias de comportamiento, al haber observado ya las consecuencias del hecho; finalmente, afirmar la infracción o no del deber expresado en la norma, en función de la gravedad de las consecuencias resultantes.

[326] MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988, pp. 661-683, p. 662. Sobre el momento en que comienza la conducta prohibible, aludiendo a la necesidad de que se configure una verdadera conducta objetivo-subjetiva, p. 664,667 y ss, 669, 670.

[327] MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 672.

[328] Así también, reiterando un planteamiento constante, MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 662.

[329] FRISCH, *Vorsatz*, p. 407; también KUHLEN, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, p. 344-345, 348.

Sin embargo, ello no conlleva una configuración puramente objetiva del objeto del juicio de antijuricidad. Por el contrario, de la propia estructura motivatoria de las normas primarias penales resulta (3) que sólo puede tratarse de incidir sobre conductas que el sujeto esté en condiciones de conducir (y evitar), esto es, dolosas o culposas. Sólo ellas, en efecto, entran dentro de lo que es factible condicionar por la motivación de la norma; no, en cambio, los procesos puramente fortuitos, inevitables para el sujeto y respecto a los cuales la conminación penal como refuerzo de una directriz de conducta es inútil, carece de sentido y, por tanto, no debe establecerse[330]. Por fin, y esto es decisivo, (4) no puede olvidarse que el ámbito sistemático de la antijuricidad en Derecho penal designa el conjunto de conductas que se estima necesario y lícito prohibir *bajo la amenaza de una pena* y que ello, por puras razones de proporcionalidad, *exige en esos hechos una gravedad cualificada*. Si su prohibición es cualificada, también ellos habrán de constituir hechos especialmente graves: hechos que pongan en peligro especialmente intenso bienes especialmente importantes, y que no vean compensada esa gravedad intensificada por la incidencia de factores que puedan, ciertamente, seguir mostrando como necesaria y legítima una prohibición jurídica del hecho, pero no una prohibición jurídico-penal.

> Evidentemente, lo acabado de señalar supone apenas una introducción al contenido de la antijuricidad penal, que, sin embargo, en el contexto general de este trabajo no puede desarrollarse. Sí desearía, con todo, aludir a tres aspectos importantes que estimo clarificadores respecto al suficiente carácter objetivo de la materia del juicio de antijuricidad penal. Ya se ha señalado antes, en relación con ello, que la afirmación de la antijuricidad penal de un hecho requiere que el mismo contenga un riesgo objetivo para bienes jurídico-penales. Ahora bien, sentado esto se dan varias cuestiones decisivas. *En primer lugar,* quién y cómo decide qué riesgos son los relevantes en términos de cantidad (grado de probabilidad de lesión) y de calidad (ausencia de tolerabilidad) para el Derecho penal y, por ello susceptibles de ser prohibidos bajo pena. Evidentemente, es inútil buscar criterios definitivos al respecto en la ley, de la que únicamente resulta posible extraer la referencia al bien jurídico-penal y a algunos medios de la agresión. El resto —lo esencial— es producto de una construcción doctrinal y jurisprudencial de base teleológica, atenta, por tanto, a las finalidades político-criminales que atribuimos al sistema del delito. Equívocamente, tales criterios se han formulado, normalmente, como criterios de la «imputación objetiva del resultado». En realidad, sin embargo, buena parte de ellos afectan a la conducta en sí y a los presupuestos de su «prohibibilidad penal». Por tanto, no afectan a la teoría de la imputación del resultado (que pertenece al ámbito de influencia político-criminal de la norma secundaria),

[330] Si hemos señalado que la norma primaria expresa el ámbito de lo que es necesario y legítimo prohibir bajo pena (con la limitación de libertad que ello supone) a fin de proteger bienes jurídico-penales, es evidente que aquí la imposibilidad de conseguir el efecto de la motivación hace que sea innecesaria e ilegítima la prohibición penal.

sino ya a la teoría del comportamiento penalmente injusto (que pertenece al ámbito de influencia político-criminal de la norma primaria)[331].

En segundo lugar, se trata de decidir quién ha de formular el juicio en virtud del que se determina la presencia en la conducta concreta del sujeto de un riesgo perteneciente al género de riesgos cuya gravedad cuantitativa y cualitativa para bienes jurídico-penales hace necesaria y legítima su prohibición penal. Este es un juicio que ha de formular un espectador objetivo (medio, con los conocimientos de una persona de inteligencia normal) situado *ex ante*, pero que ha de tener presentes los conocimientos del sujeto acerca de su propia conducta, es decir, que ha de contemplar necesariamente el hecho del sujeto en su unidad objetiva-subjetiva[332]. Por poner un ejemplo conocido: sin tener presente el plan del autor no es posible afirmar si una determinada conducta externa es peligrosa o no. Pero ello vale, lo mismo que para el plan, para otras representaciones subjetivas, básicamente para el grado de conocimiento que el sujeto tiene del significado de su hecho. Es, pues, la contemplación del hecho «desde fuera», pero considerando la representación que el propio sujeto tiene de su hecho (todo ello, siempre *ex ante*), la que permite formular el juicio acerca de la concurrencia o no de un riesgo penalmente injusto.

Lo anterior puede haber puesto ya de relieve que el juicio acerca de la relevancia penal del riesgo no se ve condicionado sólo por hechos objetivos, sino también por factores subjetivos. Ello incide también en la relevancia del dolo. Este, en efecto, no sólo aparece en el injusto subjetivo, por una necesidad derivada de la naturaleza imperativa de las normas primarias y de su función motivatoria. Además, resulta que el dolo incide en la gravedad objetiva de la conducta[333], hasta el punto de que puede condicionar la relevancia penal de la misma: un riesgo objetivo determinado creado imprudentemente puede, pues, ser penalmente irrelevante, y, en cambio, concurriendo dolo, pasar a ser penalmente prohibible. Pero, por ello mismo, implica que el contenido del tipo objetivo puede ser diferente en el tipo imprudente y en el tipo doloso: un menor peligro «objetivo» más el dolo podría generar la relevancia penal que en el delito imprudente es preciso que genere el peligro objetivo por sí solo[334].

En todo caso, lo que debe quedar claro es que el resultado no pertenece al ámbito de la antijuricidad penal[335]. Ello, por razones tanto estructurales como materiales: estructurales, por el mecanismo de intervención de la norma primaria penal; materiales, porque la producción del resultado nada añade a la peligrosidad de la conducta, por lo que, en realidad, el juicio en virtud del cual se determina que una conducta es lo suficientemente grave como para que sea

---

[331] En efecto, condicionan no sólo la punibilidad del hecho, sino ya la propia posibilidad de prohibirlo bajo pena. Por eso FRISCH, *Tatbestandsmäßigen Verhalten*, passim, por ejemplo p. 67, los incluye en la «*Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhaltens*» (teoría del comportamiento típico), que debe distinguirse de la «*Lehre von der objektiven Erfolgszurechnung*» (teoría de la imputación objetiva del resultado).

[332] En sentido similar, si lo interpreto bien, MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 673 y ss.

[333] Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 74 y ss. Más discutible —aunque en todo caso merecedora de un análisis detallado— es la reciente propuesta de que el dolo incorpora a la gravedad objetiva del hecho un significado simbólico de desprecio o negación al bien jurídico, que se haría especialmente patente en los casos de dolo directo de primer grado (MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 666 y 667).

[334] Cfr. MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 677 y 678, cifrando el «minus» característico del tipo objetivo del delito doloso en el hecho de que en él no es precisa, como en el imprudente, la infracción del deber de cuidado. Apreciación ésta que merece un análisis detallado.

[335] Cfr. recientemente de nuevo MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 672.

necesario y legítimo prohibirla bajo la amenaza de pena en nada se ve afectado por el factor (dependiente del azar) de la producción o no producción de aquél. Pero ello no resta nada de su importancia político-criminal al resultado[336]. Este se mantiene como un elemento decisivo condicionante de la aplicación de la norma secundaria, de modo que cuál sea el resultado (o cuáles sean los resultados, pues cabe que junto a un resultado de lesión se produzca un resultado de salvación) que se produzcan condiciona la necesidad de pena y la propia punibilidad o la medida de la misma. A este respecto, debe decirse, por lo demás, que el término «resultado» no debe entenderse aquí sólo como resultado en sentido material propio de los delitos de resultado, sino como resultado en sentido jurídico (lesión del bien jurídico) e incluso todavía más como «realización típica contemplada *ex post*» o «realización del tipo legal punible». Con ello, la inclusión del resultado como elemento de la punibilidad fuera del ámbito de lo prohibido no es algo que quepa afirmar sólo a propósito de los delitos de resultado (de peligro o lesión) consumados, sino también de los de mera actividad (de peligro o lesión), de la tentativa y frustración, etc. En cualquier clase de tipo cabe distinguir el aspecto *ex ante*, que integra el ámbito de lo injusto (penalmente prohibido) y el aspecto *ex post*, perteneciente a la punibilidad, que integra el ámbito del «tipo punible»[337]. En cualquier caso, dado que la problemática del resultado —es más, también la de la relación entre la conducta penalmente prohibida y aquél— pertenece al ámbito sistemático de la norma secundaria, allí trataremos de fundamentar con algún detalle el importante papel que fuera del injusto le corresponde ciertamente desempeñar[338].

Resumiendo lo anterior, cabría decir que son penalmente antijurídicas *conductas* que contienen un *riesgo especialmente grave* (en términos tanto cuantitativos como cualitativos) *para bienes jurídico-penales*. Pues, en efecto, sólo ellas entran dentro de lo que parece necesario, posible y lícito prohibir con una limitación de la libertad de acción de tanta intensidad como es la amenaza de pena. Tal configuración refleja, según entiendo, la función del juicio de antijuricidad penal en un sistema teleológico que, como GÜNTHER se ha esforzado por mostrar[339], no es la delimitación de lo prohibido respecto de lo conforme a Derecho, sino la cualificación del injusto penal como injusto merecedor (en abstracto) de pena[340], frente a las demás formas de conducta antijurídica.

---

[336] Cfr. MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 672-673 con referencias a trabajos anteriores en que sostiene la misma idea.

[337] Empleo aquí la expresión «tipo punible» (en el que se dan los presupuestos de la sanción penal concreta) para diferenciar este elemento, propio de la perspectiva *ex post*, del tipo *ex ante*, como expresión de un injusto (penal, por ser un injusto merecedor en abstracto de pena).

[338] Cfr. de modo general FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 509 y ss.

[339] Cfr. GÜNTER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln/Berlín/Bonn/München 1983, p. 84, 86, 89 y ss, etc; también GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 384 y ss.

[340] Cfr. también ALTPETER, *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, Frankfurt 1990, p. 2, 35, 282-283, donde define la «*Strafwürdigkeit*» (merecimiento de pena) como principio regulativo que permite diferenciar entre injusto penalmente relevante y no penalmente relevante. El principio del «merecimiento de pena» como exigencia del injusto penal constituiría, a juicio de este autor, el reflejo en el Derecho penal del orden de valores materiales expresado en la Constitución. Así, ALTPETER, *Strafwürdigkeit*, p. 199, 287: dignidad humana (p. 171), libre desarrollo de la personalidad (p. 175), igualdad (p. 180), proporcionalidad (p. 193), etc.

b) La relación entre tipicidad penal y antijuricidad penal

1. La discusión acerca de las relaciones entre tipicidad y antijuricidad se halla presidida por la polémica determinación de si la primera puede *concebirse de modo autónomo* respecto a la segunda, y de *qué trascendencia cabe atribuir a la afirmación de su concurrencia*. De modo muy especial, la disparidad de posturas al respecto se ha manifestado en las tomas de posición contrapuestas del finalismo y la teoría de los elementos negativos del tipo. Así, mientras que el primero se inclina por una consideración separada de ambos niveles de la estructura sistemática tradicional, asignando una especial trascendencia a la realización del tipo como expresión de una «*Normwidrigkeit*», la teoría de los elementos negativos del tipo, como es sabido, superpone la constatación de la tipicidad y la antijuricidad, al concebir el tipo como tipo total de injusto y los presupuestos de las causas de justificación (tradicionalmente estimadas como pertenecientes al ámbito de la antijuricidad) como «elementos negativos del tipo». En este último esquema, es evidente que la realización del tipo (que se entiende *parte positiva del tipo total*, o bien *tipo positivo*) no reviste el mismo significado que el finalismo le atribuye, sentándose —en conclusión— la imposibilidad de establecer diferencia alguna entre lo jurídico-penalmente irrelevante y lo jurídico-penalmente permitido.

> Para el finalismo[341], el tipo expresa la «*Verbotsmaterie*», esto es, agota la caracterización fáctica del hecho. La afirmación de la tipicidad expresa, por su parte, la «*Verbots-*» o «*Normwidrigkeit*», es decir, la contradicción del hecho con la norma, que, por un lado, supone una calificación valorativa por completo autónoma (y muy importante), y por otro se diferencia claramente de la contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto (antijuricidad). De ahí que se sostenga, pese a la intensa connotación valorativa de la afirmación de la tipicidad de un hecho[342], la doctrina de la tipicidad como «*ratio cognoscendi*» de la antijuricidad. De conformidad con tal perspectiva, ni las causas de justificación ni ningún elemento de éstas afecta al hecho, sino a la valoración del mismo (con las consiguientes repercusiones en materia de error). Para la teoría de los elementos negativos del tipo, en cambio, la caracterización (fáctica) completa del hecho no resulta sólo del tipo en sentido estricto, sino de la conjunción de éste y de los presupuestos de las causas de justificación. La afirmación de la tipicidad, por sí sola, no ofrece, desde el punto de vista valorativo, una calificación valorativa autónoma[343].

2. Visto lo anterior, no parece incorrecto señalar que el debate acerca de las relaciones entre tipicidad y antijuricidad tiene ante todo dos repercusiones: la primera, el sentido que haya de tener la afirmación de que un hecho es típico; y

---

[341] Sobre ello, cfr. la precisa descripción de STRATENWERTH, *Strafrecht* AT, I, 3.ª ed., Köln/Berlín/Bonn/München 1981, n.º marg. 176.

[342] Lo cual supone una diferencia trascendental entre la concepción finalista del tipo y la concepción, valorativamente neutra, del tipo en el planteamiento de Beling.

