



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 3 - 1989.

- **José Miguel de Barandiarán.**
Felicitaciones Navideñas a los internos 11
- **Emilio Barberá.**
Conflictos biológicos en la definición de la paternidad 15
- **Marcello de Araujo, Jr.**
Problemática de la droga en América Latina 21
- **Antonio Beristain.**
Versus macrovictimación: en la Universidad y en las Iglesias 35
- **José Luis de la Cuesta.**
Presupuestos fundamentales del Derecho Penal 55
- **Antonio García-Pablos de Molina.**
La aportación de la Criminología 79
- **Joaquín Giménez.**
Consideraciones sobre los DD. HH. y ordenamiento jurídico 95
- **Fely González Vidosa.**
Derechos Humanos y la Víctima 107
- **Teodoro López-Cuesta.**
Humanismo y libertad desde la Institución Libre de Enseñanza 115
- **José M.^a Macarulla.**
Bases biológicas de la conducta humana 125
- **Augusto Maeso y Elena Bernarás.**
Aproximación a Pío Baroja 133
- **Jorge Oteiza.**
Teomaquias 4, 5, 6 y 7 149
- **Luis Sánchez Granjel.**
Medicina y Antropología en la génesis de Dorado Montero 155
- **Antonio Beristain.**
Crimen y castigo. Cristianos ante la justicia penal 171
- **José Ignacio García Ramos.**
Presentación Eguzkilore n.º 2 187
- II Promoción de Crim. Vascos y Nombramiento de M. de H. 191
- Memoria del IVAC-KREI 203

EGUZKILORE

Número 3,
San Sebastián
Diciembre 1989
55 - 78



PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

José L. de la CUESTA ARZAMENDI

*Catedrático de Derecho Penal
Director del Departamento de Derecho Público
Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea*

Resumen: Se analiza, en particular, el concepto y función de la ciencia jurídico-penal, su contenido: la norma jurídico-penal, el delito y sus consecuencias (pena, medida y reparación), finalizando con una serie de consideraciones metodológicas acerca de la ciencia del Derecho penal.

Laburpena: Bereziki zientzia juridiko penalaren funtzioa, kontzeptua eta bere edukina aztertzen dira: arau juridiko penala, delitua eta bere ondorioak (pena, neurria eta medeantza), zuzenbide penalaren zientziari buruzko kontsiderapen metodologiko batzuekin bukatuz.

Resumé: On analyse notamment le concept et la fonction de la science juridico-pénale, son contenu: la norme juridico-pénale et ses conséquences (peine, mesure, réparation), en terminant par une série de considérations méthodologiques à propos de la science du Droit pénal.

Summary: Juridical penal science is analyzed, in particular its concept, purpose and contents: penal law, crime and its consequences (penalty, measure and reparation). It ends in several methodological considerations about Criminal Law science.

Palabras Clave: Derecho penal, delito, pena, método jurídico-penal.

Hitzik Garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, delitua, pena, metodo juridiko-penala.

Mots Clef: Droit pénal, délit, peine, méthode juridico-pénale.

Key Words: Criminal law, crime, penalty, juridical penal method.

I.- PRELIMINAR

Como rama del ordenamiento jurídico especialmente sujeta al principio de legalidad, el contenido nuclear del Derecho Penal se integra fundamentalmente (aunque no de modo exclusivo) por las leyes penales, que incorporan los mandatos y prohibiciones definidores de los delitos y prevén las consecuencias jurídicas ligadas a (y con las que se amenaza) su comisión. El repaso de estos elementos constituye, por tanto, el objeto central del presente trabajo¹, una vez planteada la cuestión más general del concepto y función del Derecho Penal. Cierran el artículo unas consideraciones metodológicas sobre la llamada Ciencia del Derecho Penal.

A la hora de abordar los presupuestos fundamentales sobre los que se sustenta la moderna Ciencia del Derecho Penal conviene, en cualquier caso, advertir con carácter previo los muchos obstáculos a los que se enfrenta el jurista, tanto desde el prisma conceptual y metodológico (por la interrelación y mutuo condicionamiento entre ambas cuestiones), como debido al difícil (por no decir imposible) divorcio entre ciencias sociales —de las que, sin duda, forman parte y “en plano de igualdad”² el Derecho Penal y la Criminología— y juicios de valor.

Con todo, cuando las propias ciencias más “naturales” —ante la permanente puesta en cuestión de teorías asentadas, y hasta hace poco consideradas “objetivamente verdaderas” e inmutables— se ven abocadas a fundar la validez de sus teorías en el consenso científico³, difícilmente puede ser el fin de la Ciencia jurídica el hallazgo de la Verdad, con mayúscula, y es preciso volverse hacia metas mucho más limitadas y humildes, como la coherencia y racionalidad entre los puntos de partida y los resultados de la argumentación, únicos fundamentos posibles para su validez y aceptabilidad.

En cuanto a la íntima conexión entre ciencia y juicios de valor, que tan claramente ilustra la evolución del Derecho Penal⁴ y de la Dogmática Jurídica⁵, hay que salir al paso de aquellas metodologías “ingenuas” y “peligrosas” que se plantean a sí mismas como modelos de objetividad, neutralidad e independencia de toda

1.- El presente trabajo corresponde, en lo sustancial, al Apdo. II, 2 A) del Capítulo I del Proyecto docente de Derecho Penal que presenté al Concurso a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (Facultad de Derecho de San Sebastián) celebrado en febrero de 1989.

2.- A. BERISTAIN, *Crisis del Derecho represivo (Orientaciones de organismos nacionales e internacionales)*, Madrid, 1977, p. 235.

3.- R. FEYERABEND, *El mito de la ciencia y su papel en la sociedad*, Valencia, 1979, p. 15.

4.- L. MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal e ideología (separata)*, Granada, 1978.

5.- C.S. NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, 1974.

ideología por el empleo de una “rigurosa disciplina científica”⁶, cuando, de hecho, pueden (y suelen) resultar “más cargadas de ideología que ninguna”⁷. Ahora bien, frente a la pretensión de total y absoluta libertad valorativa por parte del científico del Derecho, y sin perjuicio de que su actividad crítica pueda desarrollarse también desde postulados diferentes, en un Estado dotado de una Constitución democrática, como la española, es preciso afirmar la centralidad de sus valores y principios en el método jurídico⁸ y más en particular —y en permanente contraste con la realidad del Derecho Penal—, en la construcción, sistematización y crítica de las diversas categorías del Derecho Penal y de éste en su conjunto.

II.- CONCEPTO Y FUNCION DEL DERECHO PENAL

1.- Desde un punto de vista objetivo, se entiende, en general, por Derecho Penal el sector del ordenamiento jurídico regulador del poder punitivo del Estado y que se ocupa de la definición de los comportamientos delictivos (y los estados peligrosos), así como de la determinación de sus respectivas consecuencias jurídicas (penas, medidas, reparaciones)⁹.

Características del Derecho penal, entendido de este modo, son¹⁰ su condición de Derecho y, en concreto, Derecho positivo y Derecho público, y su autonomía respecto del resto del ordenamiento jurídico en el establecimiento de sus presupuestos y la fijación de sus consecuencias; autonomía “limitada”¹¹, perfectamente compatible con el principio de intervención mínima¹², y afirmada frente a la por algunos “pretendida naturaleza secundaria del Derecho Penal”¹³.

6.- W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal* (traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 111.

7.- L. ARROYO ZAPATERO, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, 1, agosto, 1987, p. 98.

8.- L. ARROYO ZAPATERO, *ibidem*, pp. 98 y ss.

9.- A. BERISTAIN propone una definición de “Derecho Criminal” acomodada “a las circunstancias históricas y geográficas de nuestra sociedad”: “...sistema de normas jurídicas reguladoras del poder (*ius puniendi*, nacional e internacional) y determinantes de las acciones que constituyen delitos, así como sus sanciones (controles sociales) correspondientes: penas, medidas y reparaciones” (*Crisis...*, cit., p. 235), y añade que el Derecho Criminal, como Ciencia, estudia ese sistema normativo y, entre otros fines, “pretende el restablecimiento —desarrollo— del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones; en una palabra, la realización de algunos derechos humanos más violados”. “Concepto y método de Derecho Criminal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 6, 1978, p. 60.

10.- Por todos, M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte General*, segunda ed., Valencia, 1987, pp. 26 y ss.

11.- L. RODRIGUEZ RAMOS, “Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1987, pp. 371 y ss.

12.- L. MORILLAS CUEVA, “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, 1983, p. 62.

13.- J.M. STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, pp. 35 y ss.

En cuanto a sus principios inspiradores y, por ende, limitadores de ese poder jurídico, “poder sujeto al Derecho, sometido a la ley”¹⁴, que es el “ius puniendi” estatal (*Derecho Penal en sentido subjetivo*), cabe destacar en este momento los de necesidad, legalidad, imputación subjetiva¹⁵, culpabilidad¹⁶ y humanidad¹⁷. Estos principios conllevan, respectivamente, una serie de exigencias: subsidiaridad, intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad y garantías criminal, penal, procesal y ejecutiva (pilares fundamentales de la seguridad jurídica de los ciudadanos), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal y corresponsabilidad social con el delincuente —incompatible con el empleo de penas dirigidas a su pura destrucción o castigo y constitutivas de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, prohibidos por el art. 15 de nuestra Constitución—.

