



INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA
FUNDADO EN 1995

**INTRODUCCIÓN
AL DERECHO PENAL
FUNDAMENTOS
PARA UN
SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO**



**PAULO CÉSAR BUSATO
SANDRO MONTES HUAPAYA**

Introducción al Derecho Penal

Fundamentos para un
sistema penal democrático

Paulo César Busato
Sandro Montes Huapaya



Equipo editorial

Autor : Paulo César Busato
Cuido de edición : Sergio J. Cuarezma Terán
Diseño y diagramación : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Eduardo Espinales

ISBN : 978-99924-21-14-7

Todos los derechos reservados conforme a la ley

© Paulo César Busato, 2009

© Sandro Montes Huapaya, 2009

© INEJ, 2009

Managua, Nicaragua

Impreso en Nicaragua,
por Servicios Gráficos

Esta publicación fue posible gracias al apoyo económico de la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Económica, con base a la Ley No. 646/2008, Ley anual de presupuesto general de la República de Nicaragua 2008, anexo No. I-A Asociaciones y Fundaciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 41 el día 27 de febrero de 2008, en concepto de darle continuidad al desarrollo del programa de gobernabilidad, desarrollo y Estado social de derecho.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de la Asamblea Nacional ni del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

ÍNDICE

Prólogo	7
Prólogo a la segunda edición	9
CAPÍTULO I	
Concepto de Derecho Penal y Ciencia Penal	11
CAPÍTULO II	
Misiones del Derecho Penal	39
CAPÍTULO III	
Protección de los Bienes Jurídicos	57
CAPÍTULO IV	
Derecho Penal y Control Social	83

SEGUNDA PARTE DERECHO PENAL COMO SISTEMA NORMATIVO

CAPÍTULO V	
La Norma	113
CAPÍTULO VI	
Los límites del derecho penal	143

TERCERA PARTE DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

CAPÍTULO VII	
Teorías de las Penas	193
CAPÍTULO VIII	
Las medidas de seguridad	237
CAPÍTULO IX	
Semiimputabilidad, monismo y dualismo	249
Bibliografía	273

PRÓLOGO PARA LA EDICIÓN NICARAGUENSE

En el año 2003 estuve por primera vez en Nicaragua. Por aquél entonces, no tenía la más mínima idea sobre lo cuanto las relaciones que yo empezaba a establecer me llevarían a conocer y a gustar de este país. Es más, los amigos que aquí he hecho, los alumnos muy interesados en la materia penal que he tenido en las ya muchas clases que he impartido en este país, me hacen augurar un futuro brillante para la dogmática jurídico-penal en este país.

Está claro que hay mucho por hacer, todavía, como por lo demás, en toda la escena científica de Latinoamérica. Llevamos un evidente retraso con relación a la ciencia europea del Derecho penal que nos hizo, por mucho tiempo, tratar de “importar” teorías jurídicas para aplicación en nuestras sociedades, cuyos efectos dañinos de profundización de diferencias ya se hacen notar.

Estoy de acuerdo con mi maestro Muñoz Conde, cuando él refiere que el sistema de imputación es igual que una gramática, es decir, se trata más bien de un mecanismo con lo cual el Estado establece un proceso de comunicación con el ciudadano, en donde lo que se busca, a mi sentir, no es más que el control social de los ataques intolerables a bienes jurídicos.

Por otra parte, es también cierto que las distintas sociedades valoran distintamente los bienes jurídicos, bien así, tienen distintas concepciones respecto de los niveles de intolerabilidad respecto de las conductas de los ciudadanos.

Por ello, siempre mantuve que el estudio del Derecho penal no debe de empezar por la ley ni tampoco por la estructura dogmática del sistema de imputación, sino mucho más allá. El más allá incluye conocer los principios capaces de limitar la medida de la imputación, conocer las nociones respecto del bien jurídico, conocer las relaciones entre las distintas formas científicas de concebir el mismísimo Derecho penal, entre ellas, conocer criminológicamente lo que él representa en términos de control social y, como no, saber exactamente lo que es lo que se quiere con la norma y con la pena.

Esta pequeña obra trata exactamente de estos puntos. Es decir, lo que se pretende es presentar las razones de existir del sistema de imputación para que cada uno pueda elegir, criticar, incluso dibujar, su propio modelo de teoría del delito.

Solamente es posible tener un Derecho penal justo en Nicaragua, en Brasil o en cualquier otra parte, si la gente que lo elabora esté consciente de que es lo que quiere con el modelo que adopta. Esta es la contribución que se pretende dar con esta obra.

Hay que recordar, pues, que todo ello sólo es posible, porque un día, en el año 2003, mi amigo, el Prof. Oscar Castillo, decano de la Escuela de Derecho de la UPOLI, me presentó al Dr. Sergio Cuarezma Terán. El Dr. Cuarezma y yo hemos desarrollado desde entonces una estrecha amistad, alimentada, por cierto, por un profundo deseo de desarrollar la ciencia en nuestros países, bien así, por un impresionante compartir de ideas y de concepciones para proyectar un futuro mejor para esta misma escena científica. Por sus gestiones para que salga a la luz esta obra en Centroamérica, que es tan sólo el primer paso de un largo proyecto de intenciones comunes a través del ICEP, a él envío mi más profundo agradecimiento.

En el aeropuerto de Managua, en el 02 de octubre del 2005.

Paulo Cesar Busato

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Es con gran orgullo que hago la presentación de esta nueva edición de nuestro libro *Introducción al Derecho penal*. En tan sólo dos años desde la presentación de la primera versión de la obra, ya se hace necesario una nueva edición para el público de Nicaragua.

Las ideas del libro todavía permanecen como fuente de una visión crítica del Derecho penal, que permita al público de Centroamérica tomar contacto con algunas ideas que tenemos respecto de temas que consideramos fundamentales para la estructuración de un sistema de imputación de base democrática.

Ya no se puede admitir que no haya reflexión sobre los aspectos condicionantes del sistema penal. Por ello, resulta imprescindible, tanto para la carrera cuanto para el nivel de postgrado, pensar el Derecho penal a partir de importantes puntos como las funciones de la pena, la misión del Derecho penal, el bien jurídico, la teoría de la norma penal y los principios limitadores del ejercicio punitivo.

Desde el primer contacto con el profesor Sergio Cuarezma Terán, en el 2003, se ha desarrollado entre nosotros una gran amistad que ha resultado en muchas visitas de mi parte a Nicaragua. En estas ocasiones he conocido mejor el país y su pueblo, las necesidades y virtudes y, principalmente, el interés con que la gente se dedica a la construcción de un Derecho penal propio de un régimen efectivamente democrático.

Es esta la contribución de mi parte para tal construcción: no sólo el acto de poner nuestras reflexiones al alcance del público con el libro, sino también el hecho de participar activamente del desarrollo de los organismos preocupados con tal construcción no podría dejar de participar de esta nueva iniciativa de adelantar el estudio de la Ciencia Penal en Nicaragua representada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), que conforme a su Ley creadora, 604/2006, es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

A parte de ser Profesor de Derecho penal del Programa de Maestría en Derecho penal y Derecho procesal penal del INEJ, he autorizado la realización de esta nueva edición del Libro de *Introducción al Derecho penal*, cuya primera edición fue impulsada por el propio equipo de trabajo del INEJ, para que también a los alumnos del Instituto les sea permitido conocer y discutir las reflexiones sobre los temas polémicos del Derecho penal que en él se inscriben.

Agradezco, una vez más, a la iniciativa del Prof. Sergio Cuarezma Terán, por llevar adelante también este proyecto de nueva edición del libro y, en su persona, agradezco a todo el pueblo de Nicaragua que, desde el primer momento, me ha acogido en su país como si fuera un nativo.

de Curitiba para Managua, Febrero del 2008.

Paulo César Busato.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE DERECHO PENAL Y CIENCIA PENAL

1.1. Concepto de Derecho penal; 1.2. Consideraciones sobre aspectos del conocimiento penal; 1.2.1. La dogmática jurídico-penal; 1.2.2. La Criminología; 1.2.3. De la política criminal; 1.2.4. De la penología; 1.2.5. La Victimología
1.3. El modelo integrado de Ciencia penal.

1.1. Concepto de Derecho penal

Tradicionalmente se ha conceptualizado al Derecho penal como un *conjunto de normas* establecidas por ley, que describen comportamientos considerados graves o intolerables y que amenaza con reacciones represivas como las penas o las medidas de seguridad.¹ Esta noción, en un primer momento, ofrece garantías de libertad al reconocer el principio de legalidad al que se encuentra sometido el Derecho penal y separar del derecho la influencia de la moral y la religión.² Sin embargo, lo que se ofrece con esta primera concepción es tan sólo ubicarnos en el aspecto forma del tema. Detrás de ello surgen problemas como el de decidir qué comportamientos deben recibir graves castigos; sobre dónde reside la legitimidad para decidir entre lo bueno y lo malo, para luego

1 FRAGOSO, Heleno Claudio, *Lições de direito penal, Parte general*, 15ª edición Revista e actualizada por Fernando Fragoso, Ed. Forense, Río de Janeiro 1994, p. 3.

2 Cfr. KANT, Emmanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid 1954, pp. 78-80, quien advierte los peligros de la confusión entre el derecho y la moral, por lo que delimitaba estos campos al definir al derecho como coexistencia de los arbitrios según la ley general de libertad. De allí que la moral no es ni debe ser condición del sistema jurídico.

convenir en cuánto y cómo ha de consistir la represión de tales conductas,³ para finalmente observar los beneficios obtenidos al control social y a partir de ello su conformidad o crítica. Las dudas, lógicamente, están presentes en todas estas etapas. En lo que sí estamos conformes es qué se tiene que reaccionar empleando el castigo,⁴ si es que queremos sobrevivir como grupo dentro de un orden social. El caos y la propia destrucción del sistema serían las consecuencias inevitables si es que no se recurre a esta medida. En un sentido más amplio, el Derecho penal así observado se traduce en un mecanismo de *preservación del orden social*.

Ahora, el papel legitimador que le corresponde al Estado (*Ius puniendi*) es el de preservar ese orden social, que como en el caso de la criminalidad, en última *ratio*, emplea el instrumento coactivo más fuerte que es la pena o la medida de seguridad. El Estado no es absoluto al hacer uso de este poder de penar, sino su tarea legislativa se encuentra limitada por una serie de principios tales como los de legalidad, necesidad, imputación subjetiva, culpabilidad y humanidad, intervención mínima, subsidiaridad y todos los demás derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana y la necesidad del castigo.

El no atender a uno o algunos de estos límites que se le imponen al *Ius puniendi* generan voces para sustentar la legitimación o no del sistema. Como por ejemplo, podemos mencionar el porqué la ley penal no se aplica a todos por igual.⁵

De todo ello, podemos deducir que el Derecho penal es un instrumento jurídico establecido por quienes tienen la representación de la sociedad en lo legislativo y que se aplican a aquellos que las contravengan. Cosa distinta es si estas están legitimadas, sean acertadas o no, sirvan para la efectiva convivencia social, respeten la dignidad de la persona humana, se apliquen atendiendo a criterios de igualdad, si es que las penas resulten proporcionales a la gravedad

3 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal, Pare general*, 1ª edición Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 1.

4 *Ibidem*, "... una convicción social tan vieja como el mundo según la cual el premio y el castigo son instrumentos que los hombres pueden y deben emplear si es que quieren sobrevivir como grupo".

5 Cfr. LAMPE, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtsystem", en *ZSTW*, Núm. 106, 1996, p. 745, quien sostiene que "especialmente en el ámbito de la criminalidad de la empresa y de la criminalidad de estado, existe en este momento un considerable déficit de justicia penal".

de las agresiones, las penas se establezcan atendiendo al criterio de su merecimiento, etc.⁶

Sobre todo en el caso latinoamericano se debe escudriñar sobre la manipulación del Derecho penal en graves atentados a los Derechos humanos, sólo con la única finalidad de potenciar la dignidad de la persona humana y nuestras libertades.

1.2. Consideraciones sobre aspectos del conocimiento penal

Ha sido una constancia, sobre todo en el último siglo, la lucha de escuelas para tratar de imponer, siempre, una dirección metodológica en el Derecho penal.⁷ Presentándose así, la dogmática jurídico penal vigente, a decir de Muñoz Conde, “conforme a unos criterios en parte basados en el derecho positivo, en parte con miras trascendentes y fundamentos filosóficos más allá del propio Derecho penal positivo, ha ido creciendo en importancia hasta el punto de que hoy prácticamente no hay penalista o profesor de Derecho penal que no explique esa ciencia conforme a dicho método”.⁸ Sin embargo, no son pocos los penalistas que sostienen que la lucha de escuelas se ha caracterizado hasta hoy como una “lucha estéril” al asentar el estudio del objeto del Derecho penal sobre consideraciones exclusivamente dogmáticas. De allí que se cuestione la importancia y valor que se le ha dado a la dogmática del Derecho penal en estos últimos años, en detrimento de otras cuestiones más importantes y con consecuencias prácticas inmediatas, como son los problemas de la eficacia y de las clases de penas, descriminalización y criminalización como centro de gravedad de la política criminal.⁹

6 V. gr. En esta última década el ejemplo más próximo al recurso del Derecho penal no como un medio de control social sino de persecución social lo tenemos en el Perú, con los personajes como Fujimori y Montesinos quienes entre los años 1992 al 2000 organizaron todo un concierto legal y de corrupción mediante la compra de parlamentarios para mantener cautivo al legislativo; el resto es historia. En el campo penal esto tuvo sus consecuencias: incremento desmesurado de las penas, justificación de detenciones arbitrarias, uso indiscriminado de amnistías e indultos, disminución de las garantías procesales, etc.

7 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, op. cit., p. 201, se sostiene que “la llamada lucha de escuelas, entablada en Italia y Alemania, con peculiares características en cada caso, se explica por una manera diferente de concebir nuestra ciencia. El siempre insatisfecho propósito de lograr un método capaz de captar “todo” lo que nuestra ciencia supone, continúa hoy tan vivo como antaño”.

8 En todos los países con nuestra cultura jurídica la influencia de la doctrina alemana ha estado presente, fundamentalmente durante toda la segunda mitad del siglo pasado.

Indudablemente el mejor conocimiento de las ciencias sociales, incluso la consideración del derecho como una ciencia social, ubica al Derecho penal como un instrumento de control social y, por tanto, el compromiso del Derecho penal de elaborar sus categorías jurídicas y su sistema desde la preocupación por los presupuestos sociales que se derivan del mismo. De estas consideraciones surge el deseo de acercar al Derecho penal a la realidad social sobre la cual se dirige. El Derecho penal, entonces, ha de estudiarse ubicando al mismo en el marco de todo proceso de control social y del que el contenido concreto de las normas es sólo una parte.¹⁰ Caso contrario es posible que nos encontremos con “lo que es verdad jurídicamente y lo que es verdad empíricamente”.

La dogmática, la política criminal y la criminología pretenden establecer vínculos de unión entre los distintos ámbitos que la integran con la finalidad de aproximar a la ciencia del Derecho penal a la realidad sobre la cual se dirige. De allí que el regreso al viejo planteamiento de Von Liszt inspirado en una ciencia penal total resulta inevitable.

El estudio científico del Derecho penal demanda una incursión analítica del instrumento normativo de que él se sirve, a través de la dogmática jurídico-penal, un análisis de las raíces y factores determinantes de la criminalidad, el análisis de la criminalidad como un dato fáctico o una producción de la propia sociedad mediante el empleo de sus mecanismos de control, lo que remite a la criminología y un análisis de las razones histórico-sociales que viven latentes por detrás de las formulaciones penales y que les conducen de una u otra forma a un análisis de la política criminal.

Pero además, la moderna ciencia penal a partir de la pluralización de su estudio viene orientándose hacia otros campos de reconocida importancia como *la penología* donde se ocupa más detenidamente del instrumento penal y *la Victimología* donde se analiza el papel de la víctima en relación con el delito.

Vista así las cosas, el Derecho penal según su aspecto científico tiene que ser entendido de un modo más amplio que su remisión dogmática o política criminal.

9 MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro de la dogmática jurídico penal”, en *Revista Penal*, n. 6, Enero (1º semestre), Ed. Praxis, Madrid, 2000, p. 44.

10 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2ª edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 97.