[343] Cfr. sobre ello también la descricpción de STRATENWERTH, AT, I, 3.ª ed, n.º marg. 177.

la segunda, la calificación que deban merecer los presupuestos objetivos de las causas de justificación[344] y (sobre todo) el error sobre los mismos. Pues bien, incluso desde perspectivas no pertenenecientes a la moderna orientación teleológico-funcionalista del sistema, esto es, desde posiciones favorables al mantenimiento de una sistemática tripartita (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, como categorías fundamentales) el debate en torno a estos temas parece hallarse dominado por un punto de vista intermedio, el cual, sin embargo, se encuentra seguramente mucho más cerca de los resultados de la teoría de los elementos negativos del tipo —aunque esta teoría, como tal, se critique— que de la propuesta finalista[345]. Así, en lo relativo a la relevancia que pueda tener la constatación de la mera tipicidad de una conducta, se ha concluido de modo mayoritario que ésta es reducida; y en lo relativo a los presupuestos objetivos de las causas de justificación, se ha impuesto la doctrina de que el error sobre los mismos, aun cuando pueda no «ser» un error de tipo, en todo caso no debe ser tratado como error de prohibición, sino precisamente como error de tipo, o de modo análogo a éste.

> Una buena expresión de lo que —de modo sucinto— acaba de señalarse se contiene en descripciones del problema como las que realizan *Stratenwerth* y *Lenckner*. De la puesta en relación de ambas, entre las que ciertamente se dan algunos matices diferenciadores, podrían extraerse las siguientes conclusiones. Es cierto que el tipo no es valorativamente neutro; incluso, si se quiere, puede aceptarse que en los hechos típicos se trata de comportamientos que se separan gravemente al margen del orden social producto del devenir histórico. Sin embargo, la tipicidad por sí sola no expresa un juicio de valor jurídico (*rechtliches Werturteil*). De hecho, se estima que la expresión finalista «*Normwidrigkeit*» empleada para referirse a la tipicidad, es manifiestamente impropia. En realidad, —se dice— está claro que la conducta típica pero justificada no es menos conforme a Derecho que la conducta atípica; y lo que interesa primordialmente a la valoración jurídica es que, en ambos casos, el hecho no contradice al Derecho[346]. Todo ello produce los correspondientes efectos en el ámbito del error sobre los presupuestos de las causas de justificación. Si la tipicidad no constituye un nivel valorativo autónomo ello es debido a que no contempla todavía la totalidad del hecho, con lo que difícilmente podría expresar una valoración jurídica autónoma del mismo. Se reconoce, por tanto, que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, aun cuando se le estime «*error sui generis*» (ni de tipo, ni de prohibición) se encuentra más próximo al primero. Se apoya, en fin, la solución de la teoría limitada de la culpabilidad, que coincide en sus conclusiones con la teoría de los elementos del tipo[347].

---

[344] Es decir, si inciden en la configuración del hecho que luego se valora penalmente antijurídico o, por el contrario, forman parte de la valoración del mismo como antijurídico.

[345] Cfr. por ejemplo LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., n.º marg. 19 previo a los §§ 13 y ss.

[346] Cfr. la descripción de STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., n.º marg. 179; también LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., n.º marg. 17 y 18 previos a los §§ 13 y ss.

[347] Cfr. sobre ello detalladamente STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., n.º marg. 500 y ss.

3. Vista, en sus rasgos más elementales, la solución dominante[348] desde perspectivas sistemáticas tradicionales, nos interesa ahora dilucidar el sentido de la tipicidad en un planteamiento sistemático teleológico. Ello hace preciso sentar una diferenciación terminológica esencial: la existente entre el «*tipo de injusto (penal)*» (expresión de un *injusto específico penalmente típico*) y el «*tipo punible*» (expresión de un *injusto específico penalmente típico y sancionable, además, con una pena*). El primero expresa los elementos de injusto de una clase de delito, aquéllos que lo muestran como un injusto merecedor de ser prohibido bajo amenaza de pena (si no concurren elementos de exclusión del injusto penal). El segundo, por su parte, expresa los elementos que hacen de un hecho penalmente antijurídico un hecho punible. En otras palabras, el *tipo de injusto penal* alude a las condiciones que debe reunir *ex ante* una conducta para hacer necesaria y legítima (si no concurren causas de exclusión de ese injusto penal) su prohibición bajo pena; mientras que el *tipo punible* hace referencia a los elementos que —dada ya una conducta constitutiva de un injusto penal específico— deben concurrir *ex post* para que resulte necesario y legítimo sancionarla efectivamente con pena. Obviamente, de estos dos aspectos de la tipicidad (*tipicidad ex ante* y *tipicidad ex post,* tipo de injusto penal y tipo-presupuesto de punibilidad), el que plantea problemas en cuanto a la elucidación de sus relaciones con la antijuricidad es el primero, dado que se mueve precisamente en el seno de ese primer gran ámbito sistemático que es la antijuricidad penal (ámbito de la norma primaria), mientras que el segundo se mueve en el ámbito de la norma secundaria. De estas relaciones, pues, nos ocupamos.

4. Las diferencias entre tipicidad y antijuricidad no parecen ofrecer problemas en el planteamiento sistemático tripartito —pretendidamente teleológico— de ROXIN[349]. Este, al concebir la función de la tipicidad en un plano estrictamente formal como expresión del principio político-criminal de legalidad, y la función de las causas de justificación en un plano no específicamente penal, sino general, como ámbito de la solución de conflictos sociales, elude, a la hora de expresar su concepción del sistema, un planteamiento en términos polémicos sobre este punto[350]. Tal toma de posición, sin embargo, ha sido objeto de crítica en lo relativo a ambos niveles. Así, y en lo relativo al ámbito de la tipicidad, AMELUNG, fundamentalmente, ha puesto de relieve que la función decisiva del tipo es la

[348] En España ha logrado predicamento en un relevante sector de la doctrina la solución finalista de atribuir a la tipicidad un carácter valorativo autónomo y de contemplar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como error de prohibición, por entender que el hecho (la materia) ya aparece contemplada plenamente por la tipicidad.

[349] Cfr., por ejemplo, sobre ello NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien,* p. 46.

[350] Ello, aunque es cierto que ROXIN, en otros trabajos, se ha mostrado proclive a soluciones del problema de la relación entre tipicidad y antijuricidad próximas, si no coincidentes, con las de la teoría de los elementos negativos del tipo y la doctrina del «*Gesamtunrechtstatbestand*». Sobre la posible contradicción entre lo uno y lo otro, GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung,* I, p. 390, en especial nota 66.

selección, de entre los comportamientos injustos, de aquéllos que por su especial gravedad resultan merecedores en abstracto de pena: esto es, que al tipo le corresponde seleccionar los comportamientos constitutivos de un injusto penal específico[351]. Ello significaría que la ponderación que, a juicio de ROXIN, es la característica del nivel de la exclusión de la antijuricidad, ya concurriría también en el nivel de la tipicidad[352]. Por su parte, GÜNTHER también ha mostrado la incongruencia teleológica de la atribución de funciones por ROXIN al ámbito de la justificación[353]. Atribuir a las causas de justificación la función de solución de conflictos no es atender a su función político-criminal, pues conflictos se resuelven en todos los ámbitos del Derecho y la política jurídica[354]. La función propia del ámbito de la exclusión del injusto penal es, por el contrario, precisamente seleccionar aquellos comportamientos que, aun cuando puedan seguir haciendo necesaria y legítima su prohibición, en todo caso no requieren una prohibición penal, al disminuir, con su vertiente de contenido socialmente positivo, esa dañosidad social cualificada que haría necesaria tal prohibición bajo pena[355]. Que las causas de exclusión del injusto penal puedan, en algún caso, no limitarse a eliminar los presupuestos del merecimiento abstracto de pena de la conducta correspondiente, sino que incluso determinen que carezca de sentido toda prohibición sobre ellas o añadan incluso una valoración positiva del hecho (esto es, sean causas de justificación, en sentido estricto), es algo que responde a cuestiones ajenas al Derecho penal (aunque pueda tener repercusiones sobre éste: en materia de legítima defensa, por ejemplo). Todo lo anterior mostraría que, tanto en el nivel de la fundamentación del injusto penal (tipicidad), como en el de la exclusión del mismo, se producen ponderaciones encaminadas a la delimitación de aquellos injustos que, por su especial gravedad, aparecen como «injustos merecedores (en abstracto) de pena» y, por tanto, susceptibles de ser prohibidos bajo amenaza de pena. Lo que ocurre es que, como se acaba de señalar, en un nivel se contemplan los elementos del hecho que fundamentan el injusto penal (*strafunrechtsbegründende Tatumstände*) específico, y en el otro se consideran los factores que excluyen el injusto penal (*strafunrechtsausschließende Faktoren*)[356].

---

[351] AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 96 y ss. También GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 387: «la mera antijuridicidad de una acción no es suficiente para la fundamentación de un injusto penalmente típico. Más bien ésta requiere criterios limitadores de naturaleza específicamente jurídico-penal, que seleccionen del ámbito de formas de comportamiento antijurídicas de modo general las materias de mandato y de prohibición merecedoras de pena, los tipos de injusto que desencadenan las consecuencias del hecho punible».

[352] Afirmando que también la precisión de muchos elementos típicos exige una ponderación de intereses individuales y generales, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 48; asimismo AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 95: también el tipo penal es producto de una «solución de conflictos».

[353] Cfr. GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 383.

[354] AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 99 y ss.

[355] GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y ss; GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 384 y ss, 387-388.

[356] Cfr. GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 386.

5. En un esquema así, parece claro que la distinción, dentro del nivel sistemático de la antijuricidad penal (aquello que tiene sentido prohibir bajo pena), de un subnivel de la tipicidad penal (como expresiva de una clase de injusto penal) y otro relativo a la exclusión del injusto penal podría verse como algo puramente analítico o pragmático (formal, en todo caso). Así, se ha señalado que ciertamente tiene sentido por razones técnicas —de técnica legislativa habla algún autor—[357] analizar primero si la conducta del sujeto reúne los elementos que caracterizan un injusto penal específico y después analizar si, dada la situación en que se ha realizado dicha conducta, concurren otros elementos cuyo valor determina que el hecho, en su circunstancia, no haga ni necesaria ni legítima su prohibición penal. Ahora bien, ¿cabe atribuir algún sentido político-criminal —trascendente a lo meramente analítico— al hecho de que un hecho reúna los caracteres del injusto de una clase de delito? Ya se ha señalado antes que la doctrina tiende progresivamente a negarle todo sentido político-criminal autónomo. Así, en contra del finalismo, se ha puesto de relieve, como antes señalábamos, que no puede afirmarse que la conducta típica sea antinormativa, so pena de tener que admitir el sinsentido de que la norma puede mandar también comportamientos antinormativos (ej. realización típica en cumplimiento de un deber)[358]. Más aún, —y seguimos recordando afirmaciones doctrinales ya aludidas— se ha llegado a afirmar que la mera constatación de la tipicidad no puede dar lugar a un desvalor[359], ni permite extraer de tal hecho consecuencias jurídicas[360]. Desde luego, está claro que de la mera constatación de la «tipicidad» así entendida, no resultan consecuencias jurídico-penales propias. Pero eso, a mi juicio, probablemente no impide atribuirle un significado propio dentro del ámbito de la antijuricidad. No debe olvidarse que la tipicidad de un hecho resulta de una primera ponderación de los argumentos favorables y contrarios a la incriminación del mismo y que, en esa medida, la decisión en virtud de la cual se tipifica un comportamiento reviste gran importancia[361], al distinguirlo del conjunto de hechos con meras características antisociales o antijurídicas: es un hecho «penalmente relevante»[362]. Ello es, desde luego, expresión de un juicio de valor de gran importancia, pues distingue al hecho como constitutivo de la más grave ingerencia posible en la esfera de libertad de otra persona. Sin embargo, ni tiene significado

---

[357] Señalando que a veces es cuestión de mera técnica legislativa el que un elemento aparezca como excluyente de la tipicidad o como excluyente de la antijuricidad global, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 48. Cfr. también RÖDIG, *Lange-FS*, p. 53 nota 35.

[358] Cfr. también OTTO, AT, 3.ª ed., p. 59.

[359] Así OTTO, AT, 3.ª ed., p. 59: «*vermag keine Rechtsordnung diese isolierte Rechtsgutsbeeinträchtigung als «widrig» d. h. unwertig zu qualifizieren*».

[360] También así, WOLTER, *Objektive und personale*, p. 143-144.

[361] WOLTER, *Objektive und personale*, p. 144, alude a que el hecho típico, aunque se vea justificado, resulta socialmente relevante (*sozial belangvoll*). Aunque la relevancia social es evidentemente algo demasiado impreciso y que afecta también a muchos hechos atípicos.

[362] En esta línea MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 128-129; también OTTO, AT, 3.ª ed., p. 60, limitando el «efecto indiciario» del tipo al hecho de mostrar «*daß ein strafrechtlich relevantes Verhalten vorliegt*».

jurídico autónomo, ni genera por sí solo consecuencias jurídicas directas, ni implica una desaprobacion[363]. No se puede decir, en efecto, que el Derecho penal desapruebe un hecho constitutivo de lesiones, dado que la producción de lesiones no constituye sino un aspecto de la total realidad del hecho: la desaprobación o no desaprobación exige la contemplación del hecho en toda su globalidad y eso, por otro lado, lo expresa el Derecho penal mediante la prohibición o no prohibición (penal). Esta es, como hemos señalado reiteradamente, la primera de las dos decisiones jurídico-penales (y político-criminales) fundamentales.

6. Con todo, es evidente que la afirmación de que un hecho reúne los elementos característicos del injusto de una figura de delito tiene alguna consecuencia. Por una parte, obliga al Derecho penal a tomar alguna posición, a pronunciarse sobre ese hecho, a través de una decisión de prohibición o de no prohibición penal, sin que pueda inhibirse al respecto (de ahí el rechazo experimentado por la doctrina del «*rechtsfreier Raum*»). Asimismo, es cierto que la constancia de hallarse ante un hecho típico debería producir en el sujeto un efecto de mayor prudencia en relación con el examen de las circunstancias excluyentes del injusto que la que podría tener respecto a las circunstancias fundamentadoras de éste (tipicidad)[364]. La tipicidad, pues, si bien es cierto que se basa en la contemplación de una parte del hecho, puede permanecer como subnivel diferenciado dentro del juicio global de antijuricidad, y producir indirectamente alguna clase de efectos. En particular, como he señalado en otro lugar, incrementa el deber de asegurarse acerca de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación (deber de cuidado), lo que puede hacer que el error vencible (debido a negligencia) sobre los presupuestos de las causas de justificación tenga un ámbito mayor —por mayor exigibilidad— que el que ocupa en el error de tipo en sentido clásico[365].