2.- Ahora bien, cuando se extienden cada vez más las perspectivas negadoras, que, partiendo de que la historia del Derecho Penal es la de su progresiva reducción y superación¹⁸, y ante la certificada “crisis del Derecho represivo”¹⁹, tratan de

14.- M. COBO, “Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado”, *Revista de Derecho Público*, núm. 63, 1976, p. 266.

15.- Que, a nuestro juicio, incluye algunas de las consecuencias que la doctrina mayoritaria agrupa bajo el postulado de “culpabilidad”, en particular, la interdicción de la pura responsabilidad objetiva o por el resultado y la consiguiente exigencia del dolo o la culpa para la admisión de la responsabilidad penal.

La distinción entre el principio de imputación subjetiva y el de culpabilidad (donde más que de “imputación subjetiva” conviene hablar de “imputación individual”) resulta de interés dogmático a la hora de la valoración de las soluciones ofrecidas por el Derecho Positivo. Tal es el caso, por ejemplo, del nuevo artículo 1, 2 del Código Penal, pues, como ha puesto de manifiesto R.F. SUAREZ MONTES (“Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, 1985, pp. 236 y s.), “por más que haya implantado el principio de imputación subjetiva (desterrando la responsabilidad objetiva), no ha habido fidelidad al principio de culpabilidad”, que obliga a no superar en la pena la medida de la reprochabilidad. En este sentido, también, respecto del Proyecto de 1980, J.L. DIEZ RIPOLLES, “Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 (I) y (II)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982-1983, pp. 627 y ss. y 101 y ss.

16.- Como explica J. DE VICENTE REMESAL, (“Violación-estupro: error sobre la edad de doce años”, *Cuadernos de Política Criminal*, 28, 1986, pp. 96 y s. (n.40)), LUZON PEÑA prefiere hablar de principio de “responsabilidad subjetiva”, “porque al tratarse de una fórmula neutra no precisa de explicaciones adicionales para aclarar su significado y porque, al no prejuzgar nada, pues se presenta como contrapuesto al Principio de responsabilidad objetiva, es igualmente admisible con independencia de la posición que se mantenga sobre la situación sistemática del dolo”. También M.L. MAQUEDA ABREU, “El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983”, *Cuadernos de Política Criminal*, 31, 1987, pp. 185 y ss.

17.- H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Cuarta ed., Berlin, 1988, pp. 22 y ss. (hay traducción de la tercera ed., con adiciones de Derecho español por S.Mir Puig y F.Muñoz Conde, publicada en Barcelona, 1981, dos vols.).

18.- K.LÜDERSSEN, F. SACK (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten*, segunda ed., Frankfurt am Main, 4 vols. 1984-1987.

19.- A. BERISTAIN, *Crisis...*, cit..

quemar etapas proponiendo, como Louk HULSMAN²⁰, la resolución, desde ya, de las “situaciones problemáticas” —que no delitos— por medio de procedimientos de regulación social no centralizados, la perspectiva formal anterior resulta insuficiente para la construcción del concepto de Derecho Penal y urge replantear, en primer lugar, la vieja cuestión de la *función del Derecho Penal*²¹, como paso previo al estudio de su contenido y componentes fundamentales.

En este sentido, hay que resaltar, en primer lugar, lo inaceptable de las exigencias de abolición actual del Derecho Penal. Si característica de todo hombre es su sociabilidad, inherente a toda sociedad es también la articulación de sistemas de control, esto es, de mecanismos a través de los cuales la sociedad ejerce y despliega su supremacía sobre los que la integran, ordenando vías de superación de los conflictos, contradicciones y tensiones que puedan surgir entre los elementos que la componen. Estos “controles sociales”, derivados de aquellas “normas sociales” emanadas de la comunidad, son —como indica GARCIA PABLOS— “imprescindibles”²². Puesto central en el control social ocupa, en el estadio de desarrollo en que nos encontramos, el orden jurídico, titularizado por el Estado, y, en su seno, el Derecho Penal²³, el cual, en cuanto “expresión de un poder organizado —el Estado— cuya finalidad es tutelar unos determinados intereses que en ocasiones representan el sentir mayoritario de la sociedad y en otras simplemente la garantía de la clase dominante misma”²⁴, se erige en el último bastión de la defensa de aquél, mediante el empleo de la coacción estatal en la represión de las conductas delictivas y la prevención de las infracciones de posible comisión futura.

El Derecho Penal aparece, así, como “un control social más”, cuya justificación reside en su necesidad para la protección de la sociedad en cuanto “última instancia” garantizadora de la “inviolabilidad” del ordenamiento jurídico²⁵, y que presenta —al decir de HASSEMER²⁶— una peculiar característica que permite distinguirlo del resto de los controles sociales y aun jurídicos: su alto y creciente grado de “formalización”. Esta nota, por lo menos idealmente, habría de liberarle “de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad” propios de la mayoría de los sistemas de control social, rasgos que, en el Derecho Penal, se ven reemplazados por la “vinculación del control social a reglas creadas previamente”, “publicidad y controlabilidad del acto de control” y “garantía de la competencia de la actuación y de los derechos humanos en el proceso de control”²⁷. Ello explica,

20.- L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa* (trad. S. Politoff), Barcelona, 1982.

21.- A. GARCIA-PABLOS, *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, p. 114.

22.- *Ibidem*, p. 116.

23.- F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez de la Frontera, 1985.

24.- L. MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal...*, cit., sin paginar.

25.- A. GARCIA-PABLOS, *Problemas actuales...*, cit., p. 117.

26.- *Fundamentos...*, cit., pp. 299, 306 y s. 377, 390 y 399 y ss.

27.- W. HASSEMER, *ibidem*, p. 401.

en gran parte, que no pueda esperarse su pacífica²⁸ desaparición, sino, a lo sumo, su sustitución por otro sistema de control menos formalizado que, ciertamente, no ha de ser, por el momento, ese “algo mejor que el Derecho Penal” del que nos hablara RADBRUCH²⁹ y al que tantos deseáramos llegar. Es de temer, en efecto, que el desplazamiento del Derecho Penal lo fuera en beneficio de otros instrumentos, oficialmente no penales, que, sin respetar los principios limitadores del poder punitivo del Estado, pueden cumplir una función aún más eficaz y represora —y, en muchos casos, hasta antidemocrática— que el propio Derecho Penal.

No debe olvidarse, además, en este punto, que “la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos”³⁰. La historia del Derecho Penal pone claramente de manifiesto cómo “el Derecho Penal estatal surge precisamente con la neutralización de la víctima”³¹. La sustitución de la venganza privada por la pena tiene fundamentalmente sentido como “lucha contra la venganza” y limitación de sus excesos³². Pues bien, es esta función “preventiva”

28.- Recordemos el conocido párrafo de la obra de SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe* (Göttingen, 1963, pp. 51 y s.), reproducido por GIMBERNAT en su magistral trabajo “¿Tiene un futuro la Dogmática jurídicopenal?” (*Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, p. 67 (n.29): “Supongamos que mañana suprimimos todas las penas. Es fácil presentar la imagen de la situación que en tal caso sería de esperar. Así, por ejemplo, a alguien le apetece apoderarse indebidamente de una bicicleta ajena. El propietario reconoce al ladrón fugitivo. Da cuenta del hurto a la policía. Como ya no existen acciones punibles, la policía remite al propietario, desde el comienzo, al tribunal de lo civil, que condena al ladrón a devolver la bicicleta. Pero éste no la entrega tampoco al agente ejecutivo, sino que le derriba a golpes. Finalmente, el propietario encuentra un grupo de hombres resueltos que le secundan. El ladrón es sometido y la bicicleta devuelta al propietario. Poco después, el ladrón se presenta con unos amigos ante el propietario y le vuelve a arrebatar violentamente la bicicleta. Finalmente, el propietario acepta la pérdida y se apodera por su parte, en la primera oportunidad, de una bicicleta ajena, pues los ‘malos ejemplos corrompen las buenas costumbres’ y, en definitiva, ‘la caridad empieza por uno mismo’. El grupo del ladrón aumenta cada vez más, etc... Lo único que regiría sería el llamado derecho del más fuerte. Los incendios, las violaciones, los allanamientos de morada, los asesinatos y homicidios podrían cometerse a la luz del día. La consecuencia sería una lucha de todos contra todos que sólo encontraría un freno dentro de los distintos grupos que se constituirían para defenderse de las agresiones, y dentro de estos grupos, a su vez, habría que reaccionar con la violencia o con la expulsión cuando alguno de los miembros del grupo no respetara el orden; y, en tal caso, llegaríamos a situaciones como las de los antiguos germanos, siendo sólo una de sus consecuencias la venganza de la sangre entre los distintos grupos con todas sus implicaciones”.

29.- *Rechtsphilosophie*, cuarta ed., 1950, p. 269.

30.- L. FERRAJOLI, “El Derecho Penal mínimo”, *Poder y Control*, núm. 0, *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, 1986, p. 37.

31.- W. HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., p. 92.