1.2.1. La dogmática jurídico-penal

La expresión dogmática viene de *dogma* que se traduce en una red inquebrantable de conceptos. El positivismo jurídico marca el inicio de la dogmática penal. El objeto de análisis del Derecho penal era el derecho positivo. Los preceptos penales constituían una “realidad” auténtica, unos “dogmas inamovibles”¹¹ que era posible estudiar científicamente, de ahí su denominación. La primera tarea que tiene la dogmática jurídico-penal es la de conocer el sentido de los preceptos penales, siguiendo las pautas de una elaboración sistemática.¹² En realidad el aparato dogmático jurídico-penal, con el positivismo jurídico, era comprendido como una gramática interpretativa del Derecho penal, como una forma de interpretar el Derecho penal, de la cual era posible extraer categorías y conceptos generales que permitan la confección de un sistema ordenado para la absorción y cualificación de los hechos subsumiéndolos a las normas.

Hay que destacar que no existe una sola dogmática sino varias. Es verdad que la dogmática jurídico-penal alemana se ha impuesto en muchos países de Europa y en toda la América del Sur. También es indudable que se trata de un sistema muy bien estructurado y desarrollado a costo de mucho trabajo científico. Pero este sistema no tiene porque ser considerado el único, tampoco el mejor.¹³ Basta con decir que los países de influencia anglosajona utilizan un sistema completamente distinto, basado en la costumbre, y hay resultados también satisfactorios; con ello no se quiere optar por la preferencia a este tipo de

11 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones...*, op. cit., p. 101.

12 Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de derecho penal*, 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 185-186. Este autor presenta el esquema fundamental del método de la dogmática propuesto por FRANZ VON LISZT: 1) La redacción del jurista de las normas jurídicas (objeto de estudio); 2) deducción de los conceptos de las normas del derecho positivo, entendido como un “dogma”, y 3) finalmente es el de la construcción de un sistema, pues sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular. Por todo ello, Liszt reconoce el carácter científico de la dogmática penal por ser una ciencia eminentemente práctica.

13 Si nos remitimos sólo a Europa, los problemas por lo que afronta la Dogmática Penal alemana actualmente (diferencia entre error de tipo y error de prohibición, tripartición de la teoría del delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, la técnica del dominio del hecho, la distinción entre autoría y participación, etc.) son totalmente desconocidos en países de los cuales no podemos cuestionar su desarrollo económico, social, político y cultural, ni mucho menos el jurídico como en Francia, los países escandinavos, el Reino Unido, etc.

solución jurídico-penal por considerar que la construcción dogmática garantiza una seguridad de otro modo inexistente.¹⁴

Sin embargo, una mera “dogmática positiva”, por trascendente que sea, no puede ser un sistema lógico puro, cerrado a toda consideración valorativa, de lo contrario se conduciría hacia una “supervaloración del pensamiento lógico-sistemático”¹⁵ y con ello la “relativización de la misma”,¹⁶ tal como nos ha llevado la doctrina penal alemana durante los últimos cincuenta años.

“Si se recuerda la polémica entre los partidarios de la teoría causal y la teoría final de la acción en los años cincuenta y sesenta del siglo XX en Alemania, se tiene inmediatamente la impresión de que fue sólo una guerra civil entre, por y para juristas, cuyo resultado práctico quedó en el ámbito dogmático, es decir, intrasistemático. No diría que esta polémica no tuvo consecuencia para la dogmática jurídico penal, pero se debe admitir al mismo tiempo que sólo han sido consecuencias internas que ciertamente condujeron a un refinamiento y diferenciación de los conceptos jurídico-penales, especialmente en el ámbito de la teoría del delito, pero que apenas ha tenido importancia práctica en la legislación y la jurisprudencia”.¹⁷

En América Latina, también se vivió, en un determinado, una intensificación perniciosa del aislamiento científico en relación con las corrientes criminológicas y político criminales. Ello es así, porque antes de preocuparnos por construir una dogmática que respondiera a nuestra realidad social, nos caracterizábamos más por la fascinación de la importación dogmática. Así, por ejemplo, el positivismo jurídico se transmite hasta la doctrina penal Sudamericana de forma tan intensa a punto de generar expresiones como la de Néelson Hungria, en la conferencia inaugural del 1º Congreso Nacional del Ministerio Público, en São Paulo-1942, incitando a los penalistas a que no permitieren la interacción de la dogmática con otras ciencias: “el Derecho penal es para los juristas, exclusivamente para los juristas. Por cualquier indebida intromisión en nuestro *Lebensraum*, hagamos resonar, en toque de rebate, nuestros tambores y clarines”.¹⁸ En América del Sur esto ha producido décadas de retraso

14 Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al derecho penal con temporáneo*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 43.

15 Cfr. QUINTERO/MORALES/PRATS, op., cit., p. 202.

16 MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro...”, op. cit., p. 46.

17 MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro...”, op. cit., p. 46.

científico en el análisis crítico de la dogmática en diálogo con nuestra realidad, excepto por unas pocas voces más conectadas con la criminología.

“Que la ciencia del Derecho penal tenga por objeto fundamentalmente lo normativo no puede significar que ésta se reduzca a una mera técnica jurídica, integrada exclusivamente por elementos jurídico-positivos. Una mera dogmática positiva, por importante que sea, no puede tener la pretensión de ser considerada ciencia, fenómeno que se produjo con especial énfasis entre los seguidores del tecnicismo jurídico italiano. Si la ciencia del Derecho penal sufre tal limitación, de poco vale que, acto seguido, se demuestren las virtudes del tecnicismo, de la dogmática valorativa, o de los métodos neo-iusnaturalistas (naturaleza de las cosas, estructuras lógico-objetivas, etc.), pues el mal de raíz será irremediable en las fases posteriores del estudio; la validez de los resultados

18 BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 5ª edición, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999, p. 28, nota 9. EL MISMO describe el hecho con más detalles en el prefacio de SANTOS, Juarez Cirino dos, *Moderna Teoria do Fato Punível*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. IX-X: “Si tuviera que indicar un texto brasileño que no sólo hubiese propuesto el divorcio irremediable entre los conocimientos criminológicos y los jurídico-penales, sino también hubiese influenciado – en el foro y en la academia – diversas generaciones en ese sentido, no necesitaría en apuntar la conferencia inaugural del 1º Congreso Nacional del Ministerio Público, proferida en el Teatro Municipal de São Paulo, en 1942, por Nélson Hungria. Refiriéndose a la criminología como *hipótesis de trabajo*, Hungria ponía de relieve que su conjugación a la reflexión jurídica implicaría en la creación de un *producto híbrido, infecundo, dañino, estéril*. Una filosofía del derecho penal produciría tan sólo “*devaneos*”, y la propia historia del derecho penal – quizás el único sitio de la verdad, en todas esas construcciones – estaría reducida a mero *subsídio al estudio de las normas penales vigentes*. Podemos imaginar, en aquella fría noche paulistana – era junio -, delante del público vestido en negro, atento y respetuoso, la voz incisiva de Hungria, favorecida por la acústica del ambiente y por la paternidad del reciente Código Penal, decretando con brillo e impiedad no haber entre el derecho penal y *esa tela de Penélope que se intitula criminología ninguna afinidad o relación necesaria*. Naturalmente, no podíamos dispensar el *auxilio de otras ciencias*, que serían, claro, la medicina legal y la psiquiatría forense, desde que tratasen de *acomodarse a los criterios jurídicos* - cosa que, se diga de pasaje, era todo lo que ellas siempre pretendieran, desde su invención. En el cierre de la conferencia, la *nuestra doctrina de Monroe: el derecho penal es para los juristas, exclusivamente para los juristas* y una advertencia severa cuanto a *cualquier indebida intromisión en nuestro Lebensraum, en nuestro indeclinable espacio vital*, advertencia que, debidamente contextualizada – estábamos en 1942 – sugiere más acerca de las brumas ideológicas de aquella situación de lo que acerca de algún compromiso, que la obra fecunda del conferencista no permitiría reconocer.”

quedará condicionada apriorísticamente por una sediciosa limitación del objeto de interés del penalista.”¹⁹

Posteriormente, esa forma de entender a la dogmática, como simple reproducción de la voluntad de la ley, sucumbe por su testaruda neutralidad valorativa. En este orden, se aislaba el Derecho de la realidad social, de sus necesidades, adoptando características de una ciencia del derecho valorativamente neutra y reaccionaria, desde el punto de vista político.²⁰ Es decir, una mera dogmática positiva, por trascendente que sea, no puede ser un sistema lógico puro, cerrado a toda consideración valorativa, de lo contrario se conduciría hacia una “supervaloración del pensamiento lógico-sistemático”²¹ y con ello la “relativización de la misma”,²² tal como nos ha llevado la doctrina penal alemana durante los últimos cincuenta años. De ello, los estudios más recientes realizados por Muñoz Conde²³ ponen al descubierto los verdaderos motivos del aislamiento por la dogmática alemana de los valores ético-sociales entendida como una huida del enfrentamiento con una política social desastrosa perpetrada por el Nacional Socialismo con la cual colaboraron activamente muchos juristas²⁴ de incontestable prestigio.

Precisamente, la necesidad de la convivencia entre norma y valores ha dado lugar a constantes polémicas a fin de acercar el Derecho penal a la reali-

19 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, op. cit., p. 202.

20 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Ed. servicio publicaciones Facultad de Derecho, de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 533.

20 Ibidem.

21 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, op. cit., p. 202.

22 MUÑOZ CONDE, Francisco, “Presente y futuro ...”, op. cit., p. 46.

23 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

24 Uno de ellos precisamente fue el mismo Mezger. Comenta al respecto Muñoz Conde, que la polémica entre el causalismo y finalismo que dominó el escenario jurídico a partir de los años cincuenta del pasado siglo, en el caso de Mezger, fue una cortina de humo que sirvió para ocultar su muy aprobioso pasado en una época en la que colaboró hasta el cuello con el nacional socialismo. Después de una implicación tan brutal, cruda, directa en el nacionalsocialismo como la que tuvieron algunos famosos dogmáticos, la reacción fue subirse a los conceptos ontológicos y abstractos para evitar el compromiso con la realidad política que había tenido tan desagradables consecuencias en la etapa anterior. Cfr. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

dad social. En este contexto, surge, entonces, la Política Criminal como alternativa moderna, encaminada a desplazar a la ciencia penal valorativamente neutra. De ahí, la constante necesidad de aproximar la dogmática penal a la Política Criminal. Sin embargo, esta nueva corriente político criminal tiende a ofrecer algunas variables en comparación a como concebía von Liszt la Política criminal, con relación al Derecho penal. Decía Liszt que “el Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.²⁵ Esta posición inicial contraponía el Derecho penal a la Política Criminal, es decir, a las valoraciones humanas y sociales. Y ello se concebía así, ya que Liszt partía de que el Derecho penal no es un instrumento de configuración social, sino solamente un medio para la elaboración y ordenación de la coexistencia de las libertades. Liszt, no subordina las conquistas del liberalismo, ante las exigencias de la Sociología Criminal o la Política Criminal, ni el método jurídico abstracto y deductivo, a los propios de los métodos naturales, empíricos, ya que atribuye al Derecho penal una función garantística contra el ciudadano y de límite de cualquier programa político criminal.

De ahí que Roxin dijera que “Franz von Liszt caracteriza una relación de tensión que todavía hoy sigue viva en nuestra ciencia. Los principios empíricos en cuya base se tratan los comportamientos socialmente desviados son contrapuestos por Liszt al método jurídico (en sentido estricto) de construcción y ordenación sistemática-conceptual de los presupuestos del delito. O, dicho de forma sucinta, la frase caracteriza, de un lado, el Derecho penal como ciencia social y, de otro, como ciencia jurídica. En este carácter doble de su recién fundada “Ciencia global del Derecho penal” concretábanse, para Liszt, tendencias opuestas.”²⁶

Este esquema, actualmente, no es posible compartirlo. Es necesario que las barreras entre Derecho penal y política criminal se difuminen.²⁷ Es necesario, en principio, que la dogmática jurídico penal no tenga contradicción y que sea una herramienta útil al marco de determinadas políticas criminales.

25 ROXIN, CLAUS, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Ed. Renovar, São Paulo, 2000, p. 1.

26 *Idem*, p. 1.

27 MOCCIA, Sergio, “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Coord. de Bernd Schunemann y Jorge de Figueredo Díaz, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 73-98, p. 80, sostiene este autor, que “la estrecha relación que une las

Sostiene Jescheck,²⁸ al respecto que: “Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión del 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.”

Después de todo, un sistema penal orientado axiológicamente por principios de política criminal tiende a convertirse en una estructura dogmática próxima a la realidad social. Pero, con ello no se quiere decir que desatendamos la función garantística que impone el Derecho penal. Más por el contrario, lo que se pretende es que la política criminal asuma también una función garantística de delimitación de la intervención punitiva estatal, acogiendo todas las garantías de tipo formal y sustancial que la dogmática se ha empeñado en mantener, como tutela de las libertades individuales en una estructura socio-estatal.

A la vista de que las políticas criminales han de responder a distintas configuraciones sociales y políticas conforme los perfiles de los Estados, hay una clara tendencia a la diversificación de la propia dogmática a empezar por las interpretaciones de los conceptos, pasando por una reordenación de los mismos conceptos hasta llegar a una final gramática propia. Nuestro compromiso, en conclusión, tiende hacia una elaboración de nuestra propia gramática, acorde con nuestras realidades sociales.

1.2.2. La Criminología

La criminología constituye el máspreciado legado de la escuela positiva Italiana.²⁹ En un determinado momento histórico, coincidente con el positivismo, el Derecho penal empieza a sufrir un cambio de direccionamiento. Si hasta entonces el estudio del delito se concretizaba en el estudio de la norma,³⁰

diversas opciones ideológicas con el ordenamiento jurídico reafirma la validez de la orientación metodológica que, partiendo de la profundización de las relaciones entre política criminal y sistema de derecho penal ha acabado por dar un verdadero y notorio giro a la dogmática jurídico penal. Esta corriente doctrinal que se remonta a la elaboración programática efectuada por Roxin en Itálica, *Criminal politik und strafrechtssystem*, en 1971 y que aspiraba a restringir el tradicional divorcio entre política criminal y sistemática fijado en la ya proverbial expresión lisztiana “el derecho penal es el límite infranqueable de la política criminal”.

28 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 264-265.

pasa a ocuparse del delincuente. El hombre o delincuente constituye el centro de atención de la ciencia penal.

Los factores que se suele asociar a la criminalidad reciben redoblada atención del jurista y empieza a surgir con fuerza la criminología como la ciencia que se ocupa de los factores determinantes de la criminalidad: se analiza la criminalidad a través de las vertientes del hecho delictivo, del delincuente e incluso de la víctima. Se trata, por lo tanto, de una ciencia empírica y no meramente normativa.

La criminología de hoy en día no es la misma tal como aparece en el siglo XIX bajo el signo del positivismo sociológico, sino que ha ampliado considerablemente sus objetos específicos de estudio, todos ellos teniendo como núcleo central la criminalidad, lo cual tiende a convertirse en un importante punto de referencia para la política criminal y para la propia dogmática jurídico penal.

Pero hasta ahora no se ha definido exactamente lo que es criminología. En efecto, para utilizar una expresión de Hassemer y Muñoz Conde: “responder a esta cuestión es una de las tareas más difíciles que tiene quién se ocupa de esta rama del saber”.³¹

El situar el objeto de la criminología en el estudio de la criminalidad es decir poco, ya que ni siquiera se puede precisar lo que es “la criminalidad”: ¿A la criminalidad dependiente de lo que establecen los Códigos penales? Podemos decir entonces que la criminalidad depende de un concepto positivo: esto es falso. La criminalidad ya no puede ser reconocida meramente en el referente jurídico, es decir, los hechos delictivos que sufren las respuestas penales, pues es una descubierta de la propia criminología la existencia de “cifras oscuras” referentes a un volumen inmenso de hechos que a pesar de su aparente tipicidad no reciben respuesta del sistema penal. Tales cifras, en determinados delitos alcan-

29 Cfr. QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, MIGUEL, op. cit., p. 210; BERDUGO GOMES LA TORRE, IGNACIO; ARROYO ZAPAERO, LUIS; GARCÍA RIVAS, NICOLÁS; FERRE OLIVE, JUAN CARLOS; SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, op. cit., p. 106: se agrega que “Garófalo es quien primero utiliza el término Criminología para dar título a su obra fundamental”.

30 “[...] el Derecho penal clásico nunca ha estado interesado en las circunstancias empíricas del delito. El interés del jurista penalista ha estado, por tanto, durante mucho tiempo anclado en el saber normativo.” HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.15.