> Esta relativización de la trascendencia del juicio de tipicidad en el seno del ámbito sistemático de la antijuricidad penal me parece lo más coherente con varias realidades que se detectan en el ámbito de la relación entre tipicidad y antijuricidad. En primer lugar, con el carácter frecuentemente aleatorio de la contemplación de un elemento en el ámbito del tipo (fundamentación del injusto

[363] A mi juicio, esto resulta compatible con lo que *supra* afirmábamos a proposito de que los imperativos penales (normas de determinación) resultan de la armonización —interna al ordenamiento jurídico— de dos clases de enunciados valorativos: los que valoran negativamente los hechos lesivos de bienes jurídicos y los que valoran positivamente los hechos que salvaguardan o protegen determinados bienes o intereses jurídicos. Pues estas valoraciones son, por un lado, abstractas y, por otro, internas al ordenamiento. Del hecho concreto, en tanto lesivo de un bien jurídico, se puede decir que «causa un mal», (cfr., por ejemplo, art. 8,7.º CP), lo cual es una valoración general jurídico-social de un efecto, pero no desvalorarlo penalmente, lo que sería contradictorio con su simultánea valoración positiva. La valoración jurídico-penales única y se expresa en la prohibición penal o en la ausencia de ésta.

[364] Cfr. sobre ello WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª ed., p. 168; STRATENWERTH, AT, I, 3.ª ed., n.º marg. 501. También, con importantes matizaciones, FRISCH, *Vorsatz*, p. 246 y ss.

[365] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Revista de revistas*, ADPCP 1987, pp. 537-548, p. 540.

penal) o de la exclusión del injusto penal[366]. En efecto, si advertimos que, por un lado, la ponderación con el fin de seleccionar los hechos que hacen necesaria y legítima la intervención punitiva puede tener lugar en el nivel de la tipicidad penal (injusto penal específico de una clase de delito) o de la exclusión de la antijuricidad penal, de modo que a menudo es difícil la delimitación entre causas de atipicidad y causas de justificación[367], etc., concluiremos que no es tan sencillo atribuir tan alto significado a la determinación del ámbito sistemático de la tipicidad y comprenderemos las posturas partidarias de una contemplación global. Pero es que además, en segundo lugar, se produce aquí una cierta ambivalencia. En efecto, si bien es cierto que cabe pensar que lo atípico es irrelevante para el Derecho penal y lo justificado, en cambio, tiene una connotación dañosa (antinormativa, en términos finalistas, aunque luego recaiga sobre ello una permisión), también lo es que las cosas pueden verse al revés: lo justificado, como algo que se define como conforme con el Ordenamiento jurídico (incluso valorado positivamente), y lo atípico como algo ciertamente irrelevante para el Derecho penal, pero o bien sin valoración alguna o bien, incluso, como valorado negativamente desde la perspectiva de otros sectores del Ordenamiento. En realidad, lo más conforme con el enfoque teleológico es sostener que la atipicidad penal no prejuzga en absoluto las relaciones del hecho con el resto del ordenamiento jurídico, al igual que tampoco la exclusión del injusto penal afirma por sí sola nada acerca de la subsistencia o no de una prohibición extrapenal. En definitiva, lo que se pretende señalar con las consideraciones anteriores es que la atipicidad penal y la exclusión del injusto penal de un hecho típico no se sitúan necesariamente en una relación de menos a más gravedad del hecho, sino, a veces, en una relación incluso inversa (cuando la atipicidad deja en pie un injusto extrapenal y la exclusión del injusto penal, por su parte, aparece, además, como una permisión jurídica general). Lo cual nos devuelve al punto inicial en el que se subraya el significado valorativo y sistemático fundamental de la prohibición o no prohibición bajo pena frente al subnivel (intermedio) de la tipicidad.

7. De ahí que, a mi entender, y dado que los subniveles de la tipicidad penal y la exclusión del injusto penal tienen idéntica función material, se ocupan (analíticamente) de aspectos parciales de una única decisión valorativa, frecuentemente son de difícil delimitación y ni siquiera resulta fácil practicar una graduación axiológica entre la ausencia del uno y del otro, pueda afirmarse que no es ésta la distinción fundamental en el ámbito de la antijuricidad penal. La distinción fundamental, y a la que se asocian los más trascendentes efectos prácticos, es la que tiene lugar entre la *situación penalmente antijurídica* (o supuesto de hecho penalmente prohibido) y el *juicio de antijuricidad penal* que recae sobre esa situación[368]. Esto es lo decisivo a efectos dogmáticos (de error)

[366] Lo pone de relieve, por ejemplo, OTTO, AT, 3.ª ed., p. 60: hay circunstancias que en unos casos se contemplan como elementos típicos y en otros como elementos excluyentes del injusto penal; y hay circunstancias acerca de las que se duda de si condicionan ya la relevancia penal del hecho o sólo excluyen el injusto penal de un hecho ya penalmente relevante.

[367] Cfr., por ejemplo, STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., n.º marg. 502.

[368] Cfr. sobre la necesidad de distinguir, tanto en el ámbito de la fundamentación del injusto como en el de su exclusión, entre «objeto de la valoración» y «valoración», criticando la postura finalista, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 59 y ss.

y produce, sin duda, una conclusión en este ámbito contraria a las tesis de la teoría estricta de la culpabilidad[369]. Sin embargo, por otra parte, tampoco supone necesariamente acoger en toda su extensión la teoría de los elementos negativos del tipo, esto es, la idea de la total identidad de significado (e intercambiabilidad) de los elementos «positivos» y «negativos» del «tipo total de injusto»[370]. Con todo, sí pone de relieve que una vez que el sujeto conoce la «realización típica» en el sentido clásico, no todos los posibles errores que sufra han de ser necesariamente «errores de prohibición». Los argumentos contrarios a la teoría estricta de la culpabilidad son en este sentido numerosos, aunque evidentemente no cabe entrar aquí a discutirla en profundidad. El error sobre los presupuestos objetivos de la justificación es un error que no se refiere a la valoración jurídico-penal global del hecho (lo penalmente prohibido y lo permitido), que el sujeto puede tener en términos perfectamente conformes con el ordenamiento jurídico[371], sino que más bien afecta a la completa caracterización (en el plano de la realidad) del hecho. Claro es que no nos hallamos ante un error de tipo en sentido estricto, (puesto que si previamente se ha definido el tipo en un determinado sentido, se ha vetado de antemano la posibilidad de entenderlo así). Pero lo que queda claro es que si el sujeto desconoce el carácter prohibido de su conducta en estos casos, ello responde a una estructura más conforme a la del error de tipo (todo error de tipo es, en esa medida, un error de prohibición) que a la del error de prohibición. En efecto, si el sujeto no conoce la exacta dimensión de su hecho tampoco conocerá —aunque tenga un perfecto conocimiento de las normas— si éste está prohibido. De modo que, aun admitiendo que no se trata de un error de tipo, tampoco es necesario admitir que se trata de un error de prohibición, sino que debe concluirse que se trata de un error sobre la situación penalmente prohibida, (sobre el *supuesto de hecho prohibido*), que repercute ciertamente en un error «indirecto» sobre la prohibición concreta del hecho, pero sólo en la misma medida que todo error de tipo. Como este último, se basa en un error sobre elementos (descriptivos o normativos) que caracterizan la situación y no sobre la valoración global jurídico-penal del hecho. A tales consideraciones pueden añadirse otros muchos argumentos, que me limitaré a enunciar: Así, por ejemplo, el argumento, derivado de la teoría de las normas, de que sólo puede contemplarse

---

[369] Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 540. Como señala MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 679, «el *hecho* realizado sin causas de justificación no sólo merece una valoración distinta que el realizado por ejemplo, en legítima defensa, sino que requiere la ausencia de los presupuestos *situacionales* que integran el supuesto de hecho o tipo de la legítima defensa. Si el homicidio necesario del injusto agresor no merece el juicio de antijuricidad es precisamente porque constituye un *hecho distinto* en su propia existencia fáctica al del homicidio de quien no agrede ilegítimamente».

[370] Sobre este rechazo, desde la perspectiva de la doctrina partidaria de distinguir dos únicos niveles valorativos y de rechazar el carácter de la tipicidad como categoría valorativa autónoma, WOLTER, *Objektive und personale*, p. 144 y ss.

[371] Como señala Engisch [citado por STRATENWERTH, AT, I, 3.ª ed., n.º marg. 501], «*die Gedanken des Täters über Recht und Unrecht (sind) konform... mit der Rechtsordnung selbst*».

como infracción dolosa del imperativo y, por tanto, como penalmente antijurídico, el hecho en el que el dolo alcanza a todos los presupuestos objetivos de la infracción de la norma de conducta (esto es, la conducta que contiene un riesgo penalmente prohibido), lo que obliga a incluir la ausencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, cuya presencia excluiría la prohibición penal del riesgo[372]. También, el argumento sistemático, relativo que el error al revés sobre los presupuestos de hecho de una causa de exclusión del injusto (desconocimiento de su existencia) no produce, como sería lo normal en un error de prohibición, un delito putativo, sino una tentativa inidónea (lo coherente con el error de tipo) o incluso un delito consumado[373]. Asimismo, argumentos criminológicos, relativos a la diferencia entre una y otra clase de sujeto (entre el que supone erróneamente una situación justificante y el que desconoce la antijuricidad); argumentos de política criminal histórica : la permanente relevancia de las «eximentes putativas» en épocas de irrelevancia del error de prohibición en virtud del principio «*error iuris nocet*»; argumentos relativos a las consecuencias político-criminales de una y otra solución en materia de legítima defensa, participación[374], etc.,[375]. En definitiva, creo que la solución más coherente con los postulados teleológicos sostenidos es la de estimar que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación debe tratarse como el error de tipo. Ello, aunque quizá en Alemania tenga que resolverse por la aplicación analógica del § 16 StGB[376], en España puede tener lugar por la vía del art. 6 bis a) párrafos I y II, pues parece sostenible que se trata de un error sobre un «elemento integrante de la infracción penal».

c) Distinciones analíticas en la antijuricidad penal; acción; conducta penalmente típica; causas de exclusión del injusto penal

1. Examinados en lo anterior los aspectos sistemáticos básicos que afectan al nivel de la antijuricidad penal, conviene hacer ahora sucinta alusión a cuestiones relativas a los tres subniveles que, como más arriba hemos comentado, lo integran.

---

[372] Sobre esta línea argumentativa, que conduce a concebir el dolo con un doble objeto (elementos característicos del injusto específico de una figura de delito y ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de exclusión del injusto penal), FRISCH, *Vorsatz, p.* 243 y ss., 249-250, nota 133, 251. También MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 256-257; EL MISMO, ADPCP 1988, p. 679.

[373] Cfr. MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 680; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 540.

[374] Vid., en cambio, una defensa de la teoría estricta de la culpabilidad desde una perspectiva «orientada a las consecuencias» en MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal,* Valencia 1989, p. 131 y ss.

[375] Una crítica intrasistemática a la solución finalista de la teoría estricta de la culpabilidad en SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo,* Pamplona 1963, passim, p. 47, por ejemplo; también EL MISMO, en *Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?,* WELZEL-FS, pp. 379-392, p. 388, por ejemplo.

[376] Lo que es discutido por SCHÜNEMANN, últimamente en el prólogo a la edición española, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno,* p. 26.

Ello afecta en primer lugar al subnivel de la «acción» (conducta, comportamiento). Acogerlo en el marco sistemático general del que partimos no significa retornar a construcciones clasificatorias del sistema como la naturalista o la finalista, en la que este concepto, entendido como extrapenal, desempeñaba el papel de concepto sistemático fundamental. Al contrario, la exigencia aquí del concepto de acción y la configuración que se da al mismo derivan de la propia estructura de los procesos de motivación, a través de los que se canaliza la misión preventiva del Derecho penal[377]. La cuestión es, sin embargo, si todo ello resulta suficiente para que la acción constituya un subnivel sistemático con funciones propias. De hecho, la reacción neokantiana contra el naturalismo y la reacción contemporánea contra el finalismo han pasado, en buena medida, por la eliminación del concepto de acción como subcategoría autónoma y la inserción de su problemática en la noción de «realización típica» o «tipo de injusto». Ahora bien, parece que todavía puede tener cierto sentido un subnivel autónomo en el que se compruebe, de modo común para todas las realizaciones típicas, si un determinado proceso reviste carácter de acción o no[378]. Ello es básicamente muestra de una función negativa (excluir *a priori* de la consideración penal los procesos en los que está ausente toda posibilidad de incidencia motivatoria), que se ejerce, además, en términos relativos (esto es, no para todos los procesos que surgen de un sujeto en un determinado momento sino para algunos determinados de ellos). De este modo, se separan los procesos que resultan meramente explicables de aquéllos en los que además es posible una atribución de sentido: concretamente, la atribución de sentido en que consiste la tipicidad. Ciertamente, este análisis podría incluirse sin mayores problemas en el ámbito de la tipicidad penal. Sin embargo, parece que los problemas de ésta tienen que ver más con la posibilidad de atribuir un concreto contenido de sentido (riesgo relevante para bienes jurídicos) que con la posibilidad genérica de atribuir algún contenido de sentido, que se examina de modo más claro en un subnivel previo. Sobre todo, porque, mientras que la tipicidad reviste una estructura sustancialmente distinta en delitos comisivos y omisivos, dolosos e imprudentes, la comprobación de la existencia de un proceso con carácter de acción reviste una naturaleza común a todas esas modalidades de realización típica[379].

2. Sólo respecto de procesos interpretables, esto es, susceptibles de una atribución de sentido (conductas humanas conscientes y voluntarias), puede predicarse la existencia de un injusto penalmente típico. Dados los fines del Derecho

---

[377] Cfr. sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 123 y ss.

[378] Tratando de fundamentarlo con cierto detalle, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 127 y ss.

[379] En esta línea también, modificando puntos de vista anteriores, ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca* (trad. Moccia), en Studi in memoria di Giacomo Delitala, III, Milano 1984, pp. 2087-2114, p. 2104-2105. Ahí sostiene el llamado «concepto personal de acción» (acción como manifestación de personalidad).

penal, ello sólo puede consistir, como ya se expresó, en la advertencia en la conducta —*ex ante*— de un contenido de riesgo penalmente relevante. Este contenido de peligro adopta diversas manifestaciones en cada una de las modalidades de realización típica; es más, incluso los límites de la relevancia penal son diferentes en cada uno de los casos.