32.- Recuerda L. FERRAJOLI: “el primer paso de esta historia se da cuando la venganza fue regulada como derecho-deber privado, superando a la parte ofendida y a su grupo parental según los principios de la venganza de la sangre y la ley del talión. El segundo paso, mucho más decisivo, se marcó cuando se produjo una disociación entre el juez y la parte ofendida, de modo que la justicia privada —los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas— fue no sólo dejada sin tutela sino también prohibida. El derecho penal nace precisamente en este momento, o sea cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es substituida por una relación trilateral, que ve en tercera posición o como imparcial a una autoridad judicial. Es por esto que cada vez que un juez aparece animado por sentimientos de venganza o parciales, o de defensa social, o bien el Estado deja un espacio a la justicia sumaria de los particulares, quiere decir que el derecho penal regresa a un estado salvaje, anterior al nacimiento de la civilización”. “El Derecho Penal mínimo”, cit., p. 38.

y de tutela “del débil contra el más fuerte”³³, tantas veces olvidada cuando se alude a la función del Derecho Penal, la que probablemente sigue cumpliendo aquél de la mejor manera y cuyo desarrollo exige la continua reconsideración y evaluación de los mecanismos penales en orden a acertar con el nivel de intervención mínimo (y máximo) necesario, el único digno de legitimar al Derecho Penal, en cada momento y lugar, como “derecho para la igualdad y para la libertad. Un derecho que exista para el hombre y no el hombre para el derecho”³⁴. En esta línea, la tutela de los derechos humanos fundamentales en todas las instancias en que opera el sistema penal “constituye, sin duda, un criterio político-criminal básico”³⁵. Es más, como propone A.BARATTA³⁶:

“un concepto histórico-social de los derechos humanos ofrece... el instrumento teórico más adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva, que actualmente constituye el momento prioritario de una política alternativa de control social”.

3.- La explicación de la función del Derecho Penal no se agota en la descripción de sus relaciones externas y funcionales con el orden social. No hay que olvidar, con GARCIA-PABLOS, que aquél no es sino un medio

“más —el más destructivo y devastador, por cierto— entre los sistemas normativos sociales, del mismo modo que el delincuente protagoniza sólo un sector de los comportamientos desviados y que la pena es sólo una de las posibles formas de reacción social frente a ellos”³⁷.

Sabido que el Derecho Penal funciona represivamente hacia el pasado y preventivamente hacia el futuro, interesa destacar aquí cómo, por su propia condición de *ultima ratio* en la protección de la vida humana en sociedad, no le incumbe intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino tan sólo en los casos de ataques más graves a bienes jurídicos trascendentales —vía a través de la cual “(re)aparece la víctima”³⁸ en el Derecho Penal— y cuando se hayan mostrado insuficientes las barreras protectoras erigidas por el orden social y las demás ramas del ordenamiento jurídico. Misión del Derecho Penal es, en definitiva, la protección de los bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más intolerables, algo que en Derecho español se desprende imperativamente de la misma definición constitucional del Estado como social y democrático de Derecho³⁹.

33.- L. FERRAJOLI, *ibidem*, p. 39.

34.- L. MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal...*, *cit.*, sin paginar.

35.- I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “Derechos humanos y Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1987, p. 32.

36.- “Principios del Derecho Penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, *Doctrina Penal*, núm. 40, 1987, pp. 623 y ss.

37.- A. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios penales*, Barcelona, 1984, p. 120.

38.- W. HASSEMER, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 37.

39.- S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, segunda ed., Barcelona, 1982, pp. 124 y ss.

4.- Entrando en el tema del bien jurídico, elemento central del proceso de criminalización primaria⁴⁰, hay que advertir —saliendo al paso de la distinción, en principio incorrecta⁴¹, entre bienes jurídicos ideales o materiales—, que en todo *bien jurídico* existe, conceptualmente, un “componente ideal”. La misma noción se construye sobre la base de las valoraciones que, en razón de la visión “global que se tenga de los presupuestos esenciales para una convivencia plural”⁴², se lleva a cabo de determinados objetos, relaciones o situaciones de la realidad social: el llamado “sustrato” del bien jurídico⁴³, resultante, a su vez, de la abstracción de sus concretas formas de manifestación, de las que, ahora sí, debe exigirse siempre su materialidad.

Establecido lo anterior, pienso que el concepto de bien jurídico en Derecho Penal, si ha de servir (como quería VON LISZT) de límite al legislador y de guía al jurista en el ejercicio de su función interpretadora, sistematizadora y crítica, ha de ser uno sustancial y no formal⁴⁴. Es más, como consecuencia del propio fundamento funcional, la protección de la sociedad, su sustrato ha de extraerse siempre de la realidad social; concretamente, debe referirse a aquel conjunto de condiciones necesarias que posibilitan el funcionamiento del sistema social y, al mismo tiempo, para evitar los peligros de un Derecho Penal que sólo tomara en cuenta las necesidades impersonales del funcionamiento del sistema y no las “existenciales”, “humanas” y hasta “radicales”⁴⁵ de quienes lo integran, ha de traducirse, como propone CALLIESS y, en España, MIR PUIG⁴⁶, “en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”, entendiéndolo como “posibilidad de participación” no sólo la “posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva”, sino, también, la de “vivir en sociedad confiando en el *respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás*”.

Claro es que el concepto ofrecido no deja de ser uno abstracto y general, difícilmente servible como criterio decisivo en la pluralidad de situaciones de la vida comunitaria en que, por razones obvias derivadas del pluralismo y por la propia complejidad de nuestras estructuras sociales, se susciten alternativas diversas para el buen funcionamiento del sistema. En estos supuestos y dados los obstáculos (por otra parte, cada vez menores) que se alzan contra el recurso directo a las convicciones generales —lo más coherente con los postulados de una sociedad pluralista⁴⁷ si se

40.- J.M. GOMEZ BENITEZ, “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69, 1983, pp. 85 y ss.

41.- En este sentido, J.L. DIEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Barcelona, 1981, p. 106.

42.- J.L. DIEZ RIPOLLES, *ibidem*, p. 106.

43.- H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Onceava ed., Berlín, 1969, p. 4.

44.- S. MIR PUIG, *Introducción...*, *cit.*, pp. 128 y ss.

45.- J. TERRADILLOS BASOCO, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, 1981, pp. 137 y s.

46.- *Introducción...*, *cit.*, p. 140.

47.- J.L. DIEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal...*, *cit.*, p. 192.

practica de un modo adecuado—, considero que el obligado punto de referencia ha de ser, por razones políticas y jurídicas, el texto constitucional, al que habrá que acudir para determinar, sobre la base del concepto sustancial, los bienes jurídicos constitucionalmente integrados e integrables⁴⁸. Merece ser destacada, en este punto, la riqueza del texto constitucional español que, sin pretender ofrecer “soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas” suscitados por el Derecho punitivo —lo que, por otra parte, representaría un corsé inadmisibles para el legislador y no sería “saludable”—, al recoger en su articulado “un conjunto de postulados político criminales genéricos”, configura un auténtico “programa penal”⁴⁹. En él alcanza una primacía elemental la protección del derecho originario del hombre a su *dignidad personal*, derecho reconocido por el artículo 10 de la Constitución, el primero de los relativos a los derechos y deberes fundamentales y sin el cual no son concebibles los demás derechos de la persona y, en concreto, su libertad.

III.- CONTENIDO

A) La norma jurídico-penal

1.- La tarea de protección de bienes jurídicos la lleva a cabo el Derecho Penal a través de la tipificación (y sanción) de los comportamientos lesivos o peligrosos. En este sentido, la norma penal incorpora el llamado *desvalor de resultado*, concepto a no confundir, como recuerda HUERTA TOCILDO⁵⁰, con la “*desaprobación del resultado externo*”, y que consiste en la desvaloración de la lesión o puesta en peligro de las concretas formas de aparición del bien jurídico.

No es éste el único juicio de valor que contienen las normas penales. Por el contrario, también se refieren necesariamente a las cualidades de las acciones humanas atentatorias de tales bienes (*desvalor de acción*); no sólo porque, jurídicamente, no sea indiferente que la causación del resultado desvalorado haya sido producto o no de una conducta humana de uno u otro signo, sino porque, de hecho, de la limitación de nuestro saber causal deriva que el Derecho no pueda prohibir la causación de resultados sino, únicamente, la realización de comportamientos humanos voluntarios dirigidos a la lesión o puesta en peligro de lesión de aquéllos⁵¹. De esto se desprende, máxime si recordamos que en su tarea de protección actual de los bienes jurídicos llega siempre demasiado tarde, que es también función del Derecho Penal el fomento del respeto a los bienes jurídicos de los ciudadanos.

48.- F. BRICOLA, “Teoria generale del reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, pp. 17 y ss.; J.J. GONZALEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Madrid, 1983.

49.- L. ARROYO ZAPATERO, “Fundamento...”, *cit.*, pp. 101 y s..

50.- *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, p. 24.

51.- J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, Madrid, 1985, tercera ed., p. 343.

Protección de bienes jurídicos e incidencia en la voluntad de la acción de los ciudadanos son, así, como indica JESCHECK⁵², cometidos equivalentes de las normas jurídico-penales, que se complementan, condicionan y limitan mutuamente.