31 *Ibíd.*, p. 16-17.

zan porcentuales escandalosos. Hablar por ello de la criminología como posición auxiliar del concepto positivo de delito, es totalmente falso.

El mero comportamiento socialmente desaprobado no es reconocido inmediatamente como delito, ni tampoco toda intervención considerada delictiva es necesariamente merecedora de reproche social. De aquí que la criminología guarda con el Derecho penal, en no muy pocas ocasiones, relaciones de fricción o de irreducible oposición conforme a ciertos conceptos e instituciones admitidos o definidos por una de ambas disciplinas y negadas o rechazadas por la otra.³²

Además, aunque se considere la “conducta desviada” como el hilo común entre los supuestos caracterizadores de la criminalidad, como en general se suele considerar, este factor no es suficiente para delimitar los contornos del objeto de estudio de la criminología. Esto porque, entre otras cosas, la criminología se ocupa de las razones por las cuales una u otra conducta son consideradas desviaciones por el sistema penal y, además, cuales son los factores determinantes en esta selección de hechos que reciben el rótulo de delito. De esto último se ocupó en su momento la *criminología crítica*,³³ que estudia el mecanismo de control social ejercido por el Estado lo que permite ubicar a la ideología política de los que detentan el poder.

Las influencias biológicas, históricas y sociales determinantes del delito y de la delincuencia también son objeto de apreciación de la criminología, lo que determina que esta ciencia se tornase multidisciplinaria.³⁴

Aún más, como ya lo hemos expresado, la moderna criminología apunta hacia los objetivos declarados o no de la selección de conductas desviadas desde una posición crítica. Estos últimos enfoques fueron desarrollados principalmen-

32 QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN; PRATS CANUT, MIGUEL, op. cit., p. 213.

33 Cfr. SILVA SANCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Aproximaciones...*, op. cit, p. 19: “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 obtienen de las doctrinas del “etiquetamiento” (*labelling approach*). Según esta última, 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 discriminadora”.

te en el marco de una creciente “ola” de estudio en este campo, con el aparecer de los trabajos de los americanos Erikson, Garfinkel y Schur, los mismos que establecen las bases de la teoría del *labelling approach*, y que identifican el proceso de etiquetamiento de las personas con el estigma criminal. Ello se produce a partir de un proceso de selección de conductas en principio neutras a las que se atribuye el rótulo criminal en el ámbito legislativo, denominadas *criminalización primaria*. A continuación, se pasa a la *criminalización secundaria* llevada a cabo por todo el aparato penal que tiene como tarea la identificación y el etiquetamiento individual, concretado en el ámbito judicial.

Luego, producto de esta percepción de que el propio sistema penal “produce delincuencia”, aparece en los años 70 la denominada *criminología crítica*,³⁵ destacándose algunos trabajos posteriores como los de Alessandro Baratta³⁶ y Zaffaroni.³⁷ De ahí que Baratta manifieste que la criminología murió, víctima de su propia crítica, pues al adoptarse los postulados de la criminología crítica, significa reconocer que el Derecho penal no sirve sino como un instrumento de desigualdad social.

En su avanzada, la criminología transita a finales de los años 80 y a inicios de los años 90 por cuatro teorías que procuraron equilibrar orden social y justicia social. El primero, llamado *realismo de derecha (extrema derecha)*, destacándose el trabajo de James Wilson, el mismo que reconoce la innegable explosión de criminalidad existente, recurriendo luego al empleo de una peligrosa política criminal con presupuestos austeros para encontrar la fuente de la

34 “... la Criminología es una ciencia *fáctica* que trabaja empíricamente y emplea los métodos de varias ciencias de la naturaleza y sociales, por lo que puede denominarse “área científica interdisciplinaria”. JESCHECK, HEINZ-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal*, 4ª edición, Trad. José Luis Manzaranes Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 39.

35 ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *Fundamentos de derecho penal*, 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 193. Quien manifiesta que “se caracteriza por considerar que el delito no es una realidad natural previa a la norma que lo precede, sino el resultado de un proceso de criminalización que se lleva a cabo por órganos e instancias del control social tales como el legislador, la policía, los abogados, los fiscales, los jueces, los funcionarios de prisiones, etc., y a través del cual se “etiqueta” a un comportamiento como delito o se “estigmatiza” a su autor como delincuente”.

36 Véase, BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Búnster, Siglo Veintiuno Editores, México, D.F., 1989.

37 Véase sobre todo, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En busca de las penas perdidas; deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ed. Temis, Bogotá 1990.

criminalidad, culminando por pregonar un trabajo preventivo que se expresa en políticas como de la *tolerancia cero* en Estados Unidos.

A su lado, aparece la tendencia de *centro derecha*, la *nueva criminología administrativa*, la cual propugna la actuación o presencia de criminólogos en todas las instancias de control social, incluida en la competencia penal, ya que entienden que el hecho de su participación difumina las tendencias estigmatizantes de aquellas instancias.

Por su parte, Jack Young, ha salido de su radicalismo de izquierda y ha propuesto un punto de equilibrio entre la retórica de la derecha en el sentido de que nada funciona (*nothing works*) y el discurso respecto de la victimización que el sistema genera en las clases más pobres de la población. Para ello, su *realismo de izquierda (centro izquierda)* propone orientarse por el análisis de las causas próximas del delito, y no las distantes.

Finalmente, el *idealismo de izquierda*, representa una tendencia heredera de los radicales y críticos, que niegan la existencia de un aumento de criminalidad y se lo atribuyen a un discurso del sistema estructurado por los de derecha para justificar su interés en la represión.

En general, se puede decir que la criminología se ocupa de las causas y efectos del delito, en definitiva, de su lado empírico. De este modo, es evidente su importante contribución para el desarrollo de la Ciencia del Derecho penal y su marcada interrelación con la política criminal y la dogmática jurídico penal. Aunque es evidente después de todo no desdeñar su posible discurso manipulador, como lo hemos puesto de manifiesto.

En América Latina, sobre todo no debe ser una ciencia parcializada, que facilite el discurso al mantenimiento del “estigma” del delincuente marginal.³⁸ La Criminología debe buscar una respuesta a la infracción que no sea solamente estatal, ya sea penal, administrativa o civil. Debemos potenciar los mecanismos informales de control social que son los que más han demostrado a lo largo de la historia su eficacia preventiva como la escuela, la familia, el entor-

38 Tan sólo es necesario recurrir a los establecimientos penitenciarios de los países Latinoamericanos y comprobar cual es el nivel socioeconómico de aquellas poblaciones. Una crítica al respecto también la hace Zugaldía en España, en Fundamentos de derecho penal, ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *Fundamentos...*, op. cit., p. 196. “Por ejemplo: con carácter general, puede constatarse que el 80% de la criminalidad actual tiene que ver con el nivel de paro laboral que caracteriza a nuestra sociedad que incide particularmente en los jóvenes...”.

no, etc. Y sobre todo, hay que recoger de las modernas tendencias criminológicas, como lección principal, que así reconozcamos los fallos que presenta el sistema debemos mantener la idea de su indispensabilidad.

Es importante destacar, en definitiva, que la proximidad manifiesta por razón del “objeto” existente entre la criminología y dogmática sumerge al derecho en un análisis no sólo de valoraciones “inmanentes” a la propia dogmática jurídico penal sino de valoraciones “externas”, propias de las aportaciones empíricas de las ciencias sociales, y dentro de estas a la criminología.

La realidad social a la que se refieren las normas jurídicas no es inmutable ni está previa y claramente delimitada, sino es más compleja, rica y dinámica de lo que las normas reflejan. En este sentido, es necesario que la teoría y la praxis jurídica conozcan a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas, la realidad a la que las mismas se refieren, caso contrario están destinadas al fracazo. El *saber normativo* requiere, entonces, del apoyo e ilustración del *saber empírico* que brindan las Ciencias sociales, llámense la Sociología, la Economía, la Psicología, la Antropología o cualquier otra ciencia, de carácter no jurídico, que se ocupe de estudiar la realidad del comportamiento humano en sociedad.

Sin embargo, de todos los saberes empíricos que suministran datos para elaborar las decisiones y teorías jurídicas, el más complejo y confuso es el que tiene que ver con la criminalidad, sus causas y sus efectos. La Criminología, que es la Ciencia que debe suministrar y englobar todo ese saber, es la única que puede resolver o explicar satisfactoriamente la mayoría de los enigmas y problemas que plantea su principal objeto de estudio: la criminalidad.

En definitiva, tanto las valoraciones normativas y valoraciones criminológicas resulta inminente y debe ser asumida sin prejuicios,³⁹ pero guardándose, en absoluto, una postura prudente frente a los posibles discursos ocultos de algunas doctrinas que se jactan de avanzada. Estas valoraciones externas, que

39 Cf. SILVA SACHEZ, JESÚS-MARÍA, *Aproximaciones al derecho penal con temporáneo*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 96: Señala este autor que: “... junto a una dogmática que tradicionalmente ha dado la espalda a la criminología, se han sucedido en la criminología diversos intentos por sustituir al enfoque dogmático (valorativo-normativo, jurídico, en suma) del delito por otro ‘criminológico’ y, por ello, pretendidamente empírico. Ambas cosas resultan siendo 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 las desviaciones delictivas”.

si bien es cierto otorgan mayor contenido a la intervención penal no poseen mayor legitimidad o una *capitis deminutio* de las valoraciones jurídico-penales.

1.2.3. De la política criminal

La *multiplicidad de sentido* atribuida a la política criminal genera eventuales confusiones en la actualidad. Sin embargo, a manera de resumen podemos dividir las en dos. Por un lado, la política criminal puede ser entendida como una *actividad del Estado*,⁴⁰ en materia criminal; y, por otro lado, se le puede considerar como una *actividad científica*, que tiene como objeto el estudio de todas las fases de la actividad del Estado sobre la política criminal que adopte.⁴¹

La Política criminal como *actividad del Estado* forma parte de la política general del mismo. Dentro de un Estado de derecho, social y democrático uno de los fines que le corresponde al mismo Estado es el de ofrecer los medios para una convivencia pacífica y a partir de ella permitir el desarrollo armónico de las demás actividades del mismo.

Precisamente, con relación al fenómeno delictivo el Estado establece los *finés* que se tienen que seguir para neutralizarlos y posteriormente a ello, emplea los *medios* adecuados a la consecución de esos fines. Sin embargo, a lo que parece ser inmediatamente más eficaz, el Estado muchas veces actúa utilizando el medio de control social más drástico: el Derecho penal (“política criminal”). Pero, los ámbitos de acción de la política criminal son muchos más amplios de los que corresponden sólo al Derecho penal, como *última ratio*, ya que el Estado puede emplear medidas de política social extrapenales (“Política criminal en sentido estricto”) que pretendan incidir sobre el fenómeno delictivo o sobre los comportamientos desviados que en la mayoría de las veces son más eficaces que el propio recurso del Derecho penal.⁴²

En este sentido amplio es como se debe entender a la Política criminal. El Estado, a través de la Política criminal, establece toda la orientación a seguir a

40 En sí, el Derecho penal se presenta como un instrumento de política criminal, como un medio más de control social, y éste a la vez, es una parte de la política general del Estado, lo que convierte a aquel en un instrumento político. CARBONEL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Revisita de Ciencias penales*, Vol. 3, 2000, pp. 15-16.

41 Cfr. En este mismo sentido, BERDUGO GOMES LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPAERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones...*, op. cit., p. 103.

fin de prevenir la criminalidad. Utiliza para ello, políticas extrapenales, penales y dentro de estas es imprescindible establecer cuales son los fines y los medios que se tienen que emplear, cuales son los comportamientos que se consideran delictivos, cuales son los fines que se pretenden alcanzar con las penas a establecerse, etc.

Por otro lado, la Política criminal, también puede ser estudiada como una *actividad científica* que tiene como objeto el cómo el Estado desarrolla su actividad política criminal en sentido amplio, esto es, la determinación de sus fines que pretenden ser alcanzados, cómo emplea el recurso del Derecho penal y si es que se somete a los principios limitadores que establece el Derecho positivo. Luego de ello la *adhesión* o la *crítica*⁴³ respecto a si el Derecho positivo guarda relación con los principios limitadores.

Los principios limitadores reconocidos dentro de un Estado de derecho, social y democrático tienen que ser acogidos por la Política criminal si es que se pretende un sistema garantista a uno arbitrario.⁴⁴ Ciertamente, se puede percibir las tendencias político criminales de un determinado Estado a través del análisis de su sistema penal, ahí incluyéndose la propia dogmática jurídico penal. La definición de la política criminal, la orientación político criminal del sistema penal pasa a ser entonces determinante para el perfil del Estado.

El momento histórico vivido ahora en la América Latina parece propicio a una reflexión respecto de nuestros planteamientos político criminales. Parece necesaria, más que nunca, una política criminal orientada hacia las garantías

42 V. Gr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos...*, op. cit., p. 198, quien manifiesta que “La prevención del delito puede lograrse a través de los mecanismos extrapenales. Es paradigmático, en este sentido, un caso ocurrido en Inglaterra: las trabajadoras de una empresa situada alas afueras de una determinada población se veían obligadas a ir a trabajar antes del amanecer atravesando un largo descampado oscuro. Los delitos de violación de los que eran objeto muchas de ellas ocasionaron manifestaciones reclamando para los violadores la pena de muerte. Las violaciones se cortaron de raíz, sin embargo, iluminando el descampado de acceso al lugar de trabajo”.

43 BERDUGO GOMES LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPAERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones...*, op. cit, p. 105-106.

44 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Vol. I. Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 32-33, en este mismo sentido sostienen que “Un sistema penal como sistema garantista es consecuencia de una política criminal en un Estado Social y democrático de derecho”.

que se derivan de un Estado de derecho, social y democrático, lo cual implica una revisión de lo que se ha hecho en materia penal hasta la fecha. Principios como la libertad e igualdad tienen que estar presentes en esta revisión.⁴⁵

La política criminal no sólo debe mirar la eficacia a la consecución de sus fines, sino, detrás de ello debe observar todas las limitaciones a las que está sometido que se derivan fundamentalmente de los institutos surgidos de la ilustración,⁴⁶ de allí que Zipf sostenga que la política criminal sea una ciencia empíricamente valorativa.⁴⁷

En definitiva, debemos verificar el efectivo cumplimiento de los pilares básicos de la política criminal iluminista, es decir, el principio de legalidad, la formalización, la idea de codificación, la orientación a las consecuencias, la preocupación en impedir que el delincuente repita su hecho contrario a la sociedad, y finalmente, la protección de bienes jurídicos.⁴⁸ Una política criminal moderna, principalmente en Latinoamérica, inexorablemente debe tener en cuenta la distorsionada garantía de igualdad.

Con el fenómeno de globalización⁴⁹ ello se torna aún más evidente y se puede verificar que el factor económico impone distinciones entre las personas independientemente ya de otros factores. En este orden, empiezan a existir grupos nacionales que según el poder económico de sus países determinan una

45 CFR. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología: aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1993, quien sostiene que “en cuanto a la criminalidad del poder, es necesario hacer notar que en Latinoamérica su criminalización es inexistente, salvo muy contados casos de retiros de cobertura, en que pugnas hegemónicas o la disfuncionalidad de ciertas personas en algunas coyunturas los hace vulnerables porque en la nueva coyuntura eso es funcional para otros de mayor poder y, consecuentemente, de mayor grado de invulnerabilidad al sistema penal”.

46 V. Gr. Incluso, sólo hace falta recurrir a algunos ordenamientos jurídico penales procesales de América latina de donde se observan que se cree bueno la instauración de la figura del negocio del delincuente con el Estado a una parte de la pena: “El arrepentimiento”. Resulta éste un concepto curioso de eficacia. El que colabora actúa en lo correcto: lesiona bienes jurídicos, traiciona y lleva un premio. Lo que nos preguntamos si este mecanismo sirve para la prevención o sólo se busca hacer una justicia rápida.

47 Cf. BERDUGO GOMES LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPAERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones...*, op. cit, p. 104.

48 Así indica HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 43-45.

explotación de otros grupos nacionales. Como bien apuntado por Zaffaroni,⁵⁰ se trata de un proceso social muy similar al período colonial, pero con una sencilla diferencia, la de que el colonizador necesitaba del colonizado para mantener vivo el proceso de explotación, el globalizador no necesita del globalizado. Los excluidos componen una masa simplemente dispensable para el mantenimiento del proceso.