> Por poner un ejemplo ya en parte aludido: la presencia de dolo puede incrementar el riesgo objetivamente existente hasta el punto de hacer relevante penalmente un riesgo objetivo que, sin la concurrencia de dolo, esto es, imprudentemente creado, no sería relevante (ej. el conocido caso del tirador inexperto). Por otro lado, dado el diferente significado de la tipicidad comisiva y omisiva, un determinado riesgo puede ser típico en vía comisiva y no, en cambio, en vía omisiva, por ser inexigible su evitación.

En lo que sigue, no aludiré a la configuración del injusto objetivo[380] en cada uno de los casos, remitiendo, al respecto, a trabajos en los que he mostrado mi punto de vista al respecto, o a otros en que se contienen posturas que, en términos generales, comparto[381]. Sí deseo, en cambio, aludir al aspecto subjetivo, y concretamente al dolo como elemento del injusto penalmente típico.

3. La configuración del dolo es probablemente uno de los ámbitos en que con mayor trascendencia pueden repercutir las concepciones teleológicas del sistema del delito. Ello, ya en lo relativo a su propia *ubicación sistemática*. Al respecto, no debe olvidarse que una ubicación del dolo en el injusto era consecuencia obtenida con anterioridad al finalismo por algunos autores desde la sistemática (teleológica) del neokantismo. Asimismo, que, con posterioridad, son muchos los autores que concluyen la ubicación sistemática del dolo en el injusto a partir de la concepción imperativa de la norma[382] (derivada de una atribución de fines preventivos al Derecho penal) o de la concepción del injusto como un injusto de la peligrosidad (*ex ante*) de la conducta, peligrosidad evidentemente afectada por la presencia de dolo[383].

> De todos modos, no cabe ignorar que la doctrina dominante actualmente en Alemania no es precisamente la que sostiene la ubicación del dolo en el

---

[380] Aunque ya se ha señalado que el injusto objetivo lo es en tanto que quien determina su concurrencia es el espectador medio en un plano objetivo *ex ante*, no porque no haya de tenerse en cuenta, a la hora de enjuiciar la concurrencia del mismo, el plano subjetivo (ya sea el dolo del sujeto, ya una especial capacidad o conocimiento del sujeto —en los casos de imprudencia—).

[381] Sobre la configuración del injusto penalmente típico en los delitos de omisión, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 282 y ss.; en la imprudencia, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona 1989. En general, sobre la configuración del riesgo *ex ante*, como esencia del injusto penalmente típico, *supra* V.2. C) a).

[382] Dolo como elemento subjetivo de desobediencia, clave en la infracción del imperativo.

[383] Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 74 y ss., aludiendo tanto a que el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta, como a que el mecanismo de la motivación penal opera con mayor intensidad en estos casos de concurrencia de dolo.

ámbito de lo injusto, sino la favorable a la doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad[384]. La concepción de la doble posición del dolo puede sostenerse en dos versiones, una formal y otra material. La primera entiende que es el dolo en toda su globalidad el que se contempla tanto desde la perspectiva del injusto como desde la de la culpabilidad; la segunda, por su parte, mantiene los aspectos cognoscitivos (y, si acaso, volitivos) en el injusto, mientras que los emocionales pasan a contemplarse en la culpabilidad[385]. A mi juicio, sin embargo, la inclusión del dolo en el ámbito sistemático de la culpabilidad es sistemáticamente innecesaria si se trata de volver a contemplar el dolo típico desde nuevas perspectivas, y sospechosa de otorgar relevancia a actitudes internas, si se trata de extraer un dudoso aspecto emocional del dolo típico y ubicarlo en la culpabilidad. En todo caso, la culpabilidad tal como aquí se contemplará no admite un elemento así[386].

El *objeto* del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales[387]; ni el proceso causal, ni la relación de imputación (objetiva) del resultado en sentido estricto, ni el resultado, quedan dentro de su ámbito; sí, en cambio, todos los elementos de la conducta que hacen de ésta una conducta «*ex ante*» penalmente relevante[388]. Asimismo, es objeto del dolo la situación de no-justificación, que, unida a la conducta peligrosa (fundamento del injusto penal), conforma el comportamiento penalmente antijurídico[389]. Todo ello en cuanto al objeto. En lo relativo al contenido, debe optarse por un contenido cognoscitivo. La voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado[390]. Desde un punto de vista teleológico

---

[384] Teoría que parece tener su origen en GALLAS, *La teoría*, p. 59; también ya en ROXIN, *Radbruch-GS*, p. 266. Sobre el tema, en España, CEREZO MIR, *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982, pp. 198-203.

[385] Sobre ello SILVA SÁNCHEZ, *Introducción*, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 14-15.

[386] La doctrina de la doble posición del dolo ha sido un recurso utilizado para fundamentar la solución del error de tipo en materia de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente (sobre ello cfr. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 545); o incluso para el tratamiento del error de prohibición en el *Nebenstrafrecht* y el *Ordnungswidrigkeitenrecht*.

[387] Cfr. FRISCH, *Vorsatz*, p. 340, 407, etc.

[388] Sobre todo esto, detalladamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus e imputación objetiva*, ADPCP 1984, pp. 347-386, p. 366 y ss. especialmente.

[389] Cfr., además de las referencias anteriores, FRISCH, *Vorsatz*, p. 505, nota 11; MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 679.

[390] Cfr. la crítica de HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. 435 y ss, a las concepciones que incluyen la voluntad como elemento específico del dolo. «*Wer tötet und weiß, daß er tötet, der will auch töten*» (el que mata y sabe que mata, quiere también matar). Si alguien realiza una acción voluntariamente y sabe cuál es el contenido de sentido de esa acción, entonces es que, por necesidad, quiere producir ese contenido de sentido. Pero además es obvio que, respecto a los demás elementos típicos diferentes de la acción, ni directa ni indirectamente cabe referir una voluntad, sino sólo un conocimiento. Y si el dolo

debe quedar claro que son dolosos los hechos que merecen la pena establecida para el delito doloso[391] y que a este respecto lo fundamental es el conocimiento[392]. El dolo eventual puede, pues, llegar a contemplarse como arquetipo de dolo.

> Ello se manifiesta en la concepción del dolo, que en líneas esenciales comparto, de FRISCH, que resulta por necesidad de las premisas de que el objeto del dolo es el riesgo *ex ante* y de que éste aparece definido, por tanto, en términos de probabilidad. Lo decisivo ahí son los aspectos cognoscitivos y no los volitivos[393].

Frente a ello, la intención o dolo directo de primer grado muestra un posible doble significado: como deseo de que se produzca el resultado, es una manifestación de la actitud interna sin relevancia penal; como especial conduccción final del proceso, puede suponer un incremento del riesgo objetivo; también, puede intensificar el contenido de sentido lesivo del hecho. De todos modos, nada de ello afecta, según entiendo, a la esencia del dolo (y una prueba de que lo esencial del dolo es el aspecto cognoscitivo podría hallarse en el hecho de que lo único que lo excluya sea el error de tipo)[394].

4. Un último tema en relación con el dolo y su carácter cognoscitivo es el de la intensidad de ese conocimiento, esto es, en otras palabras, cuáles son las características de la conducta que deben ser abarcadas por el mismo para poder hablar de un hecho doloso. Al respecto, parece claro que no basta con un conocimiento naturalístico, sino que debe darse un conocimiento del contenido de sentido social del hecho. Ello se manifiesta en el tema, por lo demás polémico,

---

contuviera un querer adicional a la voluntad natural de la acción y el conocimiento del sentido de esta acción ¿por qué habría de excluirlo sólo el error de tipo (causa de exclusión del conocimiento) y no además unas «causas de exclusión del querer»? Quienes incluyen una voluntad en la esencia del dolo, quizá sin saberlo mantienen el aspecto emocional (de GESINNUNG, actitud interna) de un dolo incluido sistemáticamente en la culpabilidad y expresivo de la mayor «reprochabilidad» del hecho del sujeto. Pero el tránsito del dolo de la culpabilidad al tipo de injusto debe llevar consigo su depuración de estos elementos. Cfr. por lo demás también JAKOBS, AT, 2.ª ed., Ap. 8, n.º marg. 8. Vid. asimismo MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 665: «En los delitos dolosos la voluntad que integra la conducta se produce a conciencia de sus consecuencias lesivas típicas. Tal voluntad consciente basta para ser calificada de dolo». Ciertamente, aunque Mir sostiene un concepto de dolo con elementos volitivos, podría desprenderse de esta frase que lo que produce el carácter doloso no es la voluntariedad, omnipresente en las acciones humanas (como *actiones humanae*), sino la consciencia.

[391] Cfr. ROXIN, *Zur kriminalpolitischen Bedeutung*, p. 7.

[392] FRISCH, *Vorsatz*, p. 409: «normales Wissen». Cfr. también, desde una perspectiva diferente, KINDHAUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, ZStW 96(1984), pp. 1-35.

[393] FRISCH, *Vorsatz*, p. 411.

[394] A juicio de FRISCH, *Vorsatz*, p. 498 y ss, la «intención» y el «conocimiento seguro» no son clases de dolo de rango superior, sino situaciones especiales en las que la «decisión en contra del bien jurídico», esencia del dolo, se hace especialmente evidente, desencadenando mayores necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales (por la mayor impresión social y la mayor peligrosidad del sujeto). Sobre mi personal punto de vista sobre el contenido del dolo, cfr. sucintamente SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 545-546.

del conocimiento y el error en materia de elementos normativos. Ahora bien, siguiendo esta línea, algunos autores van más allá, y pese a mantener en el nivel sistemático de la culpabilidad un ámbito referido al error sobre la prohibición (como error sobre una norma en sentido formal), entienden que el conocimiento constitutivo del dolo ha de abarcar el sentido de la conducta como orientada a la lesión de un bien jurídico[395] (lo que podríamos llamar conocimiento de lo injusto material del hecho, que no implicaría necesariamente el conocimiento de la norma prohibitiva formal). Ahora bien, la cuestión crucial es entonces cómo determinar que nos hallamos ante un bien jurídico-penal, sin conocer el orden normativo que hace de un bien concreto un bien jurídico-penalmente protegido y de las conductas orientadas a lesionarlo, infracciones penales. Desde el momento en que se dispone como objeto del dolo no sólo el sentido social del hecho sino, a la vez, la valoración jurídico-social que recae sobre ese «sentido», se está empezando, según creo, a incluir elementos del conocimiento de la antijuricidad (de «una» antisocialidad o antijuricidad) en el injusto. En realidad, tal proceder, si se parte de una concepción imperativa de la norma, es casi una consecuencia necesaria. Pues para que la norma jurídico-penal pueda desarrollar su eficacia motivatoria es preciso que sea advertida como tal por el sujeto, que éste sepa cuáles son las directrices de conducta que de ella dimanan y que éstas se hallan respaldadas por la amenaza de pena. Así las cosas, el error invencible sobre la prohibición penal abstracta del hecho determinaría que éste, en concreto, no fuera penalmente antijurídico. Expresado de otro modo, una agresión penalmente relevante contra un bien jurídico y no amparada por causas de exclusión del injusto penal dejaría, pese a todo, de estar prohibida penalmente si el sujeto desconocía hallarse ante un bien jurídico-penal, lo que imposibilitaba su motivación por normas penales[396]. En el caso de que dicho desconocimiento fuera debido a una situación superable por el sujeto (lo que debe imaginarse que sucederá en la gran mayoría de casos) la única norma infringida será la conocida (y que ha motivado), es decir, la norma penal de cuidado.

> Con todo, y a pesar de la gran coherencia que muestra lo anterior, estimo necesitada de ulterior reflexión la cuestión de si, constatada la posibilidad *ex ante* de una motivabilidad, por remota que fuere, todas estas situaciones no deberían examinarse *ex post* atendiendo a consideraciones de exigibilidad o inexigibilidad[397].

---

[395] Cfr., por ejemplo, Otto, AT, 3.ª ed., p. 101 y ss, tomando como referencia del conocimiento la idea de «*Sozialschädlichkeit*» o bien «*Rechtsgutsbeeinträchtigung*» (p. 103).

[396] Según Mir Puig, PG, 3.ª ed. p. 668-669, ello sería una especie de riesgo permitido, en la medida en que el Estado no está dispuesto a adoptar las cautelas que imposibiliten situaciones de desconocimiento total e invencible de que se está agrediendo a un bien jurídico penalmente protegido.

[397] Cfr. en todo caso, decididamente por ubicar la problemática del error de prohibición en el injusto, Mir Puig, PG, 3.ª ed., p. 668-670; también, *Función*, 2.ª ed., p. 80 y ss.

5. Un último aspecto, ya antes aludido, perteneciente al ámbito sistemático de la antijuricidad penal, es el relativo a las causas de exclusión del injusto penal. Sabido es que tradicionalmente éstas se han entendido como causas de *permisión jurídica del hecho desde la perspectiva global del ordenamiento jurídico.* También lo es, sin embargo, que han existido, en el ámbito del Derecho penal, intentos constantes, aunque ciertamente quepa estimar que no han prosperado[398], de distinguir, dentro de las llamadas «causas de justificación», entre unas (causas de justificación en sentido estricto) que implicarían la valoración positiva del hecho penalmente típico amparado por ellas (con la consiguiente declaración positiva del mismo como conforme a Derecho), y otras que se limitarían a caracterizarlo como no prohibido (rehuyendo todo pronunciamiento positivo o negativo al respecto)[399]. En esta línea de diferenciación se hallaría también la doctrina del «espacio libre de Derecho» (*rechtsfreier Raum*), según la cual habría supuestos típicos respecto a los cuales el Derecho no tomaría postura. En realidad, está claro que, desde perspectivas teleológicas, no tendría sentido distinguir, dentro de lo no prohibido, entre hechos no prohibidos con la cualificación de valiosos y otros que carecen de tal cualificación. En cambio, y aquí está la novedad fundamental del planteamiento de GÜNTHER, que sin duda se sitúa en esta tradición, sí tiene pleno sentido distinguir entre causas que tan sólo eliminan el merecimiento y necesidad de la prohibición penal, y causas que excluyen plenamente el carácter jurídicamente prohibido del hecho. La tesis de GÜNTHER, que ha recibido, junto a significativas críticas, ya un buen número de adhesiones, parte, en el plano político-criminal, del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal[400]. Estos conducirían a la conformación de una categoría —la antijuricidad penal, *Strafrechtswidrigkeit*— que no abarcaría todos los comportamientos antijurídicos, prohibidos por el Derecho (*rechtswidrig*), sino sólo los que muestran una gravedad cualificada y son, por ello, susceptibles de ser prohibidos bajo la amenaza de una sanción cualificada: la pena[401].