2.- Introducidos ya en el ámbito de la norma jurídico-penal, y prescindiendo de cuestiones como la distinción entre norma primaria y secundaria, surge la pregunta acerca de su *concepto y esencia* o, lo que es lo mismo, de su función como proposición normativa, cuestión cuya importancia real es “difícil de precisar y por ahora no puede obtener respuestas categóricas”⁵³, no obstante lo cual se le otorga un puesto central en la dogmática penal y su sistema, y que gira sustancialmente en torno a la conocida distinción entre *normas de valoración y normas de determinación*.

A este propósito, coherente con la función primordial de la norma como hecho social, es entender que el orden jurídico-penal se integra por “*proposiciones de deber ser*”, por mandatos o “imperativos” dirigidos a “todos” los ciudadanos, sin distinción de edad, salud mental o cultura, en los que se fija un conjunto de deberes públicos que tratan de lograr en el hombre —de un modo lento y progresivo (aunque sin renunciar a un efecto más directo e inmediato)— la interiorización de los diversos mandatos en orden a determinar “un querer objetivamente correcto” antes de la realización de una determinada acción que pueda resultar antijurídica⁵⁴. Ciertamente, estas normas de determinación se basan en juicios de valor inherentes al ordenamiento jurídico y que constituyen su presupuesto lógico, sin los cuales carecerían de sentido, de aquí que la norma jurídico-penal que los incorpora pueda (y deba) conceptuarse, también, simultáneamente, como norma de valoración; pero, no es esto lo decisivo para la eficacia de la misma, sino su carácter imperativo, función de “primer rango”, “ya que el Derecho está llamado a *actuar* en la comunidad”⁵⁵. De otra parte, lo anterior no impide comprender la existencia de reglas de permiso o autorizaciones para realizar los comportamientos prohibidos o para omitir los ordenados de un modo general.

3.- Consecuencias dogmáticas fundamentales se derivan de la concepción dualista de la norma jurídico penal: además de la insuficiencia de los planteamientos puramente retributivos en la teoría de la pena, el rechazo de la llamada “teoría de los elementos negativos del tipo”⁵⁶ y la superación de la tradicional distinción entre antijuridicidad y culpabilidad basada en el puro contraste objetivo-subjetivo, distinción puesta ya en crisis, parcialmente, por el hallazgo de los elementos subjetivos del injusto y especialmente rechazada a partir del finalismo, cuya auténtica novedad,

52.- *Lehrbuch...*, cit., pp. 6 y s.

53.- E. BACIGALUPO, “La función del concepto de norma en la dogmática penal”, en *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográf. 11, 1986, p. 74.

54.- H.H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pp. 213.

55.- H.H. JESCHECK, *ibidem*, p. 213.

56.- H.J. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960.

como acertadamente indicara SUAREZ MONTES, no fue “tanto la doctrina final de la acción, como la concepción final del injusto”⁵⁷.

Centrándonos, por el momento, en las dos consecuencias aludidas en el marco de la teoría del delito, la confusión de planos entre tipicidad y antijuridicidad a que la teoría indicada conduce⁵⁸ tampoco aconseja su seguimiento, entre otras razones, por trastocar las funciones respectivas que la tipicidad y la antijuridicidad han de cumplir en la teoría del delito —a saber, selección de los comportamientos prohibidos y censura o justificación de los mismos— y por considerar no prohibidos *ab initio* los comportamientos que, siendo generalmente desvalorados, tan sólo quedan justificados, olvidando de esta suerte la “diferencia de valor radical”⁵⁹ que distinga a una conducta no típica de una justificada. Por otra parte, y como ha destacado CEREZO MIR⁶⁰, de la disciplina que el Código Penal vigente lleva a cabo de las eximentes incompletas (art. 9,1) se deduce la difícil aceptación de esta teoría en el Derecho positivo español⁶¹, en el que la incriminación genérica de la imprudencia evitaría, sin embargo, las lagunas que se suscitan en otros sistemas jurídicos.

Al presentarse lo injusto como infracción del mandato de determinación, la voluntad se convierte en un momento central de la antijuridicidad, de lo injusto personal, lo que se traduce en la imposibilidad de distinguir antijuridicidad y culpabilidad en base al criterio objetivo-subjetivo⁶² y, en el ámbito de la tipicidad, en la erección del dolo, como dolo natural, en el núcleo del tipo subjetivo. Esta solución ha venido a encontrar un importante apoyo en la regulación del error de prohibición operada por la reforma de 1983 a través del artículo 6 bis a), que, como ha reconocido TORIO, “habla en favor de la consideración del dolo y de la conciencia de la antijuridicidad como presupuestos independientes del concepto de delito”⁶³. Además, resulta la más ventajosa⁶⁴ en el plano expositivo y didáctico y por las

57.- *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el Finalismo*, Pamplona, 1963, p. 11.

58.- Esta confusión valorativa repercute, además, como indica GOMEZ BENITEZ, en la función motivadora del Derecho Penal, que “se dirige entonces hacia la utilización de las causas de justificación, y no hacia la evitación de acciones dirigidas a producir esos resultados típicos”, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, pp. 301 y s.

59.- R.F. SUAREZ MONTES, *Consideraciones críticas...*, cit., p. 35.

60.- “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español”, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 85 y s. Ver, también, Curso..., cit., pp. 313 y ss.

61.- En contra, argumentando con los términos “delito” y “falta”, S. MIR PUIG, “Los términos ‘delito’ y ‘falta’ en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, pp. 324 y ss. También (siguiendo a GIMBERNAT, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966, pp. 453 y ss.), J.C. CARBONELL MATEU, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982, pp. 88 y s. (y n. 82).

62.- Como indica CEREZO el tipo de lo injusto comprende “aquellos elementos subjetivos sin los cuales no se puede determinar la conducta prohibida...” e integran la culpabilidad “aquellos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad”. *Curso...*, cit., p. 366.

63.- “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”, en A. BERISTAIN (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, pp. 112 y s.

64.- E. GIMBERNAT, “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, *Estudios de Derecho Penal*, cit., pp. 85 y ss.

mayores posibilidades que ofrece para la mejor resolución de la diversidad de situaciones planteadas en problemas claves como la participación y el error, y se encuentra también indicada por razones dogmáticas⁶⁵: en síntesis, la existencia de los demás elementos subjetivos del injusto y la punición de la tentativa en sentido amplio, el carácter finalista de muchos verbos típicos y la previsión de consecuencias jurídico-penales para los hechos dolosos cometidos por inculpables⁶⁶. Entre estas razones no figuran, con todo, ni la adopción de un concepto final de acción (preferimos seguir uno social) ni la teoría de la motivación, ya que tiene razón RODRIGUEZ MOURULLO⁶⁷ cuando afirma que tal función no es propia del tipo de lo injusto sino del de garantía.

Lo anterior no implica, sin embargo, que haya de llegarse⁶⁸ a una *concepción subjetiva de la antijuridicidad*, con la consiguiente confusión de planos entre ésta y la culpabilidad. Por el contrario, la antijuridicidad sigue siendo en la concepción personal de lo injusto una medida objetiva, pues a todos impone el Derecho las mismas exigencias y para todos prevé las mismas consecuencias, siendo sus baremos “*válidos en general*”⁶⁹.

Tampoco se deriva necesariamente de la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto una “confusión de los baremos de *Derecho y ética individual*”. Derecho y Ética se rigen por parámetros bien distintos, y, como indica JESCHECK, la nueva sistematización no anula el carácter jurídico del mandato de la norma, cuya infracción sigue constituyendo “un *injusto*, ni agravado ni atenuado por criterios ético-individuales”. En consecuencia, la ética individual alcanza aquí la misma relevancia que en la doctrina tradicional⁷⁰.

B) El delito

Las normas jurídico-penales cumplen su tarea de protección de bienes jurídicos definiendo en sus presupuestos los comportamientos delictivos, a los que van

65.- J. CEREZO MIR, *Curso...*, cit., pp. 338 y s.

66.- S. MIR PUIG, “Adiciones de Derecho español”, en H.H. JESCHECK, *Tratado...*, cit., tercera ed., p. 331.

67.- G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1977, pp. 243 y s.

68.- M. BAJO FERNANDEZ, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, *Estudios Penales, I*, Santiago de Compostela, 1977, pp. 19 y ss. y 31 y ss.

69.- H.H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 219.

Critican COBO y VIVES este entendimiento de lo objetivo y lo subjetivo. A su juicio, lo “objetivo es lo que se halla fuera de la conciencia del sujeto. De modo que cabrá hablar de la antijuridicidad como un juicio objetivo de desvalor si, y solamente si, la razón de ser de ese desvalor reside, no en la referencia del comportamiento al ánimo del agente, sino en su relación con el mundo externo en el que se materializan los bienes, esto es, su lesividad efectiva o potencial para los intereses tutelados por el Derecho”. Además, señalan, “la identificación de objetivo con general, procede de la filosofía kantiana y rige en ella para el ámbito del conocimiento teórico, siendo inaplicable al campo de la razón práctica”. Pero, en la antijuridicidad, “no estamos tratando de determinar cuándo es o no objetivo nuestro saber, sino cuándo es objetivo un juicio de desvalor”. “La adopción de un ‘criterio general’ en la formulación de un tal juicio no le confiere objetividad alguna: una ‘mala voluntad’, generalmente desaprobada, sigue siendo tan ‘subjetiva’ como antes”. *Derecho Penal*, cit., pp. 207 y s.