Los reflejos en el campo penal son evidentes. Mientras se sometán nuestras legislaciones de manera solapada a mantener el *status quo* de una sociedad desigual por donde se le mire, poco podemos hablar de una política criminal orientada a la criminalidad. El Derecho penal, en este caso, sólo es un subsistema que depende o se rige por lo que ordenan las fuerzas económicas y con ello, es fácil saber quienes serán los primeros estigmatizados como delincuentes (v.g., los delitos patrimoniales; véanse las poblaciones carcelarias).

Cuando hablamos de una reinterpretación del principio de igualdad orientado hacia una realidad concreta, ello no sólo tiene que ver con el hecho de evitar que la desigualdad y la discriminación frente a la ley penal se acreciente, sino, también, orientar toda una política general de Estado sean éstas económicas, sociales y culturales tendientes a mitigar esas desigualdades reales. Y

49 Durante los últimos veinte años hemos tenido el proceso de la globalización, que es algo que está ocurriendo en cualquier caso, no es una cosa que a uno le pueda gustar o no gustar. Lo que ocurre es que se ha identificado ese proceso de globalización con la idea del libre comercio mundial y un mercado libre incontrolado. Ello obliga a la sociedad intelectual a actuar más rápidamente respecto a la dirección y efecto de dicha dinámica. Efectos, a menudo, no previstos ni queridos, fruto de un proceso ciego, sistémico, ajeno a la voluntad de los seres humanos. La sustitución del ideal del ciudadano por el concepto de cliente, la confianza en que el libre desenvolvimiento de las fuerzas del mercado fueran a resolver todos los problemas de la humanidad, son algunos de los principios de éste fundamentalismo de mercado. No resulta paradójico, además, que en la dogmática penal algunas veces pretendan imponer una nueva concepción de lo que se debe entender por persona. En esta nueva concepción, que a nuestro juicio no parece ser muy distante de algunos planteamientos de la ética actual, se prescinde de la consideración ontológica de lo que debe ser una persona. Persona en este nuevo modelo social asentado sobre bases económicas es quien produce o quien ya no produce pero que produjo manteniendo, por ello, su calidad como tal; pero, quien no produce, ni ha producido, ni producirá no es persona. Con esta lógica imaginémosnos qué condición tendrían los que nacen con algún síndrome determinado que les imposibilita para el trabajo; no han producido, ni producen, ni producirán.

50 Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal", en *Direito criminal* n. 1, Coleção *Jus Æternun*, Coord. José Henrique Pieranelli, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 15.

ello es necesario, como acción de Estado, caso contrario cometeríamos un error si es que creemos que la política criminal puede mantener o constituirse en un valuarte del *status quo* de todo el entramado socio-político nacional.

La crítica también se centra en la fascinación por la importación dogmática que nos caracteriza, despreocupándonos por no ofrecer una gramática acorde con nuestra realidad. A nuestro criterio, la propuesta de una política criminal adecuada a la Latino América ha de reinterpretar, como mínimo, las bases político criminales del iluminismo.

La idea de formalización del Derecho penal, concretada en el principio de legalidad merece una interpretación mediante la igualdad. La formalización del Derecho penal no debe significar “formalidad”. El jurista no debe anclarse en conceptos complejos y ubicados distantes de la realidad. Las formulaciones jurídicas, justo para darse a conocer en general deben ser espejos de la realidad social, nutridas por la idea de corresponder a un sistema de garantías para todos indistintamente.

Indudablemente, si es que pretendemos aspirar a un modelo integrado de la ciencia penal, la política criminal no puede prescindir de la criminología a fin de obtener una visión más completa de la realidad sobre la cual se dirige. Datos observables como el funcionamiento del sistema, sobre las consecuencias de la sanción, sobre el comportamiento desviado, etc., resultan datos imprescindibles para el ejercicio de una política criminal seria.

La influencia de la criminología crítica es aquí decisiva y los planteamientos de un Derecho penal ciudadano, realmente social, encuentra coincidencia con muchos retos de aquella tendencia, muy bien sintetizados por Baratta⁵¹ en la idea de que una política criminal moderna debe buscar la transformación social e institucional para la construcción de una verdadera democracia igualitaria. En este sentido concurren los retos de concentrar la actuación del Derecho penal en los campos de intereses esenciales, descriminalizar al máximo disminuyendo el campo de actuación del Derecho penal en el campo del control social, abolición paulatina de la pena privativa de libertad (por ahora necesaria) y su conversión en otros mecanismos menos estigmatizantes y el desarrollo de una crítica ideológica que se contraponga al discurso manipulador de “ley y orden”.

51 Baratta, Alessandro, *Criminología crítica e crítica do direito penal*, 2a edición, Trad. Juares Cirino dos Santos, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1999.

1.2.4. De la Penología

La penología se ocupa del estudio y sistematización de las diversas sanciones penales, fundamentalmente de las penas,⁵² de las medidas de seguridad y de las consecuencias accesorias e incluso, en sentido amplio, también de medidas cautelares procesales previas a la pena, como la detención y la prisión provisional.⁵³

El estudio de la pena de manera destacada en el estudio del Derecho penal deriva principalmente de dos factores. El primero, la importancia que tienen las consecuencias jurídicas del delito por su contundencia. El segundo, que el aislamiento dogmático ha centrado su análisis especialmente en las categorías del presupuesto delictivo, dejando de lado sus consecuencias, por el innegable carácter valorativo que conllevan.

Puesta en evidencia la motivación que hubo por detrás de la llamada “Lucha de Escuelas”, se debe abogar hoy por un desarrollo de la dogmática de la teoría del delito que mire también en los aspectos penológicos los efectos de su aplicación.

Podemos remitir, en torno a trabajos como el de Zaffaroni⁵⁴ (*En busca de las penas perdidas*) o Cezar Bitencourt⁵⁵ (*Falência da pena de Prisão*), los mismos que ponen de relieve los problemas actuales de las respuestas penales. Habrá de ser el momento de valorar aún más la investigación de los expertos que nos remiten, nuevamente, al estudio específico de esta parte de la ciencia penal.

Hay que buscar alternativas a la pena de prisión y a la propia configuración actual de las medidas de seguridad. Se vive hoy un momento de transición en que ya se ha constatado los defectos que tiene la prisión, en especial su

52 V. Gr. Junto a las penas o las medidas de seguridad algunas legislaciones penales contemplan determinadas “consecuencias accesorias” dirigidas mayormente contra los entes colectivos de los cuales se sirven los sujetos para realizar actos delictivos. Algunos sostienen que estas son verdaderas penas contra los entes colectivos; ver art. 129 del C.P. español y art. 102-105 del C.P. peruano.

53 LUZÓN PEÑA, Diego-manuel, *Curso de Derecho Penal, parte General, I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 102.

54 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

55 BITENCOURT, Cezar, *Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas*. 2ª edición, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001.

efecto desocializador, y estamos en la etapa de construcción de modelos alternativos viables para responder adecuadamente al delito.

1.2.5. La victimología

La víctima, es uno de los actores del drama delictivo que hasta poco tiempo no tuviera presencia en estudios específicos.⁵⁶ El impulso en los trabajos de este campo partió de la 1ª Conferencia Internacional sobre Indemnización a las Víctimas inocentes de actos de violencia (los Angeles, 1968), del I Symposium Internacional sobre Victimología (Jerusalén, 1973) y del XI Congreso Internacional de Derecho penal (Bucarest, 1974).⁵⁷

Se ha desarrollado a partir de entonces una creciente corriente de interés con el fin de que la víctima tenga una participación más activa en todo el evento post-delictivo. Los estudios van desde el momento del suceso inicial llamado “victimización primaria”, que trata del cómo la víctima se envuelve en el hecho delictivo, hasta la “victimización secundaria” que cuida de los aspectos que siguen afectando a la víctima en todo el curso del procedimiento penal. Del estudio de la “victimización primaria”, incluso, se derivó la *victimodogmática*. En efecto, desde hace tres décadas se habla, sobre todo en la doctrina alemana, de una *Viķtimodogmatik* que pretende abordar un análisis dogmático orientado al comportamiento de las víctimas, con especial incidencia en la teoría del delito.⁵⁸ Cuestiones como el consentimiento, el riesgo consentido y la mayor o menor necesidad o merecimiento de protección de la víctima, cobra equilibrio con la mayor o menor necesidad de intervención en contra del autor.

Estas propuestas han tenido eco en América latina. Bustos Ramírez, sostiene que ha de reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos. En este sentido el proceso penal ha de ser un escenario que posibi-

56 Cfr. QUERALT, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Jesús-María Silva Sánchez (ed), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 145; También, DE VICENTE REMESAL, Javier, “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Jesús-María Silva Sánchez (ed), Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 175.

57 LUZÓN PEÑA, Diego-manuel, *Curso de Derecho Penal, parte General, I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 110.

58 LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Las víctimas ante el Derecho Penal Español”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, p. 174.

lite el encuentro entre el autor y su víctima y su reconciliación, sin desdeñar una gestión reparatoria aunque sea simbólica.⁵⁹ A todo ello, el llamado moderno Derecho penal se corresponde más con un Derecho penal a pedido del consumidor; entre uno de ellos la presencia de la víctima en el proceso y su capacidad en la solución del conflicto penal. Si es así, la función del juez corresponde a la de un simple árbitro. Ciertamente que esto no sucedería si el Derecho penal se corresponde con un Derecho penal mínimo; la presencia de la víctima con capacidad de solución del conflicto penal estaría neutralizada.

Con respecto a estos últimos comentarios nuestras reservas parciales. Piénsese, por ejemplo, en la presencia de la víctima en el proceso penal, no en su calidad de testigo, sino como representante de la acusación al lado de la Pública Fiscal. Aún más, piénsese que bajo esa probabilidad de actuación es posible, incluso, que la misma víctima pueda pedir el castigo aunque el fiscal no lo solicite. Estamos hablando, entonces, de la víctima como parte en el proceso penal.

Incluso, se pueden mencionar otras objeciones que acarrearán la incorporación de la separación o la mediación en el proceso. En cuanto a la presunción de inocencia, el sujeto activo se vería compelido a aceptar la reparación, lo que supondría, de hecho, declarar obligatoriamente contra sí mismo. Por otro lado, en cuanto al principio de igualdad, no todos los sujetos podrían ser tratados idénticamente, a la vista de sus posibilidades tanto personales como materiales de reparación a la víctima.⁶⁰

Nos preguntamos, entonces: ¿privatizamos mejor el Derecho penal?⁶¹ El Derecho penal que es el Derecho más público que existe no puede admitir de forma general tal sistema de solución de conflictos. Y decimos que no se puede aceptar de forma general porque es posible su admisión en algunos delitos como es el caso de los delitos contra el honor que se promueven a instancia de parte, y cuyo desarrollo procesal adopta todas las características de un proceso civil.⁶² Aunque, incluso, algunas doctrinas se orientan en descriminalizar⁶³

59 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Vol. I. Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 56.

60 QUERALT, Joan, "Víctimas y garantías ...", op. cit., pp. 162-163.

61 HASSEMER, Winfried, "Consideraciones sobre la víctima del delito", Trad. De Cantero Bandés, en *ADPCP*, Madrid, 1990, pp. 246 y ss.

62 LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 22 y ss.: Comenta este autor que, existe la posibilidad en el Derecho penal Español del perdón del ofendido, incluso una vez recaída sentencia, en los delitos contra el honor y abandono de

estos casos siguiendo, en estricto, las directrices que se derivan del principio de intervención mínima y del principio de *última ratio*.⁶⁴

Pero, ¿se puede pensar en su admisión para todos los casos? Piénsese, por ejemplo, en los delitos violentos. Por nuestra parte creemos que no. Dentro de un Estado de derecho, social y democrático la función del mismo Estado en materia penal es la de neutralizar a la figura de la víctima en el proceso. Pero ello es independiente de que el mismo Estado pueda desarrollar políticas sociales extrapenales que atiendan a la víctima en materias reparatorias. Sólo así creemos adecuada una política de Estado orientada a la víctima: una *política extrapenal de asistencia reparatoria*.

“Los servicios sociales, por ejemplo, pueden tener que ocuparse de las secuelas de un asalto a una persona mayor; el Municipio tiene que reparar las puertas de un robo en una vivienda; las casas de acogida de mujeres maltratadas deben hacer frente a los temores de las víctimas. De modo, nuestra medida de éxito – o fracaso en tal caso – no está referida únicamente a los niveles de criminalidad, sino a los niveles de ayuda proporcionada a la víctima.”⁶⁵

Y ello debería ser así, ya que no habría problemas si el agente que delinque es solvente, pudiendo el Juez penal de oficio pronunciar junto a la sentencia la correspondiente reparación civil. Más aún, el agraviado tiene expedito el camino procesal de prescindir del pronunciamiento reparatorio junto a la sentencia penal y hacer valer su reclamación vía proceso civil. Pero, pensemos en el caso de que los delincuentes sean insolventes o que lo sean personas que se valgan de órganos de poder Estatal o en casos de terrorismo, de cuyos ejemplos hay innumerables en América latina.⁶⁶

familia. Desde 1989 se incorpora a esta sistemática las faltas contra las personas y las imprudencias lesivas que revisten el grado de temerarias o de negligencia profesional y los daños.

63 QUERALT, Joan, “Víctimas y garantías ...”, op. cit., p. 153; comenta este autor que: “... si esta admisión se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes, ello supondría que su tipificación en los textos penales está demás”.

64 *Ibidem*, señala Queralt, que “... una llamada al principio de intervención mínima, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal”.

65 BERGALLI, Roberto, *Sistema penal e intervenciones sociales*, Ed. Hacer, Barcelona, 1993, p. 36.

66 MONTES HUAPAYA, Sandro, “Violación de los Derechos humanos por los estados, juzgamiento e imputación de los órganos de poder: caso latinoamericano”, en *Revista de direito penal y ciências afins*, Fundador Lélío Braga Calhau, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=10&id=299>; Crímenes como la masacre de cerca de 115 guerrille-

En estos casos no podemos decir que éste sea un problema entre delincuente y víctima. Indudablemente, con independencia de nuestras objeciones, la víctima es la figura olvidada a la cual no se le presta la debida atención necesaria después del evento criminal. Nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Y quien se ocupa de ellos? Para el primer caso creemos que se puede desarrollar un servicio social en el ámbito del Estado.⁶⁷ Está claro, también, que se debe reconocer las limitaciones económicas que implica un proyecto de esta envergadura, pero ello es materialmente más viable que otorgar presencia significativa a la figura de la víctima en todo el acontecer penal. En los casos segundos, bienvenida sean las políticas indemnizadoras a las víctimas de regímenes dictatoriales o a las víctimas de los delitos por terrorismo.

1.3.El modelo integrado de Ciencia penal

Hasta hace algunos años la Dogmática jurídico penal, la Criminología, la Política criminal y la penología se han presentado y desarrollado como ciencias independientes sin relación entre unas y otras. Cada una presentaba un objeto de estudio y un método independiente de las otras, y preocupadas por sostener para sí los atributos de su cientificidad.⁶⁸

Sin embargo, en la actualidad podemos sostener que existe un marcado interés hacia una ciencia penal única en la que se integran todos los conocimientos normativos, criminológicos y políticos criminales que tengan como único fin la tarea de lucha contra la criminalidad. Cada ciencia integrada, eso sí, ofrece, sin ser una menos importante que la otra, su especialidad hacia la consecución del mismo fin.

ros, jueces y otros civiles en el Palacio de Justicia de Colombia, luego del asalto efectuado por el M-19, en Bogotá, el 6 de noviembre de 1985, quedaron en la impunidad; La masacre de cerca de 300 inculpados acusados de terrorismo en tres cárceles de Lima y Callao, en el Perú. Lima, 18 y 19 de junio de 1986. Después de una farsa de Juicio, se dieron castigos mínimos a los agentes subalternos que participaron en la masacre; El asesinato de más de 100 indígenas wayuu, en la cárcel de Maracaibo, Venezuela, el 3 de enero; de 1994, según denunció Amnistía internacional; La desaparición forzada de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad “La Cantuta” y el homicidio calificado del 16 personas en Barrios Altos en el Perú, durante el Gobierno de Fujimori.

67 ALONZO, Benito, “Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España”, en *La Ley* (3), Madrid, 1988, pp. 885 y ss.

68 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, (1993, 3ª Ed.) *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, p. 199.