La función de esta categoría sería, pues, distinguir entre lo prohibido y lo prohibido bajo pena. La conformación de los hechos «penalmente antijurídicos» tendría dos niveles fundamentales: por un lado, en la tipicidad penal se trataría de seleccionar, de entre todos los hechos lesivos de bienes jurídicos[402], aquéllos que lo son hasta el punto de merecer la incriminacion[403]; por otro lado, en la

---

[398] Cfr., por ejemplo, WOLTER, *Objektive und personale*, p. 149 nota 349.

[399] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona 1978, p. 111 y ss., acogiendo la idea de que hay causas de justificación que conllevan una valoración positiva y otras que no, aunque rechazando una distinción terminológica (p. 116).

[400] Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 154 y ss. y 55, 179 y ss.

[401] Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 84, 89 y ss., 247.

[402] Sobre que la protección de bienes jurídicos no puede constituir el factor teleológico para la conformación de la antijuricidad penal, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 153.

[403] Como señala GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 85, «El concepto general de antijuridicidad es previo a los tipos penales; la «antijuridicidad penal» sigue a la tipicidad penal»; p. 86, aludiendo a que esa selección tiene lugar según criterios teleológicos.

exclusión del injusto penal bastaría con la concurrencia de los elementos que reduzcan el injusto cualificado fundamentado en el ámbito de la tipicidad, eliminando la necesidad y legitimidad de la prohibición penal[404]. Estas causas que excluyen meramente el injusto penal, o el carácter penal del injusto, sin convertir al hecho en permitido a la luz de todo el ordenamiento jurídico, son las «causas de exclusión del injusto penal» (*Strafunrechtsausschließungsgründe*); junto a ellas, se dan causas de justificación *stricto sensu*, que no sólo excluyen el injusto penal sino que convierten al hecho en jurídicamente permitido (para todos los sectores del Derecho)[405]. Las causas de exclusión del injusto penal son, evidentemente, una construcción de signo teleológico, apta para dejarse influir por los criterios de necesidad y justificación político-criminal de la prohibición penal. Las causas de justificación, en cambio, no pueden orientarse teleológicamente a los fines del Derecho penal, puesto que son comunes a todo el Ordenamiento jurídico[408].

> No es posible entrar a analizar en detalle aquí la trascendencia de la propuesta de GÜNTHER, sus manifestaciones concretas[407], ni sus repercusiones sistemáticas[408]. Simplemente añadiré que la misma puede tener incluso mayor alcance del que en su planteamiento —basado en ciertos casos en la conformación de causas de exclusión del injusto penal por analogía con las causas de justificación (*notwehrähnliche Lage, notstandsähnliche Lage*) —se les atribuye. En efecto, la exclusión del injusto penal podría incluso llegar a concebirse como principio rector interpretativo de las causas de justificación en el ámbito jurídico-penal; algo así como la introducción de consideraciones de insignificancia en la parte negativa del supuesto de hecho prohibido: si, tras la concurrencia parcial de una causa de justificación[409], restara un injusto insignificante para el Derecho penal, podría pensarse en una renuncia a la prohibición penal[410]. Sin embargo, también esto, ciertamente, requiere de un análisis más profundo[411].

6. Para concluir este punto, debe señalarse que también en las llamadas tradicionalmente causas de justificación nos hallamos, en realidad, como en el ámbito de la tipicidad, ante dos perspectivas: una perspectiva *ex ante*, en la que

---

[404] GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y ss.

[405] Cfr. por ejemplo GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 257 y ss.

[406] Cfr. el resumen de GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 395.

[407] Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 309 y ss.

[408] Las causas de exclusión del injusto penal tendrían en común con las causas de justificación el régimen del error y de la participación, mientras que sería diferente el régimen de la legítima defensa, que sí cabría frente a hechos amparados por causas de exclusión del injusto penal.

[409] Por ejemplo, en eximentes (causas de justificación) incompletas, pero muy próximas a la «completud».

[410] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 541.

[411] Una toma de postura crítica frente a Günther se contiene en MUÑOZ CONDE, *Notas bibliográficas*, CPC 1988, pp. 605-611, en especial 608-609; cfr. también JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 290 nota 2, con referencias bibliográficas; BACIGALUPO, *Entre la justificación y la exclusión de la responsabilidad*, La Ley 1986-4, pp. 1198-1203. Una amplia réplica a las críticas que se le han dirigido, en GÜNTHER, en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung*, I, p. 395 y ss.

se trata de la exclusión del injusto (penal) y otra perspectiva *ex post*, en la que de lo que se trata es de la eliminación de la necesidad y legitimidad de la imposición de la pena concreta. El aspecto *ex ante* afecta a la antijuricidad penal y al ámbito de la norma primaria; el aspecto *ex post* afecta a la punibilidad (sancionabilidad penal) y, por tanto, al ámbito de la norma secundaria. Esto es lo que se expresa tradicionalmente, afirmando la existencia en las causas de justificación de un valor de la acción y un valor del resultado contrapuestos respectivamente al desvalor de la acción y al desvalor del resultado que se manifiestan en la tipicidad[412]. Si hasta aquí hemos examinado, pues, prioritariamente el aspecto de exclusión del injusto, en el tratamiento, que ahora sigue, de los aspectos pertenecientes al ámbito de la norma secundaria, comentaremos el papel del resultado justificante (resultado de salvación de bienes jurídicos, valor de resultado) como compensación del resultado lesivo (desvalor de resultado) y su relevancia en la eliminación de la necesidad y legitimación de la imposición de la pena.

D) El ámbito de los presupuestos de la aplicación de la norma secundaria (la «sancionabilidad penal»)

a) Introducción

1. En lo anterior se ha señalado reiteradamente que la negación de la necesidad y legitimidad de la sanción penal de un hecho puede deberse a varias razones. Cabe, en primer lugar, que (*ex ante*) ni siquiera se estime necesaria y legítima una prohibición penal del hecho; por ello, en lo anterior nos hemos referido precisamente a los presupuestos de la decisión político-criminal fundamental consistente en declarar un hecho penalmente antijurídico. Cabe, sin embargo, que, aun estimándose pertinente la prohibición del hecho bajo amenaza de pena, llegado el momento *ex post* no se considere necesaria ni legítima la sanción penal concreta del mismo[413]; de los presupuestos de esta última decisión nos ocuparemos sucintamente en lo que sigue[414]. A este ámbito pertenecen, según se señaló, por un lado, la culpabilidad o atribuibilidad individual del hecho al sujeto; y, por otro, la lesividad, que consta de la tipicidad punible (*ex post*) del hecho (o tipicidad en sentido estricto, pues no hay que olvidar que los

---

[412] Cfr., por ejemplo, WOLTER, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 112-113.

[413] Como señala expresivamente PERRON, *Rechtfertigung*, p. 231: «La mera renuncia a la pena se basa, frente a ello, en el hecho de que la sanción del autor, pese a la antinormatividad de su hecho, no parece adecuada a fin o resulta legítima a la luz de las valoraciones limitadoras de la intervención penal existentes».

[414] Como ya se ha señalado repetidamente, la norma primaria contempla el hecho *ex ante*, esto es, antes de que se produzca, mientras que la norma secundaria lo contempla *ex post*, una vez ya se ha producido y se trata de decidir sobre la imposición de una concreta sanción.

tipos legales están configurados sobre la base de verbos resultativos, de modo que contemplan el proceso *ex post*) y de la ausencia del aspecto *ex post* (de no punibilidad) de las causas de exclusión del injusto (valor de resultado, justificación *ex post*)[415].

2. Resulta difícil, sin embargo, establecer una caracterización diferente de los ámbitos de la norma primaria y de la norma secundaria a partir de los criterios político-criminales del merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y de la necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit*). Es, desde luego, cierto que se ha impuesto la tesis de que estos criterios no deben examinarse al margen de las categorías del sistema del delito, configurando una nueva categoría (político-criminal) adyacente a las tradicionales, sino que deben integrarse en las categorías dadas[416]; algo que desde una construcción teleológica del sistema, orientada a las finalidades político-criminales, resulta evidente. Sin embargo, también es cierto que se ha señalado que tales criterios «atraviesan» las categorías sistemáticas, las «colorean», por así decirlo, desde el momento en que se adopta la decisión de la incriminación, y todo ello de un modo uniforme, de modo que carece de sentido tratar de hallar manifestaciones específicas diferentes del uno o del otro en los diversos niveles del sistema[417]. Por mi parte, estimo que el tema requiere probablemente una mayor investigación de la que hasta ahora se ha realizado, precisamente desde la perspectiva de una construcción teleológica del delito. Con esta reserva, me atrevo a adelantar, no obstante, a título de hipótesis —y como vía de investigación—, que sí pueden establecerse diferencias de incidencia de la *Strafwürdigkeit* y la *Strafbedürftigkeit* en los niveles de la norma primaria y de la norma secundaria. Por un lado, porque la referencia de la «*-würdigkeit*» y la «*-bedürftigkeit*» en el ámbito de la norma primaria es la «prohibición bajo pena» (esto es, una limitación de libertad inferior) y en la norma secundaria la «sanción penal efectiva» (es decir, una limitación de libertad superior), con lo que, según se ha dicho, el ámbito de la primera puede ser sustancialmente más amplio que el de la segunda. Pero, sobre todo, porque los presupuestos de aplicación de la norma secundaria (elementos de la sancionabilidad penal) no añaden (caso de concurrir: culpabilidad, lesividad) positivamente un *plus* de merecimiento de pena al que ya se contenía en el hecho penalmente prohibido. En cuanto a su ausencia,

---

[415] Junto a ello, deben examinarse en este ámbito los tradicionales elementos de la punibilidad, las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, a las que no se hará aquí mayor alusión.

[416] Cfr. sobre el tema el fundamental trabajo de OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien? Überlegungen zum Deliktsaufbau*, en Gedächtnisschrift für H. Schröder, München 1978, pp. 53-71, en especial, p. 66 y ss. También ALPETER, *Strafwürdigkeit*, p. 49 y ss., 90 y ss., 284.

[417] Cfr., por ejemplo, VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, ZStW 97 (1985), pp. 871-918, en especial, p. 898 y 899, indicando que tales criterios son válidos para el control y crítica de las leyes que se quiere introducir o derogar, pero que no son útiles en el sistema del delito.

evidentemente en el caso de la *lesividad,* es la necesidad y no el merecimiento de pena la afectada (eliminada o disminuida); y en el caso de ausencia de culpabilidad, aunque pueda darse ciertamente una disminución del merecimiento de pena, lo que explica sus efectos de exclusión de la sancionabilidad es en muchos casos una pura consideración de falta de necesidad. Se diría, pues, que el merecimiento de pena desempeña un papel considerablemente inferior en el ámbito de la norma secundaria[418]. Ello, naturalmente, y según se ha señalado, a reserva de una más profunda reflexión.

> Todo ello podría tener que ver con la constatación —que, a mi juicio, se hace cada vez más evidente— de que la decisión político-criminal fundamental y la más rica en efectos preventivos-generales es la decisión de prohibir bajo amenaza de pena. Junto a ella, la decisión de castigar o no castigar desempeña un papel secundario y no incide del mismo modo. Que esto es así lo pondría de relieve la gran abundancia de modernas instituciones político-criminales, en las que se parte de una renuncia a la formulación de la condena, confiándose en que la subsistencia de la prohibición penal y la celebración del proceso, en el que se subrayará que el sujeto ha infringido las normas penales, sean suficientes para garantizar la prevención, sin precisarse de modo absoluto la operatividad plena de la norma secundaria con la imposición de la pena.

b) La atribuibilidad individual (culpabilidad). Antijuricidad y culpabilidad. Exclusión de la culpabilidad y exculpación. Justificación y exculpación

1. El estado actual del debate acerca del fundamento de la categoría sistemática de la culpabilidad refleja una pluralidad de posiciones[419]. Así, hay concepciones en las que se estima que el fundamento de la atribución de culpabilidad es el poder individual de actuar de otro modo (en la línea de WELZEL), ó que lo es el no responder al baremo constituido por el poder del hombre medio (en la línea de JESCHECK); esta última postura, la del llamado «concepto social de culpabilidad», de fuerte connotación normativa, parece que puede estimarse dominante en el ámbito alemán. Junto a ello, sin embargo, se asiste a la proliferación de concepciones de signo preventivo, según las cuales el juicio de culpabilidad no responde a la constatación empírica de un estado individual preexistente, sino a una imputación, atribución de responsabilidad desde perspectivas funcio-

[418] ALPETER, *Strafwürdigkeit,* p. 43 y ss., rechaza que pueda distinguirse entre «merecimiento» y «necesidad de pena» en general, pues, a su juicio, no cabe separar consideraciones de racionalidad funcional (*Zweckrationalität*) y de racionalidad valorativa (*Wertrationalität*). A favor de la distinción, en cambio, VOß, *Symbolische Gesetzgebung,* p. 148. Personalmente, como se habrá observado, me muestro a favor de distinguir las consideraciones de uno y otro signo, por entender que unas responden a criterios de utilidad y otras a criterios de garantía (valorativos), pudiendo coincidir, pero también separarse.

[419] Sobre todo este tema es fundamental la monografía de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención,* passim, en especial p. 73 y ss, 143 y ss.

nales[420]. Otras tesis parecen ya definitivamente superadas[421]. Por lo que se refiere a las mencionadas como vigentes, las segundas han reprochado a las primeras el basarse en presupuestos indemostrables, como el libre albedrío individual, o en una concepción (el llamado concepto social de culpabilidad) que tampoco es concebible sin tomar este principio como punto de partida (pues el hombre medio debe imaginarse como libre, o la concepción carece de base). En cambio, las primeras han reprochado a las segundas su vulneración de las garantías individuales, al anular la virtualidad garantística del principio de culpabilidad y someter la decisión que aquí nos ocupa a los dictados de la prevención, que conllevarían una instrumentalización del individuo. Un termino medio es el que pretende ocupar ROXIN, al partir —en la elaboración del concepto de culpabilidad— de un dato psicológico (la capacidad psicológica de autoconducción), como propiedad del común de hombres sanos en situaciones normales, imputar a este dato la accesibilidad a la llamada de la norma (*normative Ansprechbarkeit*) y, en todo caso, construir una categoría, la responsabilidad, en la que culpabilidad y necesidades preventivas de pena se limitan recíprocamente, siendo ambas necesarias para el castigo. No es posible, en el reducido espacio de que aquí se dispone, reflejar detalladamente los términos del debate[422]. De ahí que nos limitemos a señalar cuál debe ser, a nuestro juicio, la configuración de la culpabilidad en un sistema teleológico basado en las decisiones político-criminales fundamentales expresadas en las normas primaria y secundaria.