70.- *Lehrbuch...*, cit., pp. 219 y s.

legalmente ligadas diversas consecuencias jurídicas. Primer elemento de las mismas y concepto fundamental, por ende, del Derecho Penal es, pues, el DELITO, categoría o noción que, conforme al principio de ofensividad, sólo pueden rellenar aquellos comportamientos lesivos o peligrosos de bienes jurídicos susceptibles de tutela penal.

A pesar de lo valioso de construcciones como la de “nocividad social” que, por influjo de la teoría rousseauiana del contrato social, fuera considerada durante algún tiempo la base del concepto material del delito, su excesiva abstracción e inevitable dependencia del cambio histórico-social pronto hicieron reconocer a la generalidad de la doctrina moderna la práctica imposibilidad e inutilidad de definir el delito al margen del Derecho Penal vigente en cada tiempo y lugar⁷¹. Esto no excluye, sin embargo, que partiendo del Derecho Positivo en vigor, puedan indagarse “los *presupuestos materiales* de los que depende el ‘sí’ de la pena (*concepto material del delito*)”⁷².

En este sentido, la observación del modo de funcionamiento del Derecho Penal pone de relieve que a “la frustración de expectativas inherentes a la comisión de un delito” sigue, en primer lugar, un juicio de desvalor que recae sobre el hecho mismo, al que se denomina injusto o *antijuridicidad*⁷³ y cuyos presupuestos son, como hemos visto, el desvalor del resultado, esto es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y el desvalor de la acción, pues “la forma e intensidad de la acción... han de ser tales... (como) para caracterizar al hecho como ataque inadmisibles a la paz social”⁷⁴ que exige el recurso a la pena pública por parte del Estado.

Pero, no todo injusto penal es delito, sino tan sólo el *injusto merecedor de pena*⁷⁵. Para ello, al desvalor de resultado y de acción ha de añadirse la reprochabilidad, juicio normativo dirigido al autor del delito por la no adecuación de su comportamiento a la norma cuando le era exigible. Presupuesto de este juicio de valor es, sin duda, la libertad humana que, sabido es, resulta (como el determinismo) científicamente indemostrable. A pesar de ello, puede ser “político-criminalmente”⁷⁶ aceptable la instrumentación del sistema penal sobre este concepto, como viene haciéndose tradicionalmente. No cabe ignorar que, dentro de la lógica propia del Derecho, de la que no se libra el Derecho Penal, funcionan diversas ficciones jurídicas y “valores socialmente aceptados”⁷⁷, de los que no podemos prescindir. Uno de estos valores es el de la libertad de elección entre diversas opciones ante una situación dada, idea rectora presupuesta con carácter general

71.- F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, pp. 32 y s.

72.- H.H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 44.

73.- F. MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., p. 29.

74.- H.H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 45.

75.- H.H. JESCHECK, *ibidem*, p. 43.

76.- G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1981, p. 160.

77.- G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General* (con la colaboración de F.Morales Prats y J.M.Prats Canut), Barcelona, 1986, p. 385.

por la misma existencia de normas que imponen un deber de actuar o de abstenerse de actuar⁷⁸ e imprescindible para la ordenación “con sentido” de la vida social, la cual resulta difícilmente imaginable sin una “recíproca atribución de libertad”⁷⁹. Por lo demás, siendo así que las alternativas que se ofrecen a este concepto no conducen necesariamente a soluciones mejores⁸⁰, no parece procedente “obsesionarse” con el concepto “libertad” en detrimento de problemas político-criminales inmediatos y graves⁸¹, de aquí que sea plenamente aceptable un entendimiento no “absoluto”, “ni inamovible”, sino “relativo”⁸², “mixto empírico-normativo”, de la culpabilidad, basado en la constatabilidad empírica de “la capacidad básica de autoconducción” y la imputación normativa de “la posibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho” a aquél cuya “capacidad psíquica de auto-conducción” es asimilable a la del “hombre medio”⁸³ al no haber sufrido alteración en la situación dada⁸⁴. “Sustentar la culpabilidad en la libertad” no obliga, desde esta perspectiva, a “la verificación positiva de si el sujeto pudo actuar de otro modo, sino tan sólo a comprobar si no concurrían causas que le privaran de su libertad”⁸⁵. Esto, como indica textualmente ROXIN:

“no significa que el hombre sea libre en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sino que debe ser *tratado como libre*, dada una capacidad intacta de autoconducción y, con ello, una dirigibilidad normativa”⁸⁶.

De otra parte, la apoyatura del sistema penal sobre el concepto de libertad no ha de ser óbice, sino servir de apoyo, a las exigencias de ensanchamiento de las posibilidades del juez en orden a la debida valoración de las auténticas capacidades de cada sujeto para calibrar sus actos y adecuarlos al comportamiento esperado; algo absolutamente indispensable si no se quiere, como resulta obligado en un Estado social y democrático de derecho, tratar igualitariamente lo que es desigual⁸⁷.

78.- M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTON, *Derecho Penal*, cit., p. 473.

79.- C. ROXIN, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, p. 678.

80.- C. ROXIN, *ibidem*, p. 678.

81.- G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, cit., pp. 160 y s.

82.- L. MORILLAS CUEVA, “La culpabilidad en la reforma del Código Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4, 1984, p. 89.

83.- W. HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., pp. 283 y ss., 288, 296 y s.

84.- C. ROXIN, “¿Qué queda...?”, cit., p. 685.

85.- T.S. VIVES ANTON, “Reforma política y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1, 1977, p. 107.

86.- “¿Qué queda...?”, cit., p. 685.

87.- J. BUSTOS RAMIREZ, “La imputabilidad en un Estado de Derecho”, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, pp. 281 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, pp. 147 y ss.; A. TORIO LOPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, pp. 285 y ss. (en particular, p. 297).

Desvalor de la acción, desvalor del resultado y reprochabilidad son, en suma, en el Derecho Penal positivo moderno, “los tres pilares básicos sobre los que descansa el concepto material de delito”⁸⁸ que, con un amplio sector de la doctrina, puede formularse como la *acción típica, antijurídica, culpable y punible*.

C) Pena, medida y reparación

1.- Segundo elemento integrante del Derecho Penal, en cuanto principal y más grave consecuencia jurídica del delito⁸⁹, cuya aparición en el tiempo coincide con la del Derecho Penal, es la PENA: privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el legislador al culpable de la comisión de un delito y por medio de cuya amenaza⁹⁰ se trata de disuadir a los ciudadanos de la realización de las conductas en cuestión.

Al igual que el propio Derecho Penal, la pena, conceptualmente imposición de un mal⁹¹, no constituye un fin en sí mismo sino que se justifica por su necesidad, ya que es el medio indispensable (el que “ofrece más garantías de seguridad, certeza y sometimiento a ciertos límites”)⁹² para el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la convivencia. Como expresaron los autores del Proyecto Alternativo alemán en frase ya célebre, la pena no es sino una “amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres”⁹³.

Función de la pena es, por tanto, la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos fundamentales, lo que, siguiendo a las teorías de la diferenciación, se consigue de modo diverso en cada momento o estadio de aquélla. En este sentido, entiendo, sobre la base de la teoría unificadora-dialéctica de ROXIN⁹⁴, que en el nivel de la conminación típica el objetivo predominante de la pena, en su calidad de última instancia de control social, es la prevención general en su doble vertiente: tanto disuadir a quienes no están dispuestos a respetar los valores sociales (prevención negativa) como reafirmar esos valores en los que vacilan y la generalidad (prevención positiva o integradora)⁹⁵. Esta referencia a ambas

88.- F. MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., p. 31.

89.- G. LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985, p. 17.

90.- Recuerda, con razón, este carácter de la pena, de ser también una amenaza desde la ley, E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, 1984, pp. 193 y s.

91.- S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pp. 60 y s. En el mismo sentido, E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*, cit., p. 191.

92.- E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ibidem*, p. 200.

93.- *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allg. Teil, segunda ed., Tübingen, 1969, p. 29.

94.- “Sentido y fin de la pena estatal”, *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. D.M. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 24 y ss.

95.- J.L. DIEZ RIPOLLES, *Proyecto docente e investigador*, Zaragoza, 1985 (inédito), pp. 44 y s.

La teoría de la prevención positiva se ha desarrollado, sobre todo en Alemania (W. HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., pp. 391 y ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil, Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, Berlín, 1983, pp. 3 y ss.; y C. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*

clases de prevención no excluye, sin embargo, la función retributiva de la pena, que se manifiesta más en particular, en el momento de determinación y medición, el cual ha de servir, indirectamente, como la ejecución, para confirmar la seriedad de la amenaza normativa. En efecto, a pesar de los esfuerzos de sus defensores, la afirmación de que, para garantizar la credibilidad de la función preventivo-general, es preciso el respeto del principio de proporcionalidad entre delitos y pena, además de padecer de una “excesiva simplicidad en el análisis de las realidades sociales”⁹⁶, no resulta suficientemente sólida⁹⁷. En consecuencia, en el estadio de determinación de la pena sigue siendo preciso insistir en la necesidad de que el reproche de culpabilidad opere como fundamento-límite⁹⁸ de la pena, conjugándose con el principio de necesidad, pudiendo dejar de imponerse excepcionalmente aquélla por su completa contraindicación desde el prisma preventivo especial. Detectada y confirmada la comisión del delito, ha de ser la intervención preventivo-especial-resocializadora el objetivo primordial de la sanción.