En su momento, Von Liszt advertía sobre las fricciones o tensiones existentes entre la idea del Estado de derecho y el Estado social, entre las garantías de las libertades individuales y las funciones preventivas del Estado con relación a la Criminalidad.⁶⁹ Pero, si el Estado desea ejercer una política criminal estableciendo qué conductas deben tipificarse como delictivas, cómo deben preverse y cumplirse las sanciones para alcanzar los fines preventivos, etc., para ello debe conocer el manejo de la dogmática jurídico penal⁷⁰ y no sólo ello, sino someterse a todos los principios garantistas que se establecen en un Estado de derecho, social y democrático; así también, debe de acoger a todo el panorama científico que le ofrece la criminología ya que esta ciencia al permitir el acceso científico a la realidad humana y social (psiquiatría forense, sociología, etc.) ofrece técnicas más oportunas a la consecución del control social y con ello la prevención del delito.

“El desarrollo de la criminología, su multiplicidad metodológica, y la diversidad de sus orientaciones políticas, permite afirmar la superación definitiva de la antigua pregunta de en qué puede ser útil la Criminología al Derecho penal, e incluso hay que señalar que a veces tal interrogante puede haberse invertido. El análisis empírico que realiza la criminología sobre el delincuente, el delito o sobre el control social que desarrolla el Derecho penal como subraya Hassemer- tiene que atribuirle a sus resultados una función de legitimación de las normas penales, en el sentido de que si estas se promulgan con una pretensión de incidencia sobre la realidad social, su legitimación ha de venir a través de la constatación del cumplimiento de los fines a que las normas obedecen”.⁷¹

Todos estos aportes científicos de la criminología tienen que pasar por el filtro de la política criminal (análisis valorativo). Luego, si es que se cree oportuno recurrir al Derecho penal, de ello se ocupará el estudio de la dogmática jurídico-penal. De la forma de elección de una determinada pena, la determi-

69 BERDUGO GOMEZ/ARROYO/GARCÍA/FERRE/SERRANO, op., cit., p. 108.

70 La dogmática por sí sola, como venimos sosteniendo, no es suficiente. Ella tiene una relevante importancia, incluso, desde una perspectiva político-criminal. Es decir, constituye una garantía o límite frente al ius puniendi Estatal, en cuanto “pone de relieve características de precisión, determinación, claridad en la complejidad, diferenciación de niveles conceptuales y coherencia en la teoría del delito”, Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan, “Principios fundamentales de un Derecho penal democrático”, en *Ciencias Penales, Revista De La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, marzo, 1994, año, 5, N° 8. Su publicación Web, en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2008/bustos08.htm>, p. 1.

71 ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos*, op. cit., p. 200.

nación de su ejecución y su posterior análisis empírico sobre su eficacia o efectos de la misma será objeto de estudio de la penología.

Mediante un sistema integrado de la Ciencia penal en donde cada ciencia que la integra aporte con su especialidad, permitirá una visión más completa sobre el fenómeno criminal y a partir de ello su prevención.

Bibliografía utilizada em este tópico: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2ª. Ed., trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2ª ed., Barcelona: Praxis, 1999; BERGALLI, Roberto. *Sistema penal e intervenciones sociales*. Barcelona: Ed. Hacer, 1993; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001; BUS-TOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, Vol. I. Madrid: Trotta, 1997; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, Parte general*. 15ª ed. revista e atualizada por Fernando Frago-so, Rio de Janeiro: Forense, 1994; HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo e responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., Trad. José Luis Manzaneres Samaniego, Granada: Comares, 1993; LAMPE, Ernst-Joachim. “Systemunrecht und Unrechtsystem”, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 106. Berlin: W. de Gruyter, 1996; LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “Las víctimas ante el Derecho Penal Español”, em *Estudios Penales e Criminológicos*, XXI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1998; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996; MOCCIA, Sergio. “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, p. 73-98, em *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, coordenação de Bernd Schunemann e Jorge de Figueredo Dias. Barcelona: Bosch, 1995; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre el causalismo e el finalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000;

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Presente e futuro de la dogmática jurídico penal”, em *Revista Penal*, n. 6, janeiro (1º semestre) de 2000, p. 44-51, Madrid: Ed. Praxis, 2000; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996; ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Ed. Ronovar, 2000; ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal e el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La Globalización e las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”, em *Direito criminal* n. 1., Coleção *Jus Æternun*, coordenação de José Henrique Pierangelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

CAPÍTULO II

MISIONES DEL DERECHO PENAL

2.1. Generalidades respecto de las funciones y misiones del Derecho penal;
 2.2. Las misiones del Derecho penal; 2.2.1. Posición de la criminología crítica;
 2.2.2. Misiones del Derecho penal; 2.2.2.1. La misión de reforzamiento de los valores éticos-sociales de la actitud interna; 2.2.2.2. La Misión de confirmación del reconocimiento normativo; 2.2.2.3. La misión de defensa de Bienes Jurídicos; 2.3. Función simbólica del Derecho penal.

2.1. Generalidades respecto de las funciones y misiones del Derecho penal

Una de las preguntas a las inicialmente nos debe responder el Derecho penal es: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas?

En primer lugar debemos precisar que la doctrina mayoritaria suele emplear la palabra *funciones* del Derecho penal para justificar lo que en el plano del *debe ser* tiene que reflejar el Derecho penal. Sin embargo, la acepción del término no es bien empleada por cuanto en el lenguaje sociológico se entiende por función la suma de las consecuencias objetivas de una cosa,⁷² lo que en el Derecho penal sería los efectos objetivamente reales, aunque no deseados del sistema. Por ello la utilización del término *misiones* para denominar a las consecuencias queridas y buscadas por el sistema penal.

72 Cfr. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a l Criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 99.

En efecto, la distinción es prudente en la medida en que es fácilmente constatable que las “funciones” del Derecho penal no siempre coinciden con sus “misiones”. La tarea de jurista, del operador o del estudioso del Derecho penal consiste, sobre todo en intentar aproximar, tanto cuanto sea posible, las funciones de las misiones del Derecho penal.

Además, es sumamente importante tener claro lo que son las misiones y funciones del Derecho penal, no solo para permitir su adecuada interpretación crítica, sino también para dar una configuración correspondiente con tales fines a la dogmática jurídico penal. Es decir, de las *misiones* que se atribuya al Derecho penal se determina la configuración que debe tener su aspecto objetivo y de las *funciones* que se reconozca en el Derecho penal depende la visión crítica del propio sistema.

2.2. Las misiones del Derecho penal

Se ha dicho mucho sobre las misiones que debe cumplir el Derecho penal, siendo dominante la opinión que las relaciona con la defensa de bienes jurídicos. Sin embargo, como lo manifestamos anteriormente, es bueno distinguir entre función y misión del Derecho penal. Precisamente la criminología crítica puso atención a aquellas funciones que realmente cumple el Derecho penal, calificando al mismo como tributario al mantenimiento del sistema social vigente.

Aunque se ha criticado esta posición, en el sentido de que el Derecho penal no tiene la fuerza suficiente para sostener a todo un sistema social dado, no es menos importante el considerar varios de sus postulados para observar los propósitos de utilidad que muchas veces oculta el Derecho penal. Por ello creemos conveniente abordar la posición que adopta la criminología crítica, para luego ocuparnos de las misiones que creemos le competen al Derecho penal, para finalmente ocuparnos de la función simbólica que está cumpliendo el Derecho penal en la actualidad por consecuencia de lo que se hace llamar el *moderno Derecho penal*.

2.2.1. Posición de la criminología crítica

La moderna criminología crítica puso de relieve algunas de las funciones del Derecho penal como consecuencia, fundamentalmente, del auge de las ciencias sociales.

Las teorías del conflicto, el pensamiento marxista y el *labelling approach* lo ponen bastante claro demostrando que el sistema del Derecho penal sirve a la mantención de una estructura social vigente.

Para el *labelling approach* no hay conducta delictiva *per se*, por su nocividad social, sino la mera elección de lo que debe ser considerado criminal. Es decir, se sostiene que las conductas son neutrales, pero que los mecanismos judiciales eligen de las capas más humildes de la población a las personas que deben ser estigmatizadas con el rótulo de criminales.⁷³

Las críticas a esta posición se centran en que el Derecho penal no tiene la suficiente fuerza para permitir el mantenimiento de todo un sistema social vigente, pero evidentemente, a manera de verificación, conviene constatar las características socioeconómicas de las poblaciones carcelarias de los países de América latina y comprobar que el más del noventa por ciento de la población carcelaria pertenecen a las capas sociales más deprimidas económica y socialmente. Es decir, evidentemente no incumbe al Derecho penal la tarea de modificación de las estructuras de poder, pero es absolutamente deseable que él no sea un obstáculo a la consecución de los ideales iluministas.

Coincidimos con la crítica que hace García-Pablos de Molina⁷⁴ al decir que es “Mala política la que dinamiza el cambio social a golpe de Código Penal”. Sin embargo, no es menos importante el considerar varios de sus postulados para observar los propósitos de utilidad que muchas veces oculta el Derecho penal, en detrimento de la persona humana.

Por ello, estas teorías han refutado, ante todo, la vigencia del *principio de igualdad*.⁷⁵

“En, efecto, en tales relaciones han pretendido encontrar estas teorías no ya la base de la desigual distribución de los “status” de criminal, sino también la de la desigual distribución entre los diversos grupos sociales del poder de definición, del cual aquellos “status” y las propias “definiciones” legales dependen”.⁷⁶

73 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, Tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 1999, p. 1051.

74 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 100.

75 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 100.

76 *Ibíd.*

Evidentemente, aunque no la tomemos como referencia absoluta, algunos puntos levantados por la teoría del *labelling approach* deben ser aprovechados. Así la evidencia de que el sistema penal es estigmatizante⁷⁷ y la conclusión por la existencia de una desigualdad social que produce decisiones dispares y por ello injustas, en el seno del aparato judicial.⁷⁸

No son pocas las voces que reclaman en el contexto latinoamericano un mayor acercamiento al Derecho penal con el principio de igualdad y del Derecho penal mínimo. Sólo con un Derecho penal de mínima intervención, se puede minimizar los efectos de la división de poder en todos los ámbitos.

Zaffaroni⁷⁹ refiere al hecho de que el contexto latinoamericano tiene un argumento de refuerzo para pugnar por un Derecho penal mínimo, que es el

77 GARCÍA- PABLOS, Antonio, *Tratado de criminología*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 1053, al respecto manifiesta que "... las numerosas investigaciones llevadas a cabo los últimos años sobre la efectividad del Derecho penal y sus consecuencias jurídicas, ante todo, sobre la pena privativa de libertad – ("desviación secundaria", "reincidencia", etc.), han desmitificado el supuesto impacto bienhechor, rehabilitador y resocializador de la pena reina, y con él, el principio de prevención de la criminología tradicional. Tales investigaciones han demostrado, antes bien, que no castigamos para resocializar. Que no es éste el motivo de que se criminalicen ciertos comportamientos desviados. Todo lo contrario: que la pena no resocializa, sino que estigmatiza; no limpia, sino mancha (¡como tantas veces se recordó a los expiacionistas!). Y que, a menudo, es más el hecho de haber cumplido una pena que la propia comisión del delito lo que implica el mayor demérito a los ojos de la sociedad. Que debía ser ésta, en puridad y no el delincuente, la necesitada de resocialización".

78 La teoría Marxista también ofrece su posición crítica al preconizar que el Derecho penal se presta a mantener una estratificación social predeterminada de la distribución del poder, llevándola a cabo a través de la actuación de los distintos subsistemas, el policial, el judicial y el penitenciario, con la finalidad de explotar a la clase proletaria: el *sistema policial* sólo obedece a un reglamento normativo impuesto desde arriba. Propia su función la de cumplir con la legalidad no escatiman en que sus actos muchas veces resultan violentos, volcándose muchas veces contra ellos mismos; *Los integrantes del sistema judicial*, al igual que el primer bloque, también pertenecen a la clase media. A estas personas, según la teoría Marxista, se les distancia artificialmente de sus orígenes y se les identifica con nuevos paradigmas que, al final, no les pertenecen ni pertenecerán. Sencillamente se les contenta con una pequeña parcela del poder. Se les impone el manejo de un lenguaje distinto al de sus orígenes con la finalidad de distanciarlos aún más y permitir que se sientan recompensados por el sistema. En este orden, se les encarga la tarea de juzgar a los seleccionados de las poblaciones más humildes con el manejo de un instrumental préconfigurado a su estigmatización.

79 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y PIERANGELLI, José Henrique; (*Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 3a edición, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 80: comenta este autor que: "En nuestro contexto latinoamericano, se presenta un argumento de refuerzo en favor de la 'mínima intervención del sistema penal'. Toda la América está

nuestro derecho al desarrollo. Sólo con un Derecho penal de mínima intervención, se puede minimizar los efectos de la división de poder en todos los ámbitos.

Un acercamiento a un Derecho penal comprometido más a lo social tiene que reinterpretar el principio de “igualdad”. La comprensión y el trato efectivamente igualitario es la única posibilidad de mantenerse la libertad. En otras palabras, es difícil que sea libre quien es desigual económicamente.

Es cierto que en finales de los años 80 y en la década de 1990 operaron cambios fundamentales en los sistemas Constitucionales de los países Latino Americanos, tales como Brasil (1988) Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). Entre uno de los más importantes cambios cabe resaltar el reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado. Con ello, se abandona la doctrina jurídica tradicional basada en el monismo jurídico y la identidad del Estado-Derecho. Este cambio, en particular, aunque sea formal, ayudó a reconocer una igualdad cultural o la asimilación de todas las culturas como un proyecto político, compatible con una concepción de Estado democrático que obliga en lo posible a poner el derecho al servicio del ciudadano asociándose, al respecto, el principio de igualdad.

Cuando se habla del carácter pluricultural de una nación no sólo se hace referencia a la cultura indígena, con fuerte presencia en los países latinoamericanos, sino a todas las culturas que puedan cohabitar en un país. En este orden, el art. 2, inc. 19 de la Constitución política del Perú proclama que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. Incluso, el art. 149 de la Constitución dispone que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los Derechos fundamentales de las personas. De alguna manera, el reconocimiento al uso alternativo del Derecho consuetudinario implica una relativa integración al sistema oficial: “siempre que no violen los Derechos fundamentales de las personas”.

sufriendo el resultado de una agresión a los Derechos Humanos (que llamamos de *injusto jushumanista*), que afecta a nuestro *derecho al desarrollo*, que se encuentra consagrado en el art. 22 (y disposiciones concordantes) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este injusto jushumanista de violación del nuestro derecho al desarrollo no puede ser obstaculizado, una vez que pertenece a la distribución planetaria del poder. Todavía, se hace necesario resguardarse de sus efectos”.

Piénsese, por ejemplo, “que los árabes musulmanes, residentes en nuestros países, practiquen la obloción del clítoris de las niñas por constituir una de sus pautas culturales”,⁸⁰ o que se regresen a los castigos corporales que practican, aún, otras culturas, etc. En cierta medida, si es que se presentan estos casos, habrá que analizar cada caso en particular a cerca de cuál es la concepción que sobre los Derechos fundamentales tiene tal sujeto con relación a su grupo cultural. Ello debe ser así, si es que se entiende por culpabilidad a la atribución de “reproche individualizado”, ya que si en la esfera de la antijuricidad se supone tratamiento de lo “igual como igual”; en cambio, en el ámbito de la culpabilidad se desenvuelve bajo criterios valorativos de tratar lo “desigual como desigual”.⁸¹ Obsérvese, de antemano, que esta toma posición implica el apartarse de la teoría general del delito en cuanto parte del baremo del *hombre medio*, o también de la teoría de la motivación, en cuanto parte del baremo de la *motivabilidad normal*. Pero, también nos apartamos de las teorías preventivas, las que ya no partiendo del criterio del hombre medio o de la presunción de la motivabilidad normal, corren en dirección similar generalizadora al partir del criterio de la “necesidad de pena”.

Después de todo, lo que en principio se trata de evitar es que el Estado no patrocine pautas de homogeneización cultural, sean estas idiomáticas, religiosas o la oficialización de una sola cultura. Lo que se busca, en definitiva, es que se reconozca esa diferencia pluricultural, constituyendo las únicas pautas que permitan la convivencia entre todos los grupos los Derechos fundamentales. Ello debería ser así en conjunción con la garantía Constitucional de igualdad que reconoce cualquier Estado de derecho, social y democrático.