---

[420] Hay que decir, sin embargo, que también la concepción de la culpabilidad del finalismo puede verse en parte como una concepción funcional, orientada a los fines de la pena y, en concreto, al fin de la obtención de una actitud de fidelidad al Derecho; aunque al final siempre se acaba retomando a una culpabilidad preexistente. Cfr. las afirmaciones de Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 290.

[421] Eludo aquí, por ello, toda alusión a otras doctrinas, que parecen superadas, al menos teóricamente, como la culpabilidad como juicio sobre la actitud interna, jurídicamente desvalorada, del sujeto (en la línea expuesta por GALLAS) o la culpabilidad por el carácter, doctrina con mucho arraigo en Alemana, en cuya defensa destacó Engisch.

[422] Una descripción de las posturas fundamentales en TIEMEYER, *Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs*, ZStW 100 (1988), pp. 527-566, en especial 527 y 528, incluyendo a quienes no sólo pretenden funcionalizar el concepto de culpabilidad, sino prescindir de él sustituyéndolo por otros principios (p. 528, nota 5). También en SCHÜNEMANN, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca* (trad. Militello), RIDPP 1990, pp. 3-35. Perspectivas más bien clásicas en GRIFFEL, *Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit*, ZStW 98 (1986), pp. 28-43; también GRIFFEL, *Widersprüche um die Schuldstrafe —Willensfreiheit und Recht—*, GA 1989, pp. 193-206; DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*. München 1987, en especial, p. 337 y ss. Adalid del punto de vista de la funcionalización es JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976; AT, 2.ª ed., Ap. 17; también ACHENBACH, *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, pp. 134-146; aunque otros autores siguen puntos de vista diferentes en tal funcionalización (cfr. la alusión de TIEMEYER, ZStW 100 (1988), p. 528 nota 4). Sobre el punto de vista de ROXIN, sus obras *Culpabilidad y prevención* (trad. MUÑOZ CONDE), Madrid 1981 y *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?* (trad. Silva Sánchez), en CPC 1986, pp. 671-692. Próximo SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, pp. 147-1 78.En España, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 142 y ss., 175 y ss; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, en ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, p. 13 y ss; MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 91 y ss; desde perspectivas clásicas, CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, en Problemas, pp. 179-197; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad*, p. 53 y ss. Entre otros.

2. Personalmente, —y como ya en parte he señalado en otros lugares— estimo que la culpabilidad como categoría sistemática no aparece configurada en virtud de consideraciones totalmente ajenas a las necesidades preventivas, con lo que, en realidad, tampoco puede constituir un límite a la imputación jurídico-penal de signo preventivo. A mi juicio, la decisión en virtud de la cual se afirma que un hecho es «culpable», o no, es una decisión mixta, sintética, en la que han incidido consideraciones preventivas del mismo modo que consideraciones garantísticas, como pueden ser la igualdad, la humanidad, la condescendencia ante debilidades humanas, etc.[423]. De hecho, esta incidencia de dos clases de consideraciones se pone de manifiesto también en planteamientos como el de ROXIN, en el que la categoría de la «responsabilidad» se integra por un lado de la culpabilidad y por el otro de las necesidades preventivas de pena, en relación de limitación recíproca. Lo que ocurre es que ROXIN trata de separar claramente los ámbitos en los que la decisión de exclusión de la responsabilidad se debe a lo uno (falta de culpabilidad en sentido propio) o a lo otro (falta de necesidad preventiva); algo que no es posible, como prueba el propio reconocimiento de ROXIN de que también en la inimputabilidad (núcleo aparente de la inculpabilidad en sentido estricto) inciden consideraciones de índole preventiva (de necesidad de pena)[424]. Vistas las cosas desde este punto de vista, no tiene sentido diferenciar entre causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto y causas de exculpación. Esta distinción, propiciada por la concepción tradicional de la culpabilidad como poder actuar de otro modo, carece de sentido tan pronto como se admite que el poder actuar de otro modo no representa papel alguno en la culpabilidad, sino que en ésta se decide en virtud de consideraciones preventivas y garantísticas la atribución individual del hecho al autor.

> La doctrina de base finalista partía de entender que en las causas de exclusión de la culpabilidad (vgr. la inimputabilidad) le faltaba al sujeto el poder actuar de otro modo. Ahora bien, al propio tiempo se advirtió la existencia de

[423] Ello no implica en sí una toma de posición contraria a la existencia del libre albedrío y, por ello, determinista. Estimo que, en realidad, todos partimos en nuestra vida social de una recíproca atribución de libertad: cfr. Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 291; SCHÜNEMANN, en Schünemann (comp.), *El sistema moderno*, p. 155 y ss. Es más, creo que tiene razón Armin KAUFMANN, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 291, cuando se pregunta «*...wenn wir alle von der Erkenntnis besessen wären, daß alle in allem durch und durch determiniert seien, wer wollte dann —und wer ließe sich noch— das Prävenire spielen?*». Sin embargo, estimo que la atribución de responsabilidad en Derecho penal puede hacer abstracción de este aspecto; en concreto, que la exclusión de la responsabilidad no requiere partir de que el sujeto ha obrado sin libre albedrío, y que la fundamentación de la responsabilidad, sentado un principio de existencia de libre albedrío, requiere además una fundamentación positiva en los aspectos preventivos y garantísticos implicados. Cfr. también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 114 y ss., 140.

[424] Cfr. sobre ello AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 104 y ss.

causas en que, propiamente hablando, no podía excluirse que el sujeto dispusiera de la posibilidad de actuar de otro modo. A éstas se las denominó causas de exculpación o de disculpa (*Entschuldigungsgründe*), pues en ellas (vgr. las situaciones de necesidad exculpantes) sólo se podía apreciar una disminución de la culpabilidad (del poder actuar de otro modo), debida a la presión psíquica externa, junto a una disminución del injusto, debida a la orientación objetiva de la conducta a la salvaguarda de bienes jurídicos. La doble disminución de injusto y culpabilidad propiciaría la «disculpa» global del hecho, esto es, la renuncia por el estado a la imposición del resto de pena.

Pues bien, cualquier observación mínimamente detallada pondrá de relieve que en ninguna de las causas que, de un modo u otro, excluyen la culpabilidad, puede hablarse de que lo decisivo en todo caso sea el poder actuar de otro modo del sujeto. Esta idea, ni explica la situación presente, ni mucho menos la evolución de eximentes como la enajenación o la minoría de edad. Quedando, pues, clara, la incidencia de otro tipo de consideraciones, utilitaristas y humanitarias, parece que no ha de ser posible una distinción entre causas de «mera» exculpación y causas de «auténtica» exclusión de la culpabilidad. Todas las causas que excluyen la culpabilidad responden, al igual que la propia configuración de la categoría, a una integración de consideraciones utilitaristas de necesidad o innecesariedad de pena y de consideraciones garantísticas, derivadas de principios como el de igualdad o humanidad y tolerancia.

Sí tendría sentido teleológico, en cambio, como ha apuntado AMELUNG, la distinción —que en cierta medida se superpone a la anterior— entre causas que, al excluir la culpabilidad, excluyen asimismo la peligrosidad, (y, por tanto, la aplicación tanto de penas como de medidas de seguridad) y aquellas que sólo excluyen la culpabilidad, dejando subsistente la peligrosidad y, por tanto, la posibilidad de imposición de medidas[425]. Ciertamente podría decirse que las causas que dejan subsistente la posibilidad de imponer medidas expresan la permanencia de la necesidad de reacciones preventivo-especiales, mientras que las que impiden incluso la imposición de medidas excluirían la imposición de toda reacción jurídico-penal, lo que las mostraría como causas de más amplia trascendencia, al eliminar también la consideración del delito como manifestación de una «peligrosidad» del autor. Esto situaría a estas causas más cerca de las de exclusión del injusto penal. Aunque, en el Derecho penal español, la no previsión de medidas de seguridad para los casos de transtorno mental transitorio rompe en alguna medida el esquema. Es éste otro de los temas que merecen, seguramente, un análisis más detallado.

3. Lo señalado, sin embargo, tampoco supone que la culpabilidad, cuya imposible configuración como categoría independiente de las consideraciones preventivas y limitadora (desde fuera) de las mismas se ha afirmado, pase a explicarse unilateralmente desde la perspectiva de las necesidades preventivas de pena. En esa medida, me separo de quienes creen que la lógica de la prevención

[425] AMELUNG, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno*, p. 107.

conlleva cuantas limitaciones pueden ser precisas en este ámbito. No en vano se ha señalado que determinados casos de exclusión de la culpabilidad no se explican desde perspectivas puramente preventivas, pues en ellos seguiría teniendo sentido preventivo la imposición de una pena[426]. Así pues, parece que debe admitirse que en el ámbito sistemático de la culpabilidad inciden, junto a las consideraciones derivadas de las necesidades preventivas, «*Fairneßgründe*», «*Fairneßüberlegungen*», esto es, consideraciones de «juego limpio». En realidad, ello se manifiesta en la voluntad, patente en el ámbito de la culpabilidad, de no exigir de los ciudadanos demasiado, de no pretender hacer de ellos héroes ni santos, de atender a la desigualdad de sus situaciones individuales; pero, junto a todo eso, de tener presentes en todo caso las exigencias preventivas. De la permanente colisión y síntesis de uno y otro aspecto resulta la concreta formulación, la configuración de los requisitos que condicionan la aplicación de las diferentes causas de exclusión de la cupabilidad. Y es precisamente el tener presente este doble fundamento de las mismas el que puede permitir criticar su puntual configuración, en atención a si responde a la síntesis de principios que se estima propia del momento o no.

4. Una concepción de la culpabilidad como la sucintamente formulada es compatible con la que desarrolla MIR PUIG, entendiendo que la culpabilidad presupone «motivabilidad normal» y la inculpabilidad se basa en la «anormalidad de la motivación» del sujeto por las normas del ordenamiento jurídico-penal. La relativa discrepancia radica en que, por mi parte, entiendo que tal expresión del contenido de la culpabilidad no puede verse como límite externo a la prevención sino que, por el contrario, las consideraciones preventivas contribuyen a conformar su contenido[429]. En efecto, el término fundamental de tales expresiones es el de «normalidad/anormalidad». Ahora bien ¿cómo se decide si la motivabilidad de un sujeto es normal o anormal? La «anormalidad» puede entenderse como una categoría psicológica, pero ello no implica que también haya de basarse en consideraciones meramente psicológicas la decisión acerca de qué medida de «anormalidad» es precisa para excluir la culpabilidad. A mi juicio, ésta sólo puede ser una decisión normativa en la que, junto a obvias consideraciones de

[426] Cfr. esta objeción, por ejemplo, en NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 49.

[427] Cfr., por ejemplo. MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 96 y ss; PG, 3.ª ed., p. 586 y ss.

[428] Así, MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 588: «la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad».

[429] Puede acogerse la idea de MIR PUIG, PG, 3.ª ed. p. 588 y s., de que el fundamento de la culpabilidad radica en que en un Estado social y democrático de Derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad. Pero resulta que en la determinación de quiénes son los que actúan sin culpabilidad y, por tanto, de a quiénes no es lícito castigar, se entremezclan consideraciones garantísticas y preventivas. Dicho de otro modo, la prevención es la que impide que el contenido de las causas de exclusión de la culpabilidad vaya demasiado lejos, la que marca los límites de lo inexigible.

igualdad (y atención a la desigualdad), humanidad, etc, entrarán, sin duda, las necesidades preventivas. Esta doble incidencia de aspectos se advierte en todas las causas de exclusión de la culpabilidad. La decisión de la «anormalidad» de la motivación es la vía por la que penetran, pues, junto a otras, las consideraciones preventivas en la determinación del contenido de la culpabilidad, también en la propuesta de MIR PUIG.

5. Todo lo anterior puede resumirse indicando que, a mi entender, el concepto de culpabilidad puede y debe contemplarse desde la perspectiva de la exigibilidad. Puede, pues, seguir diciéndose que cupabilidad es exigibilidad. Actúa culpablemente la persona a la que puede exigírsele el actuar conforme a las normas. El grado concreto de exigibilidad resutará de la conflictiva puesta en relación, por un lado, de las necesidades preventivas, que abonarían el establecimiento de mayores niveles de exigencia, y, por otro lado, de los argumentos utilitaristas de intervención mínima, así como de los criterios humanitarios, garantísticos, en suma, que apoyarían su reducción[430]. Ello explicaría, por lo demás, la variabilidad histórica del ámbito de los culpables e inculpables y la influencia en esta materia de la evolución política (en sentido amplio) y de las ideas.

6. Un último tema que deseo abordar para concluir esta sucinta exposición de la problemática de la culpabilidad en un sistema del delito de orientación teleológica es el de la relación entre las causas de justificación y las llamadas «causas de exculpación» (que, según hemos señalado, a nuestro entender no tendrían por qué diferenciarse del común de las causas de exclusión de la culpabilidad). Lo cierto es que el tema de la diferenciación entre la justificación y la exculpación ha sido tradicionalmente problemático, también en España. Aquí, una corriente doctrinal iniciada por GIMBERNAT ORDEIG ha sostenido la tesis de que las causas de exculpación deben verse como causas de justificación, pues en nada se diferencian de éstas; así, tanto el «estado de necesidad por conflicto de bienes iguales» como el miedo insuperable se han estimado causas de justificación.

> La argumentación de GIMBERNAT ORDEIG puede expresarse en términos sucintos, pero no por ello menos contundentes. Según él, la antijuricidad es el ámbito del querer y la culpabilidad el del poder. Si no se castiga, ello puede ser debido a que no se quiera o a que no se pueda. En los casos de situación de necesidad del sujeto que conllevan una fuerte presión psíquica (tradicionalmente ubicados en la exculpación) el Derecho podría castigar, pues el castigo tendría sentido preventivo. Sin embargo, no se castiga; luego será porque no se quiere, es decir, que nos hallamos en el ámbito de la justificación[431].