Esta concepción de los fines de la pena — que se aleja un tanto de la seguida por el Código Penal vigente, aún anclado de modo casi exclusivo, como demostró CASABO RUIZ, en el principio retributivo, al margen de una serie de “disposiciones que obedecen a un principio extraño y que vienen a ser excepción a la regla general básica que no han logrado anular”⁹⁹— es plenamente compatible con los principios constitucionales del Estado español, los cuales configuran la pena como un mal y, a través de la proclamación del Estado como social y democrático de Derecho, no rechazan toda función retributiva para aquélla, sino tan sólo su afirmación absoluta y “exclusiva”¹⁰⁰ como meta de la sanción, y establecen terminantemente la primacía de la función resocializadora (art. 25,2 de la Constitución) en la ejecución¹⁰¹ de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad.

(trad. introducción y notas, de F. Muñoz Conde), Madrid, 1981, pp. 134 y 182). En España ha sido seguida por J.M. GOMEZ BENITEZ, “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monograf. 3, 1980, p. 144, y, matizadamente, por S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, segunda ed., Barcelona, 1982, pp. 31 y ss. Para una crítica, A. BARATTA, “Integración-Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Doctrina Penal*, 29, 1985, pp. 3 y ss.; D.M. LUZON PEÑA, “Prevención general, sociedad y psicoanálisis”, *Cuadernos de Política Criminal*, 16, 1982, pp. 93 y ss.; F. MORALES PRATS en G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal*, cit., pp. 132 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp. 41 y ss.

96.- J.L. DIEZ RIPOLLES, *Proyecto docente...*, cit., pp. 46 y s.

97.- J. CEREZO MIR, “Culpabilidad y pena”, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 180 y ss.; J. CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, p. 48; C. ROXIN, “¿Qué queda...?”, cit., pp. 678 y s.

98.- Para ROXIN, sin embargo, “la culpabilidad no fundamenta nunca la necesidad de una pena, sino que sólo limita su admisibilidad”. “¿Qué queda...?”, cit., p. 688.

99.- J.R. CASABO RUIZ en *Comentarios al Código Penal*, T. II, Barcelona, 1972 p. 16.

100.- J. CEREZO MIR, *Curso...*, cit. p. 30.

101.- M. COBO DEL ROSAL, J. BOIX REIG, “Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social”, *Comentarios a la legislación penal (dirigidos por M. Cobo del Rosal)*, T.I, *Derecho Penal y Constitución*, 1982, p. 219.

Una puntualización procede en este momento respecto a las penas recién citadas. Frente al empleo generalizado de la sanción privativa de libertad por los Códigos y leyes penales, la preeminencia otorgada a la libertad personal en la Constitución habría de exigir, como ha señalado repetidamente BRICOLA¹⁰², no ya que su privación se produjera cuando realmente estemos ante atentados a bienes equiparables a la misma o dotados de relieve constitucional —pues este requisito es propio de la noción misma de bien jurídico—, sino, sobre todo, cuando se demuestre absolutamente indispensable como *ultima ratio* del sistema punitivo. De respetarse lo anterior, no cabe duda se contribuiría al descenso estable y “real” de la población carcelaria y a la mejora de la situación actual¹⁰³ y se coadyuvaría al cumplimiento efectivo (¡y obligado!) de la función constitucionalmente atribuida a la prisión, con sus consiguientes exigencias de permanente esfuerzo de “apertura de la cárcel a la sociedad”¹⁰⁴ y de participación en la misma de la comunidad¹⁰⁵. Un adecuado desarrollo del postulado resocializador, como principio “jurídico” inspirador del Derecho Penitenciario¹⁰⁶, y, sobre todo, el esfuerzo continuado en la búsqueda de nuevas sanciones y nuevas respuestas a la criminalidad¹⁰⁷, menos estigmatizantes y pesadas que las actuales, habrían de ser decisivos en esta línea.

2.- Al lado de las penas se presentan como consecuencias jurídicas del delito de relevancia penal en el Derecho moderno las MEDIDAS PENALES O DE SEGURIDAD, “privaciones o restricciones de bienes jurídicos”¹⁰⁸ aplicadas por los órganos jurisdiccionales, a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial”¹⁰⁹.

Estas sanciones, cuyo empleo generalizado en el Derecho Penal es fruto del positivismo naturalista y de la insuficiencia de la pena retributiva para satisfacer una

102.- “Teoría generale del reato”, *cit.*, pp. 15 y ss.

103.- A. BERISTAIN, “Las cárceles no deben ser cementerios”, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, 1986, pp. 194 y ss.; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Presente y futuro de las Instituciones Penitenciarias Españolas”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario, Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, enero 1988, pp. 115 y ss.

104.- A. BARATTA, “Criminología crítica y política criminal alternativa”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, pp. 51 y s.

105.- A. BERISTAIN, “Relaciones entre los privados de libertad y el mundo exterior (El voluntariado)”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario dedicado a las Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, enero 1988, pp. 29 y ss.

106.- J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El sistema penitenciario: reforma o abolición”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 1983, mayo, pp. 19 y ss.

107.- A. BERISTAIN, *Crisis*, *cit.*, pp. 244 y ss.

108.- A. BERISTAIN prefiere insistir en su definición en el carácter de “medios asistenciales” de las medidas. A su juicio, las medidas “pretenden ante todo la asistencia a los delincuentes peligrosos”. *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974, pp. 49 y s.

109.- BERISTAIN entiende por “prevención especial” la superación del peligro en la persona concreta, su inocuización y/o su integración en la comunidad”. *Medidas penales...*, *cit.*, p. 50.

serie de necesidades político-criminales a las que urgía prestar atención¹¹⁰, se diferencian de las penas en que no se apoyan en la culpabilidad, sino en la llamada peligrosidad y sólo cumplen, en principio, una función preventivo-especial; razones que, particularmente en el caso de las predelictuales, han llevado a un importante sector de la doctrina —siguiendo, tal vez, como destacara un señalado autor¹¹¹, la “táctica del avestruz”—, a rechazar su inclusión en el Derecho punitivo, postulando su administrativización.

La cuestión parece haber perdido actualidad por el escaso nivel de aplicación de la fuertemente denostada¹¹² Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y tras las Sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985 y 14 de febrero de 1986, de cuyo texto ha deducido ARROYO “que no cabe aplicar hoy más medidas de seguridad que las que estén expresamente previstas en el Código Penal”¹¹³. Con independencia de que esto sea efectivamente así, el Fundamento jurídico primero de la S.23/1986, de 14 de febrero, parece claro respecto de la inconstitucionalidad de las medidas predelictuales. En efecto, junto a “la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad”, la Sentencia considera también contraria “al principio de legalidad penal” “la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal”, ya que “no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido culpable de la comisión de un ilícito penal”. La Sentencia confirma, en este sentido, la afirmación de la, “aunque enmascarada, ... verdadera naturaleza punitiva”¹¹⁴ de las medidas predelictuales, uno de los argumentos más empleados por cuantos, con razón, reivindicaban su pertenencia al Derecho Penal —en tanto se mantuvieran— y la extensión a las mismas de los principios limitadores del poder punitivo del Estado en orden a la mejor salvaguarda de los derechos individuales.

Desaparecidas las medidas predelictuales, la “doble vía”¹¹⁵ en Derecho Penal no deja de plantear problemas importantes, entre los que destacan los de la imposición conjunta de pena y medida y el conocido “fraude de etiquetas”. Frente

110.- G. RODRIGUEZ MOURULLO, “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (separata), 1965, pp. 4 y s.

111.- M. COBO, “Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974, p. 98.

112.- M. BARBERO SANTOS, *Marginación social y Derecho represivo*, Barcelona, 1980, pp. 129 y ss.; G. LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985, pp. 169 y ss.; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981; T.S. VIVES ANTON, “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes*, Valencia, 1977, pp. 56 y ss.

113.- “Jurisprudencia constitucional en materia penal. Enero-junio 1986”, *Cuadernos de Política Criminal*, 32, 1987, p. 402 (en colaboración con R. de Vicente Martínez).

114.- M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTON, *Derecho Penal*, cit., p. 705; S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pp. 25 y s.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*, cit., p. 48.

115.- F. MUÑOZ CONDE, “Monismo y dualismo en el Derecho Penal español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, 1983; E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto...*, cit., pp. 245 y ss.

a ello es de propugnar la plena vigencia en el campo de las medidas del principio de legalidad y demás límites del “ius puniendi” estatal y la adopción *de lege ferenda* de un sistema en su ejecución que, en la línea del sistema vicarial, permita que el dualismo funcione en la práctica como monismo. Esto puede conseguirse¹¹⁶: en primer lugar, exigiendo para toda aplicación de la medida, en cuanto tratamiento, el consentimiento del afectado¹¹⁷ y la previa confirmación de la culpabilidad —como parece exigir la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1986¹¹⁸—, remitiendo a los inculpables al Derecho Civil¹¹⁹; por otro lado, limitando la imposición de la medida a los casos de imposibilidad de alcanzar a través de la pena los fines preventivos especiales, y sin que pueda superar (ni para los delincuentes habituales) la duración de la pena; por último, adelantando la libertad condicional¹²⁰ en los casos en que el éxito obtenido a través de la medida pueda peligrar por causa de la ejecución del resto de la pena.