Por otro lado, desde una perspectiva estrictamente socioeconómica es posible también, observar disfunciones en relación con el principio de igualdad. Por ejemplo, en el *principio de lesividad* también se requiere considerar la realidad sobre la cual se opera. Una realidad nuestra que a la postre resulta desigual y discriminatoria. En primer lugar, es evidente observar una desigual distribución de bienes en realidades como las nuestras con lo cual, de inicio, se

80 HURTADO POZO, José, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, en *Derecho penal*, revista electrónica de la Asociación peruana de Derecho penal y de Université de Fribourg, <http://www.unifr.ch/derechopenal>, Suiza, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/HurtadoPozo1.pdf>, p. 1.

81 TORÍO LÓPEZ, Angel, “El concepto individual de culpabilidad”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Nro. 28, 1985, Enero-Abril, Madrid, pp. 285 y ss.

coloca a la mayoría social en situación marginal al principio de lesividad. Ello, indudablemente, se traduce en el plano positivo al observarse una *desigual repartición de intervención punitiva*, recayendo en el gran sector marginal la carga del sistema penal.

Finalmente, ya en el plano procesal, según estudios empíricos, se pone en evidencia que el sistema de control social también opera de forma selectiva y discriminatoria. La contundencia con la que deben operar los sujetos que ponen en marcha el aparato incriminador no es igual de contundente en los delitos de cuello blanco en comparación con los que cometen delitos contra el patrimonio, por ejemplo. Las razones son muchas: poder económico, poder político, prestigio de sus autores, etc. Habrá entonces que evitar que estas disfuncionalidades se extingan y perseguir con la misma contundencia cualquier delito ya que la ley se debe aplicar a todos por igual. El establecimiento de las misiones del Derecho penal pasa por el reconocimiento de sus desviaciones objetivas y una correcta percepción de sus misiones según la perspectiva de los ideales democráticos.

2.2.2. Misiones del Derecho penal

Se han sostenido diferentes posiciones en cuanto a cual es la misión que el Derecho penal debe cumplir. La opinión mayoritaria considera que la misión del mismo consiste en proteger bienes jurídicos ante posibles lesiones o puestas en peligro.⁸² Estos permiten asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, a fin de garantizar los caracteres principales e indispensables de la vida

82 ROXIN afirma que “[...] la tarea del Derecho penal se sitúa en la protección de la libertad y de la seguridad social del individuo así como en las condiciones de existencia de la sociedad; dicho de forma gráfica: el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de un daño a la sociedad no evitable de otro modo. La tarea del Derecho penal fue limitada, como a menudo se dice hoy, a la “protección subsidiaria de bienes jurídicos”. ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 21; en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, parte General, I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 68; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op.cit., p. 88; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 105; admitiendo la tesis del bien jurídico desde que desmitificada por el paradigma criminológico, BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 5ª edición, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999, p. 114.

en comunidad.⁸³ Welzel da un paso más. Considera que la misión del Derecho penal es proteger los valores elementales de la actitud interna de carácter ético-social, y sólo en la medida en que está incluida en ellos la protección de bienes jurídicos; por su parte Jakobs, considera que la misión de la pena Estatal es la confirmación del reconocimiento normativo.

Más recientemente, cierto sector doctrinal señala una doble misión del Derecho penal: protectora y motivadora. Según este criterio, la norma penal actúa protegiendo las condiciones mínimas elementales para la convivencia y motivando, a la vez, en los individuos su abstención a dañar esas condiciones mínimas. De ahí que protección y motivación se erigen como las dos misiones inseparables e interdependientes de la norma penal.⁸⁴ Finalmente, otros, por su parte, identifican la misión del Derecho penal con la misión de sus medios, la pena y la medida de seguridad. La pena, en estos casos, tendrá como misión la realización de la justicia a través de la retribución o, ya sea, a través de prevención general o prevención especial, o por la combinación de estas concepciones- teorías mixtas-; la medida de seguridad, por su parte, cumple una exclusiva prevención especial.

2.2.2.1 La misión de reforzamiento de los valores éticos-sociales de la actitud interna

Welzel atribuye una doble misión al Derecho penal: sin negar la misión de protección de bienes jurídicos agrega la misión de protección de los *valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social*.⁸⁵ Con Welzel la misión del Derecho penal se convierte en tema secundario, “más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia, (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad.”⁸⁶

83 MORILLAS CUEVAS, L; RUIZ ANTON, L.F. *Manual de Derecho penal. Parte general*, I. Introducción y Ley penal. Dirigida por Manuel COBO DEL ROSAL, Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 1992, p. 30.

84 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal español*, Barcelona, 1975, pp. 47 y ss.

85 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán*, Parte General, 11ª Edición, 4ª Ed. Castellana, Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile: Santiago, 1997, p. 2.

86 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán*, Parte General, 11ª Edición, 4ª edición, Castellana, Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile: Santiago, 1997, p. 3.

La idea de garantizar la inviolabilidad de las normas elementales que componen un mínimo ético social, preconizada por Welzel⁸⁷ y seguida por Cerezo Mir,⁸⁸ Stratenwerth⁸⁹ y Jescheck,⁹⁰ por citar algunos, se centra en la idea de que incumbe al Derecho penal influenciar en la conciencia ciudadana a fin de vincularlos a las normas ético-sociales y a través de ello, la protección de los bienes jurídicos⁹¹ para orientarla, *pedagógicamente* a la protección de los bienes jurídicos esenciales.

En cierta medida, la posición de Welzel puede ser entendida como una posición preventivo general, ya que la norma penal tendría como misión motivar respecto a la afección de los valores ético-sociales, es decir, por intermedio de la norma se perseguiría integrar a las personas hacia determinados valores.

Al respecto, conviene hacer una pregunta, si es que el Derecho penal como medio de control social cumple con su misión de control social con sólo el pretender incidir en la actitud interna de las personas a fin de reforzarles los valores ético sociales.

87 “Estos valores del actuar conforme al derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir, legal, no necesariamente moral) constituyen el transfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El Derecho penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas.” WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán*, Parte General, op. cit., p. 2.

88 “El delito es, pues, desde el punto de vista material, una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y constituye una grave infracción de las normas de la ética social o del orden político o económico de la sociedad.” CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, parte general, I*, 5a edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 19.

89 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, trad. de la 2ª edición, alemana de 1976, por Gladys Romero, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pp. 2-20.

90 “La misión del Derecho penal no se encaja sin contradicciones en una construcción monista, de forma que sólo puede explicarse razonablemente en tanto la *protección del bien jurídico y la actuación sobre la voluntad de acción* de los ciudadanos se entiendan como tareas equivalentes del Derecho penal que se complementan, condicionan y limitan recíprocamente.” JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho penal- parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 7.

91 En cierta medida, esta misión del Derecho penal resulta parecida a la que adoptara Antolisei, quien sostiene que la misión del Derecho penal no sólo es la de ser tutor de orden público, sino además la de ser maestro y educador del pueblo. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Milano, 1975, pp. 3-4.

Es verdad que Welzel, según bien alerta Muñoz Conde⁹² diga que tal orientación a los patrones mínimos indispensables ético-sociales se promueve a través de la protección de bienes jurídicos, pero no se puede dejar de alertar las flagrantes diferencias existentes entre una y otra orientación. Es muy diferente la pretensión de proteger los bienes jurídicos fundamentales, simplemente a través de la punición de las lesiones o puestas en peligro de ellos y la intención de hacer la introyección de tales convicciones en las personas, teniendo como referencia primordial el reforzamiento de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social.

Además, de ello derivarían consecuencias extremadamente negativas para la teoría del delito, pues aunque Welzel alerte respecto que la adopción de tal misión para el Derecho penal no implica el castigar intenciones, el propio Jescheck pone de manifiesto la idea de poner en segundo plano la protección de bienes jurídicos. Si ello es así, una desvaloración exclusiva de la conciencia ético-social contraria al Derecho no podría justificar penas distintas para la tentativa y el delito consumado. En este orden, entonces, se adelanta la punibilidad y basta para ejercer la coacción penal el desvalor del acto.

Por su parte Hassemer, reinterpreta a Welzel manifiesta que éste autor no pospone la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal, sino que lo coloca en un plano más amplio y, concretamente, en un plano social ya que la protección de los bienes jurídicos se consigue a través de la protección de los valores de la acción de carácter ético social más elementales.⁹³ En consecuencia, sólo estaría vetado la protección de los valores ético-sociales que no tengan como base la presencia de un bien jurídico.

Creemos insuficiente, como misión principal, revestir la función del Derecho penal la de incidir sobre los valores de la acción ético-social, una especie de maestro o educador del pueblo, a fin de vincularlos a las normas ético

92 “Se ha reprochado a Welzel que da un componente excesivamente ético al Derecho penal ignorando su misión protectora de bienes jurídicos. Este reproche es en parte fundado, en cuanto Welzel menciona como valores de la actitud interna de carácter ético-social conceptos como fidelidad, obediencia, dignidad de la persona, etc.. Pero ya no lo es tanto, en la medida en que Welzel también considera que “la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético-sociales...” En HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología...*, op.cit., p. 100.

93 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología ...*, op.cit., pp. 101-102.

sociales, cuando esa función le compete a otras esferas del control social como la familia, la escuela, la universidad, etc. Si es que consideramos que sólo se recurre al Derecho penal en última *ratio*, la misión del Derecho penal tendría que ser otra; la de defender bienes jurídicos. Otra cosa es si que con ello se incide, además, al reforzamiento de los valores ético-sociales.

2.2.2.2. La Misión de confirmación del reconocimiento normativo

En cambio Jakobs⁹⁴ considera que la misión de la pena estatal es la prevención general confirmando el reconocimiento normativo. Jakobs parte de la “no fidelidad al derecho” para obtener el fin del Derecho penal que es el de confirmar el reconocimiento normativo y preservar la confianza en la norma.

La posición de Jakobs, evidentemente, representa la de una prevención general radical. La motivación de la norma no tiene en cuenta al bien jurídico, sino sólo su propia validez y, por tanto, a diferencia de Welzel, no tiene en cuenta a los valores ético-sociales, sino a los valores que se imponen por el poder penal.

La propuesta del catedrático alemán, seguida por algunos, es identificar la misión del Derecho penal en la búsqueda de la estabilidad normativa a través de la confirmación de vigencia de la norma atacada por el comportamiento desviado, que se hace con la aplicación de pena.⁹⁵ Para él la infracción normativa es una “desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar

94 “Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”. JAKOBS, GÜNTHER, “*Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición corregida, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 14.

95 “Un hecho penal - [...] – no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo en Derecho penal, como no enseña la punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien. De nuevo, de forma paralela a lo anterior, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de delitos se encuentran con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma.” JAKOBS, GÜNTHER. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Rechtphilosophisches Seminar der Universität 53113 Bonn, 1999*, Trad. Teresa Manso Porto, p. 12-13.

a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación.”⁹⁶

La opción por la confirmación normativa tampoco es satisfactoria. No se niega que la propia protección de bienes jurídicos hace estabilizar la norma, pero ello es a consecuencia de un efecto secundario. Desde una perspectiva sistémica, dice Jakobs, “no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento.”⁹⁷

No podemos concordar con esta posición ya que el centro del Derecho penal debe ser justamente el individuo y no la norma, como pretende Jakobs.⁹⁸ Para entender la propuesta de Jakobs sólo hace falta un ejemplo: mientras que en un Derecho penal que tiene como misión la defensa de bienes jurídicos se protege el bien jurídico de la vida; en cambio, en un Derecho penal que busca la estabilidad de la norma sólo y únicamente se busca ello: “la confirmación de la norma”. Nos preguntamos: ¿y qué del valor vida?

Ciertamente que con esta posición de misión del Derecho penal se puede justificar la intervención de cualquier sistema. Sostiene Hassemer que “naturalmente no es esto lo que pretende esta teoría como tampoco lo pretende ninguna de las teorías preventivas actualmente existentes en nuestro ámbito cultural; pero, en cierto modo, este es un peligro al que están expuestas cuando fundamentan las normas penales con la confirmación del reconocimiento normativo”.⁹⁹

96 JAKOBS, GÜNTHER, “*Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*”, op.cit., p. 13.

97 *Ibidem*, p. 13-14.

98 “[...] los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un “sistema físico-síquico” (G. Jakobs, 1983, 385), al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.” BARATTA, Alessandro, “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. En *Cuadernos de política criminal*, n. 24, pp. 533-551, Edersa Ed.es de Derecho reunidas, Madrid, 1984, p. 537.

99 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op .cit., p. 103; También esta teoría ha sido criticada en Alemania (cfr. Hassemer, *Fundamentos*, 271, 1), como en España (Baratta, ADP, 1984; Muñoz Conde, *Control social*, pp. 26 ss., 122; Terradillos Basoco).

En la medida que su objetivo sea la integración de las personas al sistema es razonable colegir que no hay nada más allá del sistema, que las personas son tales en cuanto estén en el sistema y que el sistema está por encima de las personas, con lo cual se subordina a la persona frente al Estado.

2.2.2.3. La misión de defensa de Bienes Jurídicos

Existe cierta unanimidad en admitir como misión esencial del Derecho penal la función protectora. Sin embargo, el problema surge cuando se pretende clarificar el contenido de semejante afirmación. Actualmente con la proliferación de dispositivos penales propio de lo que se hace llamar el nuevo Derecho penal nos encontramos con bienes jurídicos que hasta algunos años no podían ser considerados como tal, por ejemplo, el medio ambiente. Sin embargo, esta discusión es más garantista, en cierta medida, en comparación con los que reconocen como misión del Derecho penal a la de estabilización de la norma.

Por ello, es preferible la opción por establecer como misión del Derecho penal la garantía de bienes jurídicos. Como hemos venido sosteniendo, la intervención del Derecho penal en la vida social es siempre violenta y cargada de efectos indeseables, de donde deviene su carácter fragmentario. El Derecho penal debe intervenir solamente cuando la convivencia se vuelve insoportable. Y ello ocurre cuando el ciudadano ve que los bienes jurídicos esenciales para su supervivencia y desarrollo personal son atacados por alguien.

Aún así, se puede intentar argumentar que la intervención en el sentido del establecimiento de patrones ético-morales o de estabilización normativa producen, al final, los mismos efectos. Pero, no es cuestionable si esas misiones de reforzamiento de los valores ético-sociales reconocen en su estructura base de la norma la presencia de un bien jurídico. Se cuestionaría sólo la protección de los valores de la acción y de la actitud interna flotante cuya lesión no tiene referencia alguna con un bien jurídico. De esta misión en especial nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

2.3. Función simbólica del Derecho penal

Las garantías que se habían conseguido por una lucha de años y que constituían la base de toda la construcción dogmática del Derecho penal llamado clásico estas siendo erosionados por el llamado moderno Derecho penal. Un Derecho penal cargado de inconsistencias y de constantes fricciones al reconocimiento de las garantías surgidas de la ilustración que se traducen, incluso, en el campo procesal: V.gr. la aceleración y facilitación de procedimientos y la agilización de la instrucción.

Al cambio social también quiere recurrir el Derecho penal: ejemplos como los de la *elección de bienes jurídicos* que se ha de proteger, que transforma la tutela de protección de bienes a la tutela de funciones¹⁰⁰ (V. Gr. Orden económico, medio ambiente, seguridad en el tráfico, etc.), convirtiéndose en un camino muy arriesgado al ampliar el campo de intervención penal discriminando la función de carácter subsidiaria que debe cumplir el Derecho penal. En cierta medida, estos nuevos bienes jurídicos sirven de instrumento al servicio de una mayor capacidad de intervención por parte del *ius puniendi*. Por consiguiente, es ajena a la función garantista que el bien jurídico en sentido real todavía está destinado a desempeñar dentro del ejercicio de la actividad punitiva estatal.¹⁰¹

Comenta al respecto Hassemer, que “el moderno Derecho penal se distancia del Derecho penal tradicional doblemente, ya que éste se ocupa directamente de la protección de bienes jurídicos individuales que configuraba de modo más concreto y preciso. Los nuevos bienes jurídicos que legitiman la intervención del moderno Derecho penal, no admiten matizaciones; apenas hay hoy una conducta que pueda ser discriminada invocando el principio de bienes jurídicos”.¹⁰²

Por otro lado, el moderno Derecho penal también quiere recurrir a un cambio de dirección con relación a los *finés de la pena*. De una fundamentación absoluta de la pena se pasa a una fundamentación netamente preventiva. La teoría de la pena, en sus inicios, consideraba a la pena como un ideal de justicia (en la línea de Kant¹⁰³ y Hegel¹⁰⁴, seguida posteriormente por Carrara,¹⁰⁵ Binding, Mezger¹⁰⁶ y Welzel¹⁰⁷), y los fines preventivos eran considerados a lo más como una meta secundaria. Sin embargo, esta orientación última se convierte en posición dominante.