[430] En esta medida puede decirse también que la culpabilidad constituye el ámbito del «poder», de lo que se puede castigar. Sólo que ese poder no será un poder «físico» (*können*), sino un «*dürfen*», esto es, un poder de legitimación, que desde luego influye en la conformación del contenido de la culpabilidad.

[431] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 224 y ss. Cfr. también, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*. DP PG. Madrid 1984, p. 429 y ss.

A mi entender, no le falta razón a esta tesis. En realidad, en todas las causas llamadas de exculpación, además de una situación de motivación estimada «anormal», se produce una disminución del contenido de injusto penal del hecho (así, quien mata a un tercero para salvar su propia integridad física, evidentemente realiza un injusto menor que quien lo mata sin salvar, a la vez, bien alguno). Ocurre, pues, que mientras en las causas de justificación (por emplear terminología tradicional) se llega a excluir el injusto, en las de exculpación no se alcanza este nivel: son situaciones de *justificación incompleta*. Por otro lado, la situación motivatoria anormal que se da en las causas de exculpación puede darse también en diversos casos de las causas de justificación (p. ej. en ciertos casos del estado de necesidad justificante); lo que ocurre, es que no se llega a examinar pues, al faltar la propia antijuricidad penal de modo completo, no es preciso analizar la eventual concurrencia de un motivo de exclusión de la culpabilidad. Así pues, y en resumen, se diría que la diferencia entre la justificación y la exculpación es de grado: la exculpación es, en el plano objetivo, una justificación incompleta, que no alcanza a excluir lo injusto penal del hecho y, por ese motivo, se examina en la culpabilidad. Ahora bien, esta observación nos lleva necesariamente a plantearnos la cuestión de por qué los elementos de justificación que contienen las causas de exculpación son insuficientes para excluir la antijuricidad. A lo que, evidentemente, cabe responder que son razones valorativas las que obligan a que el hecho presente un determinado contenido de valor, para que éste compense el desvalor expresado en la tipicidad y pueda excluirse la antijuricidad; ese contenido de valor es el que se expresa en los principios de la justificación: el interés preponderante, la adecuación de medio a fin, etc. De todos modos, esa valoración no es idéntica para todas las clases de delito. Así, en el delito omisivo, y dado que los mandatos (materiales) de actuar en un determinado sentido suponen una incidencia más intensa en la libertad individual, es posible que la inexigibilidad, que en el delito comisivo sólo excluye la culpabilidad, pase ya a excluir la antijuricidad típica. Por tanto, y para concluir esta primera aproximación, podría decirse que la diferencia entre justificación y exculpación es de grado y que, en teoría, el legislador podría convertir una causa de exculpación en causa de justificación, si estimara que eso que hasta el momento se ha entendido como merecedor de ser prohibido bajo pena, aunque luego el castigo concreto no parezca ni necesario ni legítimo, puede incluso dejarse de prohibir penalmente.

7. El panorama de las relaciones entre justificación y exculpación se ha visto, según creo, sustancialmente alterado por la teoría de las causas de exclusión del injusto penal, desarrollada por GÜNTHER y que acabamos de comentar. En efecto, se trata aquí de causas que no requieren tanto como las causas de justificación, pues en ellas no se trata de la calificación del hecho como jurídicamente permitido, sino de compensar las razones que han llevado a calificar al hecho, mediante la tipificación, como un injusto merecedor de pena, de modo que el

hecho puede seguir estando prohibido, pero no ya prohibido bajo pena. Si tenemos presente lo acabado de señalar en el sentido de que en las causas de exculpación concurren los elementos de una «justificación incompleta», parece obvio que algunos de ellos podrían entenderse como «causas de exclusión del injusto penal», pasando a ubicarse en el ámbito sistemático de la antijuricidad penal, en lugar de la culpabilidad. Cuáles puedan ser éstos, resulta desde luego una cuestión que es preciso analizar detalladamente: una primera aproximación nos inclinaría en favor de incluir en la exclusión de la antijuricidad penal aquellos casos límite, en que no puede hablarse de permisión, pero sí nos hallamos muy cerca de ella[432].

> En resumen, pues, creo que la dogmática de las «situaciones de necesidad» debería reelaborarse a fin de examinar cuáles de ellas pueden dar lugar a la atipicidad, cuáles a una auténtica permisión jurídica, cuáles a una exclusión del injusto penal y cuáles, en fin, sólo a la exclusión de la culpabilidad. Todo ello, teniendo en cuenta que las barreras de lo uno y lo otro —sobre todo, las barreras entre la exclusión del injusto penal y la exclusión de la culpabilidad— deben verse como fluctuantes, en función del grado de intervención que el Derecho penal desee alcanzar sobre los ciudadanos y las modalidades que tal intervención puede revestir. En cambio, contemplo con sumo escepticismo la postura que, desde perspectivas pretendidamente funcionalistas, pretende renunciar a la diferenciación entre justificación y exculpación, proponiendo una sistemática basada en la tipicidad y la exclusión de pena[433]. Aunque, en todo caso, parece obvio que ésta es una más de las cuestiones que debe plantearse una decidida reconstrucción teleológica de la teoría del delito.

c) La lesividad. Imputación del resultado (tipicidad ex post). Resultado lesivo y resultado salvador.

1. Según la concepción de teoría de las normas que nos ha servido de punto de partida y que, segun creo, se halla sólidamente fundamentada en la atribución de fines preventivos y garantísticos al Derecho penal, el resultado, entendido en el sentido de «realización de la tipicidad *ex post*» (lesión o puesta en peligro del bien jurídico correspondiente), esto es, como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa, no pertenece al ámbito de la norma primaria, sino al

---

[432] Cfr., por ejemplo, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 324 y ss.

[433] Esta es la línea del trabajo de HANS VON DER LINDE, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik*, Frankfurt 1988, passim, en especial p. 136 y ss, 275 y ss, 280. Sin embargo, resulta cuestionable la admisibilidad, precisamente desde perspectivas teleológicas, de una construcción sistemática en la que la categoría de la prohibición penal no desempeña papel alguno. Precisamente, es lo cierto que a la prohibición penal le corresponde el papel central en la regulación de los comportamientos de los ciudadanos y consiguientemente, en la prevención de hechos contrarios a las normas; ni la mera tipicidad, ni la sancionabilidad cumplen, a este respecto, una función teleológica comparable. Cfr. críticamente, la recensión de PERRON, GA 1989, pp. 486-491.

de la norma secundaria[434]. Es, pues, una cuestión que afecta a la «sancionabilidad penal» del comportamiento penalmente prohibido y no a la propia «prohibición penal» del mismo[435].

> Ello es, según creo, una derivación necesaria de la concepción de las normas primarias como imperativos de conducta. Las cosas serían, en cambio, diferentes, si se concibiera la norma primaria como una norma de valoración. Esto es lo que sucede en el planteamiento de WOLTER, próximo, por lo demás, a las consideraciones que aquí se han efectuado. WOLTER, en efecto, parte de una orientación del sistema a los fines del Derecho penal, estimando que las dos categorías sistemáticas fundamentales son las de la antijuricidad y culpabilidad[436]. Ocurre, sin embargo, que, a su juicio, a los fines del Derecho penal no se atiende únicamente de modo preventivo mediante mandatos y prohibiciones, sino también de modo represivo, mediante la desaprobación. Con ello, el resultado no es sólo el motivo del establecimiento de normas de conducta sino, además, el punto de referencia de tal desaprobación[437]. La idea clave que se desarrolla a partir de este punto es que el objeto del injusto no es idéntico con el objeto de la norma de conducta, con lo que el injusto no se reduce al injusto de la conducta[438]. Todo ello se debe al hecho de tomar como referencia del injusto la norma de valoración o, mejor, a ésta ocupando un lugar preeminente sobre la de determinación. Así, puede señalar que «junto a la regulación del comportamiento humano, la norma tiene una segunda faceta: la valoración desaprobadora del comportamiento prohibido. La norma de valoración es (por tanto) más amplia que la norma de determinación»[439]. Y el injusto no se agota en la infracción de la norma de conducta sino que contiene elementos que van más allá de aquélla. El resultado de lesión o de peligro, así como la relación entre conducta y resultado, pertenecen, en definitiva, en el planteamiento de WOLTER, a lo injusto del hecho[440], y ello debe estimarse una consecuencia directa de la ubicación de la norma de valoración como punto fundamental de

---

[434] La exclusión del resultado del ámbito de lo injusto es una postura minoritaria que se sostuvo inicialmente en el ámbito del finalismo radical [Cfr. al respecto HIRSCH, *Der Streit um Handlungs— und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der ZStW (II)*, en ZStW 94 (1982), pp. 239-278, p. 240]. Sin embargo, en los últimos años también está comenzando a sostenerse desde perspectivas de construcción funcionalista del sistema del delito [cfr. sobre esto también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 514]. La postura dominante, en todo caso [HIRSCH, ZStW 94 (1982), p. 256], incluye desvalor de la acción y desvalor del resultado en el injusto. Sobre el tema en España, de modo general, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, passim.

[435] Cfr. sobre esto y lo que sigue MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 65 y ss; PG, 3.ª ed., p. 144 y ss. También FRISCH, *Vorsatz*, p. 60: el tipo objetivo, entendido como tipo *ex post*, es una categoría de la norma de sanción (a ella perteneçen el resultado, la relación de causalidad y la relación de imputación objetiva); también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 509 y ss, por ejemplo p. 510-511: «*das Erfordernis eines dem Verhalten zurechenbaren Erfolgs steht ganz ersichtlich außerhalb der Verhaltensnorm: Es bildet ein eigenstandiges Erfordernis der Sanktionsnorm, das neben die Verletzung der Verhaltensnorm tritt. As solches eigenstandiges Sanktionserfordernis kann es schon aus normlogischen Gründen nicht genau demselben Grundgedanken verpflichtet sein wie die Verhaltensnorm*».

[436] WOLTER, *Objektive und personale*, p. 21-22.

[437] WOLTER, *Objektive und personale*, p. 24-25.

[438] WOLTER, *Objektive und personale*, p. 25: «*Der Gegenstand des Unrechts ist nicht identisch mit dem Gegenstand der Verhaltensnorm. Unrecht ist nicht nur Verhaltensunrecht*».

[439] WOLTER, *Objektive und personale*, p. 26.

[440] WOLTER, *Objektive und personale*, p. 28.

partida del análisis de lo injusto penal. Por ello, produce cierta perplejidad que FRISCH, cuya concepción de la teoría del delito, también basada en la teoría de las normas, es mucho más próxima a nuestro planteamiento, señale que es indiferente la concepción de la norma primaria como norma de valoración o de determinación[441].

2. La ubicación del resultado fuera del ámbito sistemático de la antijuricidad penal, en el marco de los presupuestos de la sancionabilidad penal de los comportamientos penalmente prohibidos, no supone, como MIR PUIG ha señalado entre nosotros reiteradamente[442], que deje de tener importancia en el sistema del delito, que pueda obviarse. Al contrario, el resultado, la constatación *ex post* de la presencia de una auténtica realización típica, desempeña una función político-criminal y, por consiguiente, también dogmática, fundamental. Ello debe subrayarse para replicar a quienes asocian la defensa dogmática de una posición sistemática del resultado fuera del injusto penal a supuestas posturas político-criminales favorables a la proliferación de delitos de peligro y tibias en la defensa de la exigencia de la lesividad o dañosidad como característica del delito. Lo uno y lo otro son cosas radicalmente distintas[443].

Como ha señalado correctamente MAIWALD: «Es concebible que —como Zielinski en el Derecho penal alemán— se explique el desvalor del resultado como un factor del merecimiento de pena[444] fuera de lo injusto y que, sin embargo, se mantenga firme en la exigencia al legislador de que éste sólo cree tipos en los que concurra también dicho elemento. Con ello se tendría en cuenta la demanda político-criminal de Mazzacuva, sin que fuera obligado caracterizar el desvalor del resultado como elemento del injusto penal precisamente. De ahí se sigue que la discusión dogmática sobre si el desvalor del resultado es un elemento del injusto es independiente de la cuestión político-criminal sobre la configuración de los tipos»[445].

Cabe, en efecto, sostener la ubicación sistemática del resultado fuera del injusto y ser ardiente defensor de un Derecho penal de la lesividad. Cabe, por contra, mantener, en el plano dogmático, la integración del resultado en el injusto y favorecer la tipificación de delitos de peligro.

3. La ubicación del resultado fuera del marco de la antijuricidad penal no se refiere sólo— y esto ya se ha señalado— a los delitos de resultado material

---

[441] FRISCH, *Vorsatz*, p. 59 y nota 18.

[442] Ultimamente, MIR PUIG, ADPCP 1988, p. 672-673.

[443] Y sin embargo, una cierta mezcla de ambas se advierte incluso en la crítica que realiza ROXIN, *Zur kriminalpolitischen Bedeutung*, p. 13 y ss. La mezcla parece evidente en obras como la de MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*. Milano 1983; cfr. al respecto la recensión de MAIWALD, ZStW 101 (1989), pp. 229-232.

[444] En mi opinión, no sería el merecimiento de pena, sino la necesidad de pena, la afectada. Y ello, no en el sentido de que el resultado fundamente la necesidad de pena, sino en el de que la falta de resultado disminuiría o eliminaría la necesidad de pena.

[445] MAIWALD, ZStW 101 (1989), p. 231-232.

consumados, sino a todas las clases de tipos: en todos ellos es posible distinguir entre una perspectiva *ex ante* (conducta *ex ante* peligrosa, que contiene el riesgo de realizar el tipo) y otra *ex post* (realización *ex post* del tipo por el hecho). Ahora bien, está claro que en los delitos de resultado material, el principio afirmado implica que la imputación objetiva del resultado a la conducta y sus reglas quedan fuera del ámbito de la norma primaria, pertenecen al marco de la norma secundaria como condiciones de la sancionabilidad penal del hecho y, por lo demás, no son objeto del dolo[446]. Causalidad[447] e imputación objetiva del resultado no forman parte del ámbito de referencia del dolo ni pueden, por tanto, ser objeto de errores del sujeto. El objeto exclusivo del dolo lo constituye la conducta *ex ante* peligrosa para bienes jurídicos[448].