3.- Son finalmente también consecuencias jurídicas del delito¹²¹ las REPARACIONES¹²², prestaciones de carácter indemnizatorio, en general, que la ley penal (mediante los órganos jurisdiccionales) impone al autor de un hecho antijurídico (y en ocasiones, a otras personas o la autoridad) para compensar a la víctima y lograr, así, el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad¹²³.

La regulación de las reparaciones se contiene en los arts. 19 y ss. y 101 y ss. del Código Penal. No es ésta una regulación completa, sino que, a pesar de la remisión que el artículo 1.092 del Código Civil hace al Código Penal, es preciso volver a la normativa civil en algunos de sus aspectos, y así lo dispone, incluso expresamente, el propio artículo 117 de nuestro Código en materia de extinción. Este reenvío recíproco ha fomentado, en parte, la discusión acerca de la naturaleza de las mismas y su pertenencia o no al Derecho Penal¹²⁴, aun cuando se comparta

116.- J.L. DIEZ RIPOLLES, *Proyecto docente, cit.*, pp. 49 y ss.

117.- J.L. DIEZ RIPOLLES indica, sin embargo, que “tal consentimiento no tendrá por qué darse de una vez por todas al principio de la ejecución de la pena; siempre que el tratamiento siga siendo indicado podrá aplicarse la medida si concurre un consentimiento tardío” (*ibidem*, p. 51).

118.- Indica expresamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1986 que, para la imposición de una medida, el sujeto debe haber “sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal”.

119.- Que, a juicio de J.L. DIEZ RIPOLLES, les será más ventajoso que “la rigidez de la legislación penal” (*Proyecto docente, cit.*, p. 50).

120.- Esto resulta mucho más correcto que la solución del actual artículo 9,1 II del Código Penal, que, como ha puesto de manifiesto CARBONELL, es “de dudosa constitucionalidad” por las “injusticias materiales que pueden derivar”. “Aspectos penales”, en J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GOMEZ COLOMER, J.B. MENGUAL I LULL, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Madrid, 1987, pp. 61 y s.

121.- A juicio, sin embargo, de OCTAVIO DE TOLEDO, más que “consecuencia jurídica del delito” lo son del “daño que ocasiona”, lo que, en su opinión, las “sitúa en el campo ‘puramente’ civil”. *Sobre el concepto...*, *cit.*, p. 65.

122.- J. ANTON ONECA las llamó “sanciones reparadoras”, *Derecho Penal* (segunda ed. anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), Madrid, 1986, pp. 644 y ss.

123.- Se sigue sustancialmente la definición de BERISTAIN, *Medidas penales...*, *cit.*, p. 62.

124.- Por todos, E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto...*, *cit.*, pp. 59 y ss.

por la generalidad de los autores que no es el criterio de su localización en uno u otro texto el definitivo para decidir acerca de la naturaleza jurídica de una determinada institución.

En cualquier caso, y al margen de sus conexiones con las demás consecuencias del delito¹²⁵, no cabe duda de que, “conceptualmente”, su naturaleza jurídica es inequívocamente civil. Ahora bien, dada la importancia que la atención a la víctima ha de alcanzar en el Derecho Penal¹²⁶ y la conveniencia de que se regulen y estudien con criterio unitario los diversos medios (interdependientes de necesidad) a emplear en la respuesta al delito, parece oportuno mantenerlas, sin perjuicio de aquella naturaleza, en la definición del Derecho Penal¹²⁷.

IV.- LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: CONSIDERACIONES METODOLOGICAS

Por Derecho Penal no se entiende tan sólo un conjunto normativo, ni el poder punitivo del Estado, sino, asimismo, la Ciencia¹²⁸ del Derecho Penal, saber práctico, inseparable, como es natural, de la “totalidad de la Ciencia del Derecho”¹²⁹, que se presenta fundamentalmente como ciencia del espíritu, cultural, normativa y hermenéutica¹³⁰, siendo su objeto, en el momento presente de su evolución, el conocimiento, desarrollo y explicación “de manera racional y sistemática” de “un trozo de esta realidad que es el ordenamiento penal positivo”¹³¹, base previa para toda tarea de aplicación, enseñanza y reforma del mismo.

Junto al objeto, lo que realmente caracteriza al Derecho Penal como Ciencia es el método¹³² que utiliza.

El método de la Ciencia del Derecho Penal es, fundamentalmente, el método dogmático, de aquí la asimilación entre Ciencia del Derecho Penal y Dogmática jurídico-penal.

125.- J. ANTON ONECA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 646 y ss.

126.- A. BERISTAIN, *Crisis...*, cit., pp. 240 y ss.

127.- Por todos, S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., p. 29. Ver, con todo, la matización que introduce en su *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 6 ss.

128.- Recuerda NINO la “ambigüedad” característica del concepto “Ciencia”. *Consideraciones...*, cit., pp. 9 y ss.

129.- L. MORILLAS CUEVA, “Anotaciones sobre la Ciencia del Derecho Penal”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 585 y ss.

130.- M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTON, *Derecho Penal*, cit., pp. 71 y ss.

131.- L. MORILLAS CUEVA, “Anotaciones...”, cit..

132.- Define BERISTAIN el método como la “dialéctica configuración existencial de la justicia criminal propia de cada momento y lugar. Es el arte de convertir los hechos vitales en figuras típicas de delitos y en instituciones penales, por una parte, y, por otra, la hermenéutica interpretativo-aplicativa de la letra y del espíritu de la ley criminal en vocablos y acciones vivientes”, “Concepto...”, cit., p. 73.

Las líneas más destacadas del método dogmático fueron ya explicitadas por ROCCO en su famoso discurso de Sassari¹³³: interpretación de la ley penal, de naturaleza exegética; construcción del sistema o fase dogmática, en sentido propio; y tarea crítica, a llevar a cabo desde el prisma técnico o funcional, comparado¹³⁴ y axiológico. Función de la Dogmática no es sólo, en consecuencia, la “recolección y elaboración de datos”, sino también el descubrimiento de los principios y soluciones implícitos del Derecho positivo, la determinación de “estructuras relevantes” que terminan por vincular a los teóricos y prácticos del Derecho Penal¹³⁵ y que, integradas ordenadamente en un sistema, pueden abocar progresivamente, como resultado, a la formulación de una teoría global, completa y libre de contradicciones, de nuestro objeto de atención¹³⁶: el Derecho Penal, el cual, de este modo, habría de devenir un sistema de aplicación más precisa y previsible.

Sobre las bases propuestas por ROCCO se ha desarrollado a lo largo del último siglo la Dogmática jurídico-penal en sus jalones más sobresalientes¹³⁷: positivismo, neokantismo y finalismo; a éste se debe el descubrimiento de la importancia del desvalor de acción, junto al de resultado, y la construcción del concepto personal del injusto, patrimonio ya de la Ciencia del Derecho penal en su conjunto, tras su admisión y acogida por autores que no comparten los puntos de partida originarios de aquella dirección doctrinal¹³⁸.

Los excesos sistemáticos y de comprensión puramente formal de la Ciencia del Derecho Penal, contra los que advirtiera ya el paladín de la dirección técnico-jurídica¹³⁹, han derivado en un importante alejamiento entre teoría y realidad, debido a la obsesión ciega por la “coherencia” incluso contra la “racionalidad de la solución”¹⁴⁰. Frente a esto, conviene resaltar la necesidad que tiene el Derecho Penal de acercamiento a la realidad¹⁴¹. Esta aproximación a la realidad exige, por un lado, el otorgamiento de una mayor relevancia al problema, en la línea marcada

133.- “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, p. 297.

134.- A. BERISTAIN, “Concepto...”, *cit.*, pp. 81 y s. También, H.H. JESCHECK, G. KAISER (Hrsg.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin, 1980.

135.- W. HASSEMER, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 251 y s.

136.- J. HRUSCHKA, “Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?”, *Juristen Zeitung*, 1, 1985, p. 8.

137.- S. MIR PUIG, *Introducción...*, *cit.*, pp. 197 y ss.

138.- Como asegura JESCHECK respecto de la ciencia jurídico-penal alemana, en afirmación plenamente aplicable a la Ciencia del Derecho Penal española en la actualidad: “las consecuencias del finalismo en la estructuración del concepto de delito, se reconocen acertadas incluso fuera del círculo de los seguidores del concepto final de acción y susceptibles de una fundamentación autónoma con base en el concepto personal de lo injusto”, *Lehrbuch...*, *cit.*, pp. 191 y s.

139.- J.M. STAMPA BRAUN, *Introducción...*, *cit.*, pp. 117 y ss.

140.- W. HASSEMER, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 26.

141.- A. BERISTAIN, *Crisis...*, *cit.*, pp. 242 y ss.

por el pensamiento tópico o problemático de VIEHWEG¹⁴² y que ha de llevar, por tanto, a la revisión de las soluciones sistemáticas en atención a las “consecuencias”¹⁴³ —ya que “tan importante o más que el conocimiento normativo es el conocimiento empírico sobre los efectos que produce la aplicación de las normas en la realidad”¹⁴⁴— y a un “pluralismo metódico”, “exigencia insoslayable en el actual grado de desarrollo”¹⁴⁵ de nuestra Ciencia. Todo ello, sin olvidar que la Ciencia del Derecho Penal sólo puede cumplir adecuadamente su función de “allanar el camino” de la futura legislación y jurisprudencia si no deja de operar de un modo “sistemático”¹⁴⁶; único modo, además, de eludir la “atomización y dispersión de la materia jurídica”¹⁴⁷, que podrían traer como indeseada consecuencia la pérdida de importantes posiciones ganadas, en gran parte por el desarrollo de la Dogmática¹⁴⁸, en la defensa de la certeza y seguridad jurídicas.

Prevenido lo anterior, el necesario acercamiento a la realidad ha de manifestarse, asimismo, en la mayor atención del dogmático hacia los resultados y enseñanzas provenientes de las Ciencias no jurídicas, como la historia, psicología, sociología y claro está, la Criminología¹⁴⁹. Estas Ciencias, desde sus perspectivas propias, al suministrar datos procedentes de la realidad personal y social a la que se aplica la ley y sobre la génesis de la ley penal misma, han de resultar especialmente útiles al jurista en el ejercicio de sus funciones; en particular, en el de la función crítica desde el plano axiológico, tarea en la que no basta partir del punto de vista legislativo y de las concepciones ético-sociales y políticas individuales del científico, sino que requiere tomar también muy en cuenta las exigencias de la Política criminal y penal, las convicciones sociales dominantes y la propia realidad aplicativa de la ley penal.

Especialmente digno de mención en esta línea es, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el que BUSTOS denomina “resurgimiento de la Política Criminal” —a través de la Nueva Defensa Social, en Francia, y, sobre todo, de la dirección plasmada en el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y la línea del grupo de Bologna en Italia—, que, frente a la crisis de la dogmática “puramente conceptual y formal”, plantea la necesidad de una “dogmática crítica”, “la única... adecuada a un Estado social y democrático de Derecho”¹⁵⁰.

142.- *Tópica y Jurisprudencia* (trad. L. Díez-Picazo), Madrid, 1969.

Destaca BERISTAIN el origen griego de este pensamiento y su transmisión a la cultura moderna a través de la escolástica. “Concepto...”, *cit.*, pp. 74 y s.

143.- W. HASSEMER, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 34 y ss.

144.- F. MUÑOZ CONDE, “Prólogo” a W. HASSEMER, *Fundamentos...*, *cit.*, p. XVIII.

145.- M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General, T.I, Fundamentos científicos del Derecho Penal*, Barcelona, 1983, p. 365.

146.- J. HRUSCHKA, “Kann...?”, *cit.*, p. 10.

147.- R. NUÑEZ BARBERO, “Derecho Penal y Política Criminal (I)”, *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 417.

148.- J. CORDOBA RODA, “Evolución jurídica y ciencia penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, p. 17.

149.- A. BERISTAIN, *Crisis...*, *cit.*, p. 243.

150.- J. BUSTOS RAMIREZ, *Manual...*, *cit.*, pp. 133 y s.

Prescindiendo de las otras dos corrientes y, en particular, de la italiana —en la que predominan las direcciones que postulan la plena coincidencia entre Derecho Penal y Criminología en una ciencia global, centrada en el estudio crítico (fundamentalmente desde una perspectiva sociológica) del Derecho Penal y de los procesos de criminalización¹⁵¹—, interesa detenerse aquí en la dirección seguida en Alemania a partir de la década de los sesenta y, en particular, el pensamiento de ROXIN y HASSEMER.

A juicio de ROXIN, uno de los principales inspiradores del Proyecto Alternativo, la llamada crisis de la dogmática jurídico penal sólo puede superarse mediante una más estrecha conexión entre ésta y los planteamientos político-criminales, de aquí su propuesta de sistematizar y evaluar las diversas categorías del concepto del delito a la luz de la función político-criminal llamadas a desarrollar¹⁵². Indica, en este sentido, que función político-criminal del tipo es la plasmación del postulado de legalidad, mientras que la antijuridicidad asume la resolución de los conflictos concretos de intereses entre los ciudadanos. Por último, la culpabilidad ha de orientarse a satisfacer los fines de la pena¹⁵³.

Por su parte, HASSEMER¹⁵⁴ prefiere una mejor distinción entre Dogmática y Política Criminal que permita, a continuación, una mejor colaboración entre ambas Ciencias, de objeto específico diferente: mientras que el objeto inmediato de la Política Criminal es el comportamiento desviado y su definición social en orden a traducir en fórmulas legislativas adecuadas los objetivos de lucha contra aquél, el de la Dogmática es el estudio de la ley penal, el examen y desentrañamiento de la fórmula legal concreta utilizada por el legislador para concretar aquellos objetivos, aspecto para el que, sin embargo, no se basta a sí misma sino que precisa orientarse en la Política Criminal.

Las posiciones anteriores constituyen las orientaciones más asumibles, en la actualidad, en la Ciencia del Derecho Penal. Esta, esencialmente “normativa” y “valorativa”, no debe caer en el “sociologismo”¹⁵⁵ y renunciar al desentrañamiento y sistematización dogmáticos de los contenidos del Derecho Penal positivo, si es que no se quiere abandonar el ideal de una “aplicación segura y calculable del Derecho Penal” que le sustraiga a la “irracionalidad”, “arbitrariedad” e “improvisación”¹⁵⁶. Como indica BERISTAIN, “convertir el Derecho criminal en mera política o sociología sería matar algo necesario en la sociedad”¹⁵⁷. Pero tampoco puede quedarse en el

151.- *La Questione Criminale*, I, 1975. Ver también, A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.

152.- *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal* (trad. F.Muñoz Conde), Barcelona, 1972.

153.- C. ROXIN, *ibidem*, pp. 40 y s.

154.- *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck bei Hamburg, 1974.

155.- A. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios penales*, cit., p. 140.

156.- E. GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, cit., p. 78. Sigue GIMBERNAT, “cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y límite” (*ibidem*, pp. 78 y s.).

157.- *Crisis...*, cit., p. 234.

puro formalismo acrítico¹⁵⁸. Para cumplir adecuadamente el cometido anterior y desarrollar su irrenunciable función crítica precisa un permanente contacto e impregnación por parte de la Política Criminal que le permita una atención continuada a los desarrollos de las demás ciencias sociales, muy en particular la criminológica y victimológica. En efecto, connatural a la valoración político-criminal¹⁵⁹ ha de ser el conocimiento de la realidad a través de los resultados que las “ciencias experimentales” ofrecen sobre “la criminalidad, el delincuente, la víctima, la conducta socialmente desviada y los controles sociales de estos comportamientos”¹⁶⁰.

En cuanto a la Victimología, la creciente importancia de su consideración en el marco de la sanción y del proceso puede perfectamente ampliarse (aunque no necesariamente en un sentido protector de la víctima) a la Dogmática hasta el punto de que algún eminente autor, como SCHÜNEMANN¹⁶¹, ha comenzado a hablar ya de las posibilidades de futuro de la “Víctimo-dogmática”. Si la referencia a la víctima nunca ha sido del todo “extraña” al Derecho Penal¹⁶² y la conexión entre víctima y comportamiento delictivo era ya tenida frecuentemente en cuenta en algunos delitos (v.gr. los imprudentes), y no sólo en cuanto a la determinación de la pena, la Victimodogmática plantea la necesidad de ir más allá e incorporar los conocimientos y principios victimológicos a la delimitación de las categorías y figuras delictivas y a la resolución de los problemas dogmáticos que ellas plantean, en particular, en delitos como los patrimoniales, los sexuales contra la vida o contra la intimidad.

Ciertamente son muchas las cuestiones abiertas y es todavía pronto para determinar cuál pueda ser el alcance real de esta nueva dirección. En todo caso, lo que no cabe duda es que en la colaboración, confluencia e integración mutua, “sincera”¹⁶³, “prudente y desmitificadora”¹⁶⁴ de los resultados de la Dogmática y, a través de la Política Criminal, de las demás ciencias sociales y criminológicas, es donde se encuentra la clave del nuevo rumbo emprendido por la Ciencia jurídico-penal, que se configura ya¹⁶⁵ como una ciencia social, realista y creadora¹⁶⁶ o crítica¹⁶⁷.

158.- A. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios Penales*, cit., p. 140.

159.- Insiste G. KAISER en la necesidad de fundamentación criminológica de la Política Criminal para evitar un empleo ciego de la norma penal. “Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?”, *Festschrift für Schröder*, München, 1978, pp. 481 y ss.

160.- A. BERISTAIN, “Concepto interdisciplinar de la criminología: carencias y complementos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 709 y ss. Sustancialmente idéntico, G. KAISER, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, cuarta ed., Heidelberg, 1979, p. 1.

161.- “Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik. Die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht”, *Festschrift für Faller*, München, 1984, pp. 357 y ss.

162.- W. HASSEMER, “Rücksichten auf das Verbrechensopfer”, *Festschrift für U.Klug*, Köln, 1983, Bd. 2, p. 218.

163.- En el doble sentido indicado por A. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios Penales*, cit., p. 141.

164.- A. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *ibidem*, p. 141.

165.- S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pp. 299 y ss.

166.- S. MIR PUIG, “Dogmática creadora y Política criminal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, pp. 649 y ss.

167.- F. MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., pp. 185 y ss.