100 Cfr. Hassemer, Winfried, “Crisis y características del moderno Derecho penal”, en *Actualidad penal*, Nro. 43/ 22-28, noviembre, 1993, (pp. 635-646), pp. 640 y ss.

101 MOCCIA, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales” en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, Jesús-María Silva Sánchez (ed.), Ed. Bosch, 1997, (pp. 113-142), p. 142.

102 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Crisis y características...”, op. cit, pp. 640 y ss.

103 KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, selección, prólogo y notas por Arnaldo Córdova, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1978, p. 167.

104 HEGEL, G.W.F., *Filosofía del derecho*, 5ª edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 107.

Como consecuencia de estos cambios que trae consigo el moderno Derecho penal surgen los *procesos reformadores* surgidos en los diversos Estados de Europa y, por extensión, en América Latina, tratando de adaptar su sistema penal a las exigencias políticas de cada momento, todo ello son ejemplo de la evolución del Derecho penal.¹⁰⁸

Lógicamente el caos se desata, y entramos a un sistema aun no muy claro donde todos los conceptos básicos dogmáticos entran en tela de debate, como la función del bien jurídico, misión del Derecho penal, misión de la pena, etc.

Sin embargo, mientras que en su momento Franz Von Liszt calificó al Derecho penal como la barrera infranqueable de la Política criminal, actualmente no se puede decir lo mismo. La incursión de la política criminal en el Derecho penal es cada vez más evidente, como lo muestran los ejemplos que nos ofrece Hassemer:¹⁰⁹ El constante aumento de los *delitos de peligro abstracto*¹¹⁰ en los códigos penales de nuestra cultura jurídica; la aparición de

105 Carrara, Francesco, *Programa de Derecho criminal, Parte general*, Vol. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1986, pág. 68.

106 MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio/ Parte general*, Trad. De la 6ª edición alemana (1955), por Conrado A. Finzi, Ed. Din, Buenos Aires, 1957, p. 353.

107 WELZEL, HANS, *Derecho penal Alemán, Parte General*, 4ª edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 284.

108 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 168-169.

109 *Ibidem*, p. 173.

110 Esta técnica también constituye un instrumento que amplía enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal. Con ello, ya no se requiere de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino, bastará solamente comprobar la realización de la acción incriminada sin constatar un peligro efectivo al bien jurídico. La simple acción, por tanto, constituye el motivo de incriminación, con lo cual se economiza la tarea judicial de probar la lesión a los bienes jurídicos. Véanse las críticas que plantea De La Cuesta Aguado, Paz Mercedes, *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Cuyo, Mendoza, 1998, p. 86. Según esta autora, mediante esta técnica se amplía el ámbito de las posibles conductas típicas, lesionando el principio de seguridad jurídica y permite la intervención incontrolada del poder punitivo en la esfera privada de las personas. Coincidimos por ello con aquellos autores que solicitan una interpretación restrictiva en relación con los delitos de peligro abstracto, a fin de justificar su legitimidad, partiendo por comprender que éstas constituyen figuras típicas de lesión de bienes jurídicos supraindividuales, reduciendo el peligro abstracto a los intereses individuales. Cfr. Sobre el particular, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico, Consideraciones jurídicas y económicas*, Ed. Idemsa, Lima, 1997, p. 115. En este mismo sentido, TIEDEMANN, quien sostiene que

la *legislación simbólica*¹¹¹ cuando la necesidad de solución del problema no se corresponde con posibilidades jurídico penales de solución adecuada, etc. Además podemos mencionar el reclamo social que existe para imputar a los entes colectivos responsabilidad penal y el problema de atribución de responsabilidad penal a los menores con características similares a los de los mayores: estos dos últimos ejemplos demuestran como ha erosionado el principio de culpabilidad. Mucho se puede criticar de lo que se persigue con un Derecho penal orientado hacia la eficacia, eliminando o disminuyendo las barreras tradicionales del Derecho penal garantista.

Más ejemplos, como los aumentos de penas por delitos que son valorados más por sus aspectos cuantitativos de producción que de lesión de bienes jurídicos; en esto influyen en gran medida los medios de comunicación: V. Gr. cinco actos de violación que pueden coincidir en una región en sólo un mes del año pueden ser supervalorados socialmente, cuando es posible que en el año sólo se realizan seis o siete. Los medios de comunicación agitan a las masas. Los políticos ofrecen la solución al problema: “eficacia”. Lo malo es que se recurre al Derecho penal: “aumento de penas”, cuando es posible que otros medios de control social u otros medios de política criminal puedan solucionar el problema.

“La prevención del delito puede lograrse a través de los mecanismos extrapenales. Es paradigmático, en este sentido, un caso ocurrido en Inglaterra: las trabajadoras de una empresa situada alas afueras de una determinada población se veían obligadas a ir a trabajar antes del amanecer atravesando un largo descampado oscuro. Los delitos de violación de los que eran objeto muchas de ellas ocasionaron manifestaciones reclamando para los violadores la pena de

“El delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual”. En este orden: “El peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que si se toman en consideración aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico y los aspectos de la información (por ejemplo como interés tutelado en el seno de los balances), esos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro por el delito). TIEDEMANN, citado por CARO CORIA, Dino, Carlos, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Ed. Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 518.

111 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Crisis y características...”, op. cit, p. 639: este autor denomina a este fenómeno “orientación a las consecuencias” cuyo recurso se convierte en una meta dominante en el moderno Derecho penal. Se pretende con ello ampliar el derecho penal como un instrumento de “pedagogía social” a fin de “sensibilizar a la gente” en ámbitos como el medio ambiente o la discriminación de la mujer.

muerte. Las violaciones se cortaron de raíz, sin embargo, iluminando el descampado de acceso al lugar de trabajo”.¹¹²

No podemos negar que esto existe: el recurso al Derecho penal conforme al clamor público, pero no es esa la misión que le compete al Derecho penal, pues en estos casos estaríamos muy cercanos a un Derecho penal meramente simbólico. García-Pablos de Molina se refiere a ello como una “Política de gestos cara a la galería y la opinión pública.”¹¹³

La legislación sobre la marcha de los acontecimientos estableciendo penas para las conductas al sabor del clamor popular no nos conduce por caminos de seguridad jurídica, sino a una nueva forma de distorsión ya identificada como *fenómeno de neocriminalización*, que, de hecho, está ocurriendo en la sociedad moderna.

El establecimiento de las misiones del Derecho penal debe mantener el cuidado de no extrapolar sus posibilidades efectivas en la búsqueda de ideales irrealizables en el escaso ámbito que le pertenece. Habrá que guiarse siempre dentro de los principios del Derecho penal mínimo y de intervención fragmentaria.

Bibliografía utilizada en este tópico: BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de política criminal*, n. 24, 1984, p. 533-551. Madrid: Edersa - editoriales de Derecho reunidas, 1984; BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, parte general*, I. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1996; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal parte general. Fundamentos e teoría de la*

112 Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos del Derecho penal*, 3ª ed., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 198.

113 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 97.

imputación. 2ª ed. corregida, trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997; JAKOBS, Günther. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, conferencia proferida em *Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*, trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000; JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., Trad. José Luis Manzaranes Samaniego, Granada: Comares, 1993; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y RUIZ ANTON, L.F.. *Manual de derecho penal. Parte general, I. Introducción e Ley penal*, dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992; ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal e el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, parte general, I*. Tradução da 2ª Ed. alemã de 1976, por Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

CAPÍTULO III

PROTECCION DE LOS BIENES JURÍDICOS

3.1. Generalidades; 3.2. Bien jurídico y objeto material del delito; 3.3. Diferentes concepciones de bien jurídico; 3.3.1. Concepto Jurídico-Constitucional del Bien Jurídico; 3.3.2. Concepto Sociológico del Bien Jurídico; 3.3.3. Vaguedad del concepto de bien jurídico; 3.4. ¿El bien jurídico como configuradora de convicciones culturales de grupos?; 3.5. El monismo y dualismo en relación con el bien jurídico; 3.6. Ventajas del bien jurídico como misión del Derecho penal; 3.7. Funciones que cumple el bien jurídico.

3.1. Generalidades

Para la imposición de una pena se exige la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley (concepto material de delito). El principio de la necesidad de la intervención corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, requiere pues de una base concreta de sustentación que señale cuáles son los hitos y límites fundamentales del sistema. Así que no basta el principio de la necesidad de la pena, sino resulta indispensable señalar qué es lo protegido, problema que la teoría penal ha intentado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico.¹¹⁴

En efecto, el principio del bien jurídico establece un límite material a la potestad punitiva estatal, pues éste no puede establecer delitos y penas que no tengan en su estructura base un bien jurídico. La construcción dogmática del

114 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, 3ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 44-45.

injusto teniendo como base al bien jurídico trae como consecuencia la despenalización de las ideas morales, religiosas, políticas o ideológicas. Sería inadmisibles una reforma penal que pretendiera imponer órdenes éticos que no sean los inevitablemente derivados de los bienes jurídicos que la sociedad plural reconozca.¹¹⁵ Así, por ejemplo se excluye las meras inmoralidades, como la “homosexualidad entre adultos”, “la difusión de pornografía”,¹¹⁶ ya que estos no menoscaban ni los derechos individuales ni los bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos.

Por otro lado, tampoco el derecho puede constituirse en un factor de *estandarización ideológica*.¹¹⁷ Constituyendo el bien jurídico un límite a la potestad punitiva del Estado, la minimización o importancia que se le asigne en la construcción del injusto evidencian el propósito de los legisladores. A decir de Baratta,¹¹⁸ en el actual momento de crisis capitalista, con el correlativo aumento del número de marginados, el poder enfoca el fenómeno de la marginalidad exasperando la represión penal, especialmente centrada en el disenso político, porque en una sociedad estructuralmente desigual, la represión de lo diverso es una técnica esencial para la conservación de esa desigualdad. Es este caso, el Derecho penal es utilizado para proteger finalidades ideológicas.

Bienes vitales como la vida, la libertad, la salud, etc., expresan condiciones de realización del ser humano, indispensables para la convivencia en sociedad y su constante desarrollo. Estos son protegidos por el Estado al ejercer la potestad punitiva, es decir, estos bienes tienen existencia antes de la norma y no con el nacimiento de la norma. En consecuencia, son estos bienes jurídicos los que se convierten en la base incuestionable para la construcción de la teoría jurídica del delito y da predominio al concepto material del bien jurídico, antes que al concepto formal. Agrega Terradillos¹¹⁹ que el principio del bien jurídico, una vez

115 Terradillos Basoco, Juan, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, Nro. 63, pp. 125-149, Nueva época, Madrid, 1981, pp. 125-126.

116 ROXIN, Claus, *Derecho penal*, 1ª edición, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 51.

117 TERRADILLOS BASOCO, Juan, op. cit., p. 126.

118 BARATTA, Alessandro, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale. La Criminologia critica e la critica del diritto penale*, Bolonia, 1980, pp. 208 a 210.

119 TERRADILLOS BASOCO, Juan, op. cit., p. 128.

acogido por el derecho positivo está llamado a realizar importante función dogmática que se desdobra en exegética y sistemática, como lo veremos luego.

En todos los *delitos de resultado* se exige una “lesión del bien jurídico”, este puede ser de *efectiva lesión* (delito de resultado material), o de su *puesta en peligro*¹²⁰ (delito de peligro). El peligro puede ser de *peligro concreto* (exposición o abandono de personas en peligro, art. 125), el propio tipo convierte en requisito de punibilidad. Por otro lado, en los delitos de *peligro abstracto* (fabricar, almacenar, suministrar o tener en poder armas, municiones o materiales explosivos; o, conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción, art. 274), los bienes jurídicos que el derecho protege (vida, integridad corporal, etc.) no se establecen en el tipo, sino el simple acto constituye el motivo para el establecimiento del tipo.

Sobre estos últimos hay mucha inseguridad. Hay que reconocer que la regulación de estos delitos tiene una importancia “política criminal”. Estos delitos tienen en su estructura base los llamados *bienes jurídicos difusos* (delitos de conductas peligrosas para la vida, como el medio ambiente, la seguridad en el tráfico automotriz, etc.). Otro problema que generan estos tipos delictivo constituye el cómo se castigaría la tentativa. En todos los delitos de resultado cabe tentativa, y aunque es más viable poder atender su castigo en el caso de los delitos de resultado efectivo (v. gr., El homicidio), no es lo mismo en los delitos de peligro abstracto: se estaría castigando “el peligro del peligro”.

En la punición de la tentativa, en la que *per definitionem* no se produce la lesión del objeto de la acción, tampoco está en contradicción con la teoría de protección de los bienes jurídicos. En la tentativa la acción delictiva se inicia pero no se consuma; sin embargo, los actos de ejecución del delito se orientan a la lesión de un bien jurídico. Así mismo, tampoco se renuncia a la exigencia de protección de bienes jurídicos por el hecho de destacar que el Derecho penal con sus prohibiciones quiere asegurar “valores de la acción”, como el

120 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos del Derecho penal*, 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 234, quien manifiesta que: “Los delitos de peligro concreto son aquellos que suponen la exposición de un bien jurídico individualizado o de un conjunto de ellos a un efectivo riesgo de lesión (v. Gr. Delitos de conducción con temeridad manifiesta); los delitos de peligro abstracto, por el contrario, consisten en la realización de conductas que rebajan las cuotas de seguridad legalmente establecidas para el disfrute de los bienes jurídicos (v. gr. delito de expedición de medicamentos sin cumplir las formalidades reglamentarias, v. gr., sin receta).

respeto a la vida, a la propiedad ajena, etc.¹²¹ Ello es totalmente correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción sirve para la protección de bienes jurídicos a los que los mismos se refieren. Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna “flotante” cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico. En este sentido, el bien jurídico, también se puede definir como todo “valor de la vida” humana protegido por el derecho.¹²²

3.2. Bien jurídico y objeto material del delito

El bien jurídico como concepto se diferencia totalmente del objeto material del delito.¹²³ El objeto material del delito sí es concreto y representa la plasmación material del interés jurídico. Así, por ejemplo, el bien jurídico protegido en el delito de hurto es el patrimonio y en el delito de lesiones es la integridad física; el objeto material en el hurto es el coche, la cartera o el televisor y el objeto material en las lesiones es el cuerpo humano. Así que al Derecho penal no le interesa tanto el objeto material, sino el interés general que se materializa en ese objeto.¹²⁴

En el mismo sentido, esclarece Jescheck¹²⁵ que: “Los bienes jurídicos no han de entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son valores ideales del orden social en los que descansan la seguridad y el bienestar y la dignidad de la colectividad”. Entre el bien jurídico y el objeto material no hay una identidad, sino una complementación. “El bien jurídico y el objeto de la acción se refieren uno al otro como idea y manifestación, pero han de mantenerse separados conceptualmente”.

Para Stratenwerth,¹²⁶ “El objeto del hecho debe distinguirse estrictamente del *bien jurídico*, es estado o el proceso a que se dispensa la protección jurídico penal”. Agrega, que existen un buen número de bienes jurídicos que

121 Roxin, Claus, *Derecho penal*, op. cit., p. 60.

122 ROCCO, Arturo, “L’oggetto del reato a della tutela giuridica penale”, en su *Opere Giuridiche*, VI, Foro Italiano, Roma, 1932, p. 261.

123 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 105.

124 Ididem, p. 234.

125 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal- parte general*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 234.

126 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general, I, El hecho punible*, trad. de la 2ª Ed. alemana (1976) por Gladis Romero, Ed. Edersa, Madrid, 1981, n. 204, p. 78.

no poseen sustrato material, como “la protección de la aplicación del derecho sin el obstáculo representado por las declaraciones falsas” o “el desarrollo sexual del niño sin perturbaciones”. Por tanto, en estos casos, carece de sentido hablar de un objeto de hecho.

3.3. Diferentes concepciones de bien jurídico

Han sido muchas las concepciones abordadas para tratar de definir lo que se entiende por bien jurídico; sin embargo, todas estas tendencias se pueden clasificar en dos: a aquellas tendencias que encuentran su ubicación más allá del derecho positivo (*trascendentalistas*), de corte jus naturalista o bien político criminal: el bien jurídico se puede encontrar en el Derecho natural o naturaleza de las cosas o bien en la vida social o cultural. Por otro lado, existen las que ubican al bien jurídico dentro del sistema jurídico, en la norma (*inmanentistas*), es decir el bien jurídico no tiene existencia propia antes de la norma, sino nace con ella.¹²⁷

El planteamiento del bien jurídico nace en la primera mitad del siglo XIX. Para los primeros autores, el Derecho penal defendía derechos. El delito era la “lesión de un derecho”. Estos planteamientos partían ya sea del contrato social, del cual surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión de ese derecho a ser respetado y un deber de respetar, que en síntesis era la libertad como derecho resumen surgido del contrato social.¹²⁸ Feuerbach, por su parte, sostuvo que lo que protege el Derecho penal son “derechos subjetivos” de los particulares y el Estado. La función del Estado será la de conservar los derechos subjetivos mediante la creación de medios adecuados. Comenta Bustos,¹²⁹ al respecto, que “todo se agotaba en lo jurídico no había nada más de el (todo surgía del acto formal del contrato), con lo cual si el Estado era el derecho (el contrato), no había otra posibilidad de limitarlo que su propia voluntad”.

Fue Birnbaum quien rechaza la tesis de que el delito es la lesión de un derecho, pues el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello puede suceder sólo con lo que es objeto de un derecho, esto es, un bien que jurídicamente nos pertenece y que nace de la propia naturaleza o por el resultado del

127 Bustos Ramirez, Juan, *Manual de Derecho penal*, 3ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 53.

128 *Idídem*, p. 45.

129 *Idídem*, p. 46.

desarrollo social. Si el delito quiere considerarse como lesión, este no debe estar referido a derechos, sino a bienes que pertenecen a los ciudadanos y que el Estado es el llamado a protegerlos. Birnbaum ubica, con esta posición, a los bienes jurídicos más allá del derecho y del Estado. El Estado no los puede crear y sólo los puede garantizar a todos por igual.¹³⁰

Posteriormente, y desde una perspectiva jurídico-positiva, Binding entiende que el bien jurídico no podía establecerse más allá del Derecho y el estado. Si se entiende con Binding al delito como infracción culpable de una norma, estando esta infracción amenazada con una pena, entonces, el bien jurídico quedaba establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica: el bien jurídico es “un estado valorado por el legislador”.¹³¹ Norma y bien jurídico son términos inseparables, es decir, toda norma tiene un bien jurídico que es un producto de la decisión política del Estado, constituyendo, por tanto, su lesión una *infracción al derecho subjetivo de obediencia* que el estado exige a sus súbditos. Para Binding lo importante es la norma y su desobediencia (teoría de la desobediencia) es a la vez lesión jurídica de un derecho subjetivo del Estado y ello implica, también, la lesión de un bien jurídico que cada norma en concreto tiene. La posición adoptada por Binding es positivista, pues el Estado y el derecho son los llamados a establecerlo. Entendido de esta manera al bien jurídico, pierde su carácter limitador y autónomo y depende del carácter limitador de la norma, con lo cual, en el fondo, no hay más límites que el que impone el mismo Estado.¹³²

Posterior investigaciones de corte trascendentalista y político criminal realizadas por Liszt lo llevaron a establecer que “todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad”.¹³³ Para Liszt, los bienes jurídicos están más allá del ordenamiento jurídico, están en la vida y lo

130 MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, T.I. Trad. De Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 201; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal-parte general*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Comares Ed.: Granada, 1993, pp. 231-232; Peña Cabrera, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, en *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11, 1995, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 38.

131 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal-parte general*, op.cit., p. 231-232; PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, op. cit., p. 38.

132 BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 47.

que hace el derecho es ofrecerles protección por intermedio de sus normas, elevándolos, de esta manera, a las categorías de bienes jurídicos. Para su ubicación se tendrá que recurrir a la Política Criminal, pues el derecho no los puede determinar ni fundamentar.¹³⁴ Sin embargo, a pesar que de por sí, la posición de Liszt marcaba una tendencia limitadora al establecer que los bienes jurídicos se encuentran más allá del ordenamiento jurídico, éste no desarrolló su programa de esa función limitadora del poder del Estado y tampoco desarrollo los conceptos de “intereses de la vida” o “condición de vida”, con lo cual no se precisaba que intereses merecían ser protegidos, o por lo menos no se establecía a que criterios se debe recurrir para decidir su inmediata protección.¹³⁵

Ante concepciones nebulosas, incapaces de asegurar un concepto material del bien jurídico que limiten al legislador en la creación de las normas, surgió, en primer lugar, la posición que destaca la *naturaleza teleológica del bien jurídico*. La filosofía Neokantiana propone afirmar las bases del bien jurídico en concordancia con “la ratio legis” de las normas penales. En este sentido Honing, para quien el bien jurídico es criterio de interpretación, establece que el bien jurídico “es el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su formula más sucinta”¹³⁶ o bien “como una síntesis

133 Liszt, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*, tomo 2o, 3a Ed. Trad. por Luis Jiménez de Asúa de la 20a Ed. Alemana, Instituto Ed. Reus, S.A., Madrid, p. 6.; También en su *Tratado Derecho penal*, T. II. 2ª ed., Trad. De Luis Jiménez de Asúa, Edit. Reus, Madrid, 1927, p. 6.

134 Ididem, p. 6. Modernamente ya no más se admite la idea de un bien jurídico “creado por la vida”, ónticamente, pero si como un proceso que envuelve distintos factores políticos, históricos, etc., conforme alude Muñoz Conde: “Los bienes no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia. Valores tales como el matrimonio monogámico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultural. Gráficamente se puede decir que los “bienes no existen, sino que son producidos”. “El legislador, a la hora de crear una ley penal actúa, dentro de su margen de autonomía, “configurando” los bienes jurídicos, no simplemente “sacándolos” de la realidad social y reflejándolos, y en esa actuación lleva a cabo una función política y no simplemente demoscópica o estadística”; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 111.

135 Cf. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 219-130.

136 Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 36-49, en *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11, 1995, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 39.

categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares”. Esta concepción del bien jurídico despoja del núcleo material del injusto al bien jurídico, constituyendo sólo un principio metodológico para la interpretación de los tipos penales. En síntesis, el bien jurídico quedaba reducido a una categoría interpretativa, simple *ratio legis*¹³⁷ de los preceptos particulares, con lo cual pierde su función garantista y su incidencia en el ámbito de la dogmática.

Posteriormente, una segunda postura, desarrollada por la Escuela de Kiel, reconoce a la *lesión del deber* como contenido material del injusto.¹³⁸ Para George Dahm y Friedrich Schaffstein lo principal era el pueblo, entendida como totalidad real: sangre, suelo, generaciones pasadas, presentes y futuras. Por ello, no se podía separar *realidad y valor*, como lo hacían los liberales, positivistas y neokantianos. Constituyendo, el derecho, “ordenamiento de la vida del pueblo, el espíritu del pueblo es la fuente del derecho. El Estado constituye el interprete de ese “espíritu del pueblo”. En este orden de cosas, el individuo le debe fidelidad al pueblo, por lo tanto el delito no constituye una lesión del bien jurídico, sino una *lesión de un deber*.¹³⁹ Por estos fundamentos calificaron al bien jurídico como un “concepto inútil”. Comenta Bustos,¹⁴⁰ que el constituir la lesión de un deber el centro de la construcción de un injusto borra todo carácter garantista, donde lo único que interesa es lo social y no el individuo, donde el Estado se constituye en el interprete del espíritu del pueblo, siendo el jefe de Estado quien dirige tal interpretación, y como consecuencia de ello no existe más límites que la propia voluntad del dictador.

Después de la Segunda Guerra Mundial y de la amarga etapa que experimentó el Derecho penal, se vuelve a un mejor Derecho penal reconocedor de las garantías mínimas del ciudadano. Con ello, el esfuerzo por ubicar nuevamente al bien jurídico más allá de la norma: defensa y creación de bienes jurídicos se convierten luego en posiciones inconcebibles entre sí.¹⁴¹

137 Idídem.

138 Idídem.

139 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 50

140 Idídem.

141 En este sentido Peña Cabrera comenta que “Los cambios sociales acontecidos después de la guerra mundial contribuyeron a un mejor Derecho penal pleotórico de garantías para la persona humana. En esta línea Jäger y Roxin tratan de edificar un concepto que se perfilase como objeto de tutela de las normas penales y no como su resultado ya que tutelar y crear bienes jurídicos son cosas inconciliables entre si. Algo más, Jäger busca definir los

Sin duda alguna, fue Welzel quien trató de revertir la manera como se entendía al bien jurídico hasta ese entonces al ubicar hábilmente, al bien jurídico, más allá del derecho y del Estado. Este comprende al bien jurídico como todo “estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”.¹⁴² Sin embargo, agrega que “la misión del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares”. El bien jurídico con Welzel se convierte en tema secundario, lo fundamental es asegurar los deberes ético-sociales y “sólo asegurando los elementales valores sociales de la acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz”.¹⁴³

También compete mencionar que la pretensión de dar alguna concreción a la idea de bien jurídico ha llevado algunos autores a buscar apoyo en la teoría del sistema social de Nicklas Luhmann y en las ideas de daño social preconizadas por Talcott Parsons, pasando a determinar el bien jurídico de acuerdo con la disfuncionalidad sistémica del comportamiento a ser vedada por la vía de las sanciones penales.¹⁴⁴ La sistemática de Jakobs constituye la adaptación al Derecho penal de la conocida teoría de los sistemas de Luhmann donde la prioridad es siempre, mediante “respuestas contrafácticas simbólicas” (en el caso de la pena” la preservación del equilibrio sistémico.¹⁴⁵

bienes jurídicos como “ estados valiosos susceptibles, por ello, de ser protegidos por aquellas modificaciones mediante las leyes penales. En otras palabras, son estados que pueden ser lesionados y defendidos.” PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, op.cit., p. 39.

142 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 15.

143 *Ididem*, p. 14.

144 “Así, BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., propugnó sustituir esta categoría por la de «dañosidad social» (disfuncionalidad), de suerte que el cometido del Derecho penal sería asegurar la subsistencia de los sistemas sociales, frente a las alteraciones disfuncionales de los mismos. Y Mir Puig, entre nosotros, conecta el concepto de bien jurídico con la «realidad social», definiéndolo como el conjunto de condiciones necesarias que posibilitan el funcionamiento del sistema y se traducen, además, en concretas posibilidades de participación del individuo en procesos de interacción y comunicación social.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 89.

En lo fundamental, para un Derecho penal garantístico la misión del mismo consiste en defender bienes jurídicos.¹⁴⁶ Resulta luego que con Jakobs se desatiende al bien jurídico cuando se considera que la misión de la pena es la prevención general *confirmando el reconocimiento normativo*.¹⁴⁷ Jakobs parte de la “no fidelidad al derecho” para obtener el fin del Derecho penal que es el de confirmar el reconocimiento normativo y preservar la confianza en la norma.

La opción por la confirmación normativa no resulta satisfactoria. No se niega que la propia protección de bienes jurídicos hace estabilizar la norma, pero ello es a consecuencia de un efecto secundario. Desde una perspectiva sistémica, dice Jakobs, “no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento.”^{148 149}

145 Ver, LUHMAN, Niklas, *Sociedad y sistema: La ambición de la teoría*, Ed. Paidós-Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, p. 41 y ss; IZUZQUIZA, Ignacio, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1990, p. 153-157.

146 Importante es reconocer la diferencia de planteamientos de Roxin y Jakobs y observar la desatención que hace, este último, al bien jurídico como uno de los fines del Derecho penal; Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Sobre la evolución, ...”, op. cit., p. 270: “La diferencia de los planteamientos de Roxin y Jakobs, por ejemplo, podría radicar, pues, en que el primero, que parte de la necesidad de orientar la dogmática a la política criminal, acoge las finalidades político-criminales de un modo más global, comprendiendo que las diversas finalidades se limitan entre sí: muy significativo es que Roxin no oriente su sistema a los fines de la pena, sino a los fines del derecho penal, que, para él, son algo más que lo anterior. En cambio, Jakobs, que parte de la necesidad de una renormativización, quizá acoja en forma demasiado categórica, esto es, sin limitaciones o contrapesos, la función de prevención-integración (que atribuye a la pena) como base de la refundamentación normativa de las categorías y los conceptos, ello con independencia de que, ya en el plano de la teoría de los fines de la pena —es decir, en el nivel previo a la configuración de las categorías sistémicas—, su concepción de la prevención general positiva sea, para algunos, criticable en sí misma”.

147 Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 100.

148 JAKOBS, GÜNTHER, “*Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*”. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª Edición, corregida, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 13-14.

149 “Un hecho penal - [...] - no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo en Derecho penal, como no enseña la punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien. De nuevo, de forma paralela a lo anterior, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o

El principio del delito como lesión de bienes jurídicos, que conjuntamente con el principio de culpabilidad, nace como baluarte erigido por el pensamiento penal liberal a fin de limitar la actividad punitiva Estatal frente al individuo. El individuo era considerado en centro y fin de la sociedad y del derecho. Sin embargo, estas garantías parecen sucumbir definitivamente a la irrupción del pensamiento sistémico. A decir de Baratta, “el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un “sistema físico-síquico”, al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.”¹⁵⁰

Para entender la propuesta de Jakobs sólo hace falta un ejemplo: mientras en un Derecho penal que tiene como misión la defensa de bienes jurídicos se protege el bien jurídico de la vida; en cambio, en un Derecho penal que busca la estabilidad de la norma sólo y únicamente se busca ello: “la confirmación de la norma”. Nos preguntamos: ¿y qué del valor vida?

Ciertamente que con esta posición de misión del Derecho penal se puede justificar la intervención de cualquier sistema. Sostiene Hassemer que “naturalmente no es esto lo que pretende esta teoría como tampoco lo pretende ninguna de las teorías preventivas actualmente existentes en nuestro ámbito cultural; pero, en cierto modo, este es un peligro al que están expuestas cuando fundamentan las normas penales con la confirmación del reconocimiento normativo.”¹⁵¹

Las tendencias actuales se orientan a fundamentar al bien jurídico desde la política criminal. Es decir, se vincula a la teoría del bien jurídico con los fines del ordenamiento jurídico y del Estado. Dentro de esta tendencia son dos las orientaciones: una de tendencia jurídico-constitucional y, la segunda, de tendencia sociológica.

algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de delitos se encuentran con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma.” JAKOBS, GÜNTHER. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Rechtphilosophisches Seminar der Universität* 53113, Trad. Teresa Manso Porto, Bonn, 1999.

150 BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. En *Cuadernos de política criminal*, n. 24 (533-551), Ed. Edersa de Derecho reunidas, Madrid, 1984, p. 537.

151 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op.cit., p. 103.

3.3.1. Concepto Jurídico-Constitucional del Bien Jurídico

En estas concepciones se consideran el orden de valores constitucionales como puntos de referencia en la definición de los bienes jurídicos.¹⁵² Con esta posición coincide Figueiredo Dias¹⁵³ quien intenta ver en la Constitución un patrón de referencia de la valoración social respecto de sus intereses y en ese filtro intenta basar su selección de bienes jurídicos.

En el mismo sentido, Silva Sánchez intenta justificar un funcionalismo moderado en la configuración histórica que la interpretación constitucional entregaría a la norma jurídica para que su estabilización pudiese representar el reto del Derecho penal. Aunque, para este autor, el concepto de bien jurídico por sí sólo no podría sostener la función limitadora de la intervención penal.¹⁵⁴

Nos preguntamos, acaso, si las valoraciones Constitucionales pueden servir de referencia a la selección de los bienes jurídicos, dados los ejemplos históricos no tan lejanos de Constituciones Políticas otorgadas “a fórceps” como en Brasil o en Perú. La norma constitucional no siempre puede ser identificada con los intereses primordiales de la sociedad, ni puede tampoco estar conectada con la identificación del bien jurídico. Además, no hay identidad absoluta entre la previsión normativa constitucional y los bienes jurídicos esenciales al desarrollo social del individuo.

En principio, es de los deberes y Derechos fundamentales de la persona de donde se deriva la vigencia constitucional del principio del bien jurídico.¹⁵⁵ Sin

152 SAX, Walter, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, en *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Duncker y Humboldt, Berlín, 1972, p. 90.

153 DIAS, Jorge De Figueiredo, “O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime”, en *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 62-82.

154 “[...] el Derecho penal debe reflejar el orden social, de modo que su legitimación deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura. [...] la teoría que cifra en la protección de la vigencia de las normas la función del Derecho penal no dispensa el esfuerzo en pro de una legitimación material de dichas normas vinculadas a consecuencias jurídico-