4. La no producción del resultado en nada afecta, obviamente, a la posibilidad *ex ante* de prohibir el hecho bajo pena. La producción o no producción del resultado no es algo que, en sí mismo, dependa del sujeto, lo que hace de ella objeto inidóneo de las normas primarias jurídico-penales. En realidad, en la producción del resultado inciden, como es notorio, factores de azar, de manera que hechos poco o nada peligrosos *ex ante* pueden producirlo, mientras que en hechos muy peligrosos *ex ante* el azar puede determinar precisamente la no producción del resultado[449]. Así las cosas, creo que puede señalarse que el «merecimiento de pena» del hecho no se ve influido por la concurrencia o no del resultado. Sin embargo, asimismo es claro que el resultado (en el sentido amplio en que hemos venido utilizando este término) puede influir decisivamente en la «necesidad de pena» del hecho. Su ausencia determina la exclusión de la «nece-

[446] En realidad, la doctrina de la imputación objetiva aparece, desde sus orígenes en las teorías de la adecuación y de la relevancia, o en el propio concepto social de acción, como una restricción de base teleológica de la concepción clásica de la antijuricidad asentada sobre la idea del «daño». Vista ahora fuera del ámbito de la antijuricidad penal y como condición de la sancionabilidad penal del hecho a partir de consideraciones de necesidad de pena, tal doctrina puede hallar su auténtica dimensión garantística: para que haya «necesidad de pena» no basta con la producción de un resultado, sino que se hace preciso que éste guarde una cierta relación con la conducta peligrosa del sujeto. Esta es, en términos generales, «una relación de sentido» (que el juicio *ex post* confirme el sentido del hecho según el juicio *ex ante*). Ahora bien, en los delitos de resultado material tal relación se ha hecho pasar tradicionalmente por el filtro de la causalidad.

[447] Uno de los temas que estimo más necesitados de esclarecimiento es el de si la relación de «realización del riesgo en el resultado» exige, en los delitos de resultado material, la constatación de una relación de causalidad. En efecto, pese a la permanencia de la exigencia doctrinal de este requisito, lo cierto es que en la práctica se prescinde en no pocas ocasiones del mismo, o bien se advierte la imposibilidad de su constatación (cursos causales no verificables, «*indeterminierte Bereiche*» etc). Por tanto, no parece posible partir de una auténtica prueba de la relación de causalidad en muchos de los casos en que se afirma la «realización del riesgo en el resultado». Ha llegado quizá el momento de decidir si conviene mantener la exigencia (muchas veces nominal) de la relación de causalidad, o bien sería preferible conformarse con otras relaciones de determinación con arreglo a leyes (de probabilidad, por ejemplo), o ni siquiera eso, insistiéndose en el aspecto normativo de la imputación objetiva.

[448] Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1984, p. 367 y ss.

[449] En este sentido FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 513.

sidad de pena» en los términos del tipo correspondiente (tipo imprudente, tipo doloso consumado, etc) y, por consiguiente, la imposibilidad de sancionar penalmente el hecho desde la perspectiva de ese tipo[450].

> Una excepción a lo anterior es, según creo, la llamada «tentativa inidónea» o «delito imposible». En ella, concurre el mismo injusto *ex ante* que en toda tentativa (o incluso, en la mayoría de los casos, el de la frustración, que, según entiendo, coincide con el injusto del delito consumado). Sin embargo, desde la perspectiva *ex post* no puede obtenerse una confirmación del riesgo percibido *ex ante*; no se advierte en ella *ex post* un peligro para bienes jurídicos, o al menos no, desde luego, un peligro procedente de actos ejecutivos, que es lo que requiere el tipo de la tentativa «ordinaria». Ello significa que, aunque el injusto de la tentativa inidónea sea el mismo de la «tentativa idónea», en aquélla la tipicidad *ex post* es diferente (podría faltarle el aspecto de lesividad o, al menos, la medida de lesividad propia de la tentativa y la frustración ordinarias). Cabría, pues, concluir que el art. 52, 2.º CP no puede entenderse como una pura regla de determinación de la pena a partir de un concepto único de tentativa, sino como definición de una modalidad delictiva algo diversa, en cuanto al juicio *ex post*, de la tentativa y la frustración ordinarias, en la que procederá una fundamentación de la sanción divergente del común de los casos de tentativa y frustración.

5. El resultado, en definitiva, es prueba, «a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba» la conducta prohibida *ex ante*[451]. Pero, sobre todo, su producción genera una decisiva perturbación de la paz jurídica, una mayor sensación de inseguridad, una mayor indignación por la comisión del hecho[452]. Ello hace que la renuncia a la pena o la disminución de la misma resulten más difíciles en estos casos. La imposición de la pena abstractamente prevista para el hecho penalmente antijurídico no sólo se hace más necesaria en el caso de la producción del resultado; además, adquiere mayor legitimación desde perspectivas preventivas. La realización de los fines del Derecho penal, que en el supuesto de no producción del resultado puede permitir prescindir de la pena, o en todo caso imponer una pena inferior, exige, en el supuesto de producirse un resultado

---

[450] En los casos de los delitos imprudentes, ello implica la impunidad «*tout court*» del hecho; en el caso del delito doloso, la no producción del resultado propio del tipo del delito consumado no impide que se produzca el resultado propio del tipo de la frustración, con lo que, dado un mismo contenido de injusto, el sujeto será sancionado en los términos de la frustración y no de la consumación, pues la necesidad de pena subsistente es la de aquélla y no la de ésta.

[451] MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 66 y ss., comentándolo detalladamente; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 517.

[452] FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 517.

[453] Extensamente, MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 70 y ss., aludiendo a consideraciones de prevención general positiva. Sin embargo, creo que también desde la óptica de la prevención general negativa podría fundamentarse que, en caso de no producción del resultado, aunque la intimidación pueda exigir el máximo de pena, la intervención mínima propicie una disminución o renuncia a la pena a pesar de darse el injusto en su integridad. Importa subrayar que no se trata de que la producción del resultado suponga un incremento de pena (la pena es la que corresponde al injusto penalmente típico), sino que la no producción del resultado determinaría su disminución o exclusión por falta de necesidad y de legitimación.

convenientemente relacionado con la realización de la conducta, la imposición de la pena establecida para el injusto correspondiente[453].

> A mi juicio, todo lo anterior puede justificar una ubicación de la figura del «desistimiento voluntario» de la tentativa en este ámbito sistemático. El desistimiento, en efecto, no elimina el injusto de la tentativa, pero, en cambio, si puede eliminar la tipicidad penal *ex post* (sancionabilidad penal) de esa tentativa, por haber hecho desaparecer la necesidad de pena. Tal figura pertenece, pues, al ámbito de la norma secundaria y debe construirse a partir de los principios político-criminales que presiden las decisiones en este marco[454].

6. Importa señalar, para concluir, que en el ámbito sistemático de la norma secundaria, y al examinar la lesividad de la conducta, debe considerarse, junto al resultado lesivo, la eventual concurrencia de resultados «salvadores» (valores de resultado, resultados justificantes). En efecto, la producción de un valor de resultado que no responda a un proceso conducido conscientemente por el sujeto, sino a factores de azar, en mayor o menor medida, deja inalterado el injusto penal del hecho. Sin embargo, por otro lado, también es evidente que, en casos de esta configuración, la necesidad de pena disminuye con respecto a la que concurriría de no haberse producido resultado salvador alguno. Nos hallaríamos aquí, de nuevo, ante un injusto penal sin la lesividad del delito consumado (ni probablemente tampoco de la tentativa idónea), en la medida en que el daño causado por la lesión del bien jurídico quedara compensado por la salvación de otro bien jurídico, o de otros intereses, globalmente superiores. Se habla, a propósito de estos casos, de una analogía estructural con los de la tentativa inidónea. A lo señalado más arriba a propósito de ésta debemos, pues, remitirnos.

[454] Cfr. sobre esta figura la argumentación de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona 1972, passim, p. 36 y ss., 63 y ss.

SUMARIO

Índice de abreviaturas 9

I. Introducción 11

II. El Derecho penal contemporáneo 13

II.1. La crisis como característica del Derecho penal contemporáneo 13
II.2. Las actitudes básicas ante el Derecho penal 17

A) Introducción 17
B) La postura abolicionista 18
a) Introducción 18
b) Abolicionismo y criminología crítica 19
c) Bases para una crítica de la opción abolicionista 20

C) La perspectiva resocializadora 26
a) Introducción 26
b) Críticas a la pretensión resocializadora 29

D) La propuesta garantista 34
a) Introducción. El «neoclasicismo» político-criminal 34
b) El garantismo y los límites materiales de la intervención penal 37

III. Las ciencias penales en el estado contemporáneo. En particular, la dogmática jurídico-penal 43

III.1. Introducción. Dogmática. Criminología. Política Criminal. Victimología 43
III.2. La dogmática jurídico-penal. Rasgos generales de la evolución en el objeto y en el método 48

A) Introducción 48
B) El método del formalismo 51
C) El método del neokantismo 55
D) El método del finalismo 57
E) La dogmática del postfinalismo 62

III.3. En particular, la dogmática de orientación «funcional» o teleológica 67
III.4. Examen de las críticas a la dogmática y toma de posición 72
A) Introducción 72
B) La dogmática como disciplina con pretensión sistematizadora y la crítica de «idealismo» 74
a) El conceptualismo y sus bases. Críticas 74
b) La orientación al problema 78
c) El «purismo» y la orientación a las ciencias sociales 84
d) La orientación a las ciencias sociales. Conclusión 94
e) En especial, la relación entre dogmática y criminología 96

C) El sistema de la dogmática penal como «sistema abierto». Consideración de la crítica al carácter «reaccionario» de la dogmática 102
a) Introducción 102
b) Dogmática y Derecho positivo. Bases de una dogmática de orientación valorativa 103
c) La legitimidad de las construcciones de la dogmática postpositivista 122
d) Dogmática y estructuras lógico-objetivas 135
e) La pretensión dogmática de «neutralidad». Consideraciones críticas. Introducción al «sistema abierto» 139

D) El sistema abierto como sistema de proposiciones valorativas. Consideración de la crítica al supuesto carácter «acientífico» de la dogmática 149
a) Introducción 149
b) Características de los enunciados de la dogmática 154
c) La dogmática jurídico-penal ante el modelo neopositivista de ciencia 157
d) El control racional de los enunciados de la dogmática jurídico-penal 162

IV. Los fines del Derecho penal en el estado contemporáneo 179

IV.1. Introducción 179

A) Consideraciones generales 179
B) Observaciones metodológicas preliminares 193

IV.2. Referencia a las diferentes concepciones acerca del fundamento legitimador de la intervención jurídico-penal (Observaciones sobre las «teorías de la pena») 198

A) Introducción 198
B) «Utilidad» y «Principios garantísticos» en la fundamentación de la legitimidad del «ius puniendi» 202

IV.3. Elementos de la propia concepción: Primero.— El fin de prevención general de delitos y reacciones informales de la sociedad 211

A) Planteamiento 211
B) La prevención general negativa 212
a) Consideraciones generales 212
b) Problemas de legitimación 214
c) ¿Autonomía del aspecto de prevención de reacciones informales? 224

C) La prevención general positiva 226
a) Fundamentación y críticas 226
b) La concepción «limitadora» de la prevención general positiva 238

IV.4. Elementos de la propia concepción: Segundo.— El fin de reducción de la propia violencia estatal 241

A) Planteamiengo general 241
B) El fin de reducción de la violencia estatal en la perspectiva utilitarista (general) 242
a) Introducción 242
b) Aspectos empíricos 243
c) El principio de «intervención mínima» 246

C) El fin de reducción de la violencia estatal en la perspectiva garantístico-individual 249
a) Introducción 249
b) La «formalización» como característica del Derecho penal 250
c) El principio de legalidad 252
d) Las garantías materiales: proporcionalidad, humanidad, igualdad 259
e) Las garantías materiales: resocialización 263

D) En particular, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos 267

IV.5. La «síntesis» de la lógica de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención y la lógica de las garantías individuales 278

A) Introducción 278
B) ¿«Fundamento y límites» o «tesis / antítesis / síntesis de fines contrapuestos»? 281
C) Alusión a las diferentes síntesis históricas 282
D) La síntesis actual: manifestaciones 284

a) Introducción 284
b) La teoría de la incriminación / despenalización de conductas. «Bien jurídico penalmente protegible» y fragmentariedad 285
c) Las categorías de la teoría del delito en general. En particular, la culpabilidad 293
d) Las consecuencias jurídicas: alusión a las modernas instituciones de política criminal en este ámbito 296
e) La síntesis actual y su relación con el ideal de maximización de la prevención y las garantías. Epílogo 298

IV.6. El nivel descriptivo: las «funciones» del Derecho penal 298

A) Introducción 298
B) Funciones del Derecho penal en el conjunto de la sociedad (perspectiva empírica) 300

a) La función ético-social 300
b) La función simbólica 304
c) La función de satisfacción de necesidades de psicología social 307

C) Alusión a las funciones del Derecho penal sobre el individuo que ha delinquido: «represión» y prevención especial «negativa» 308

V. Fines de las normas jurídico-penales y sistema dogmático del delito 311

V.1. Fines del Derecho penal y normas jurídico-penales 311

A) Los medios de cumplimiento de sus fines por el Derecho penal. Norma primaria y norma secundaria 311
B) La discusión sobre las normas primarias jurídico-penales 315

a) Introducción 315
b) La naturaleza de las normas primarias 316
c) Normas primarias de mandato y de prohibición. La relación de las normas primarias con las «proposiciones permisivas» 323
d) El contenido valorativo e imperativo de las normas primarias jurídico-penales 334

e) El fin de «motivación» 353

C) La norma secundaria. Conclusión 360

V.2. Teoría de las normas jurídico-penales y sistema del delito 362

A) Introducción. Bases de la construcción del sistema dogmático del delito. Fines del Derecho penal, normas jurídico-penales y teoría del delito 362

B) El sistema bipartito 374

a) Introducción. La tripartición clásica y la bipartición de base teleológica 374

b) Toma de posición: La bipartición sobre la base de la teoría de las normas 376

C) El ámbito de la infracción de la norma primaria: La antijuricidad penal 383

a) El concepto de antijuricidad. Infracción de imperativos y dañosidad. Antijuricidad y antijuricidad penal 383

b) La relación entre tipicidad penal y antijuricidad penal 390

c) Distinciones analíticas en la antijuricidad penal; acción; conducta penalmente típica; causas de exclusión del injusto penal 398

D) El ámbito de los presupuestos de aplicación de la norma secundaria (la «sancionabilidad penal») 406

a) Introducción 406

b) La atribuibilidad individual (culpabilidad). Antijuricidad y culpabilidad. Exclusión de la culpabilidad y exculpación. Justificación y exculpación 408

c) La lesividad. Imputación del resultado (tipicidad ex post), resultado lesivo y resultado salvador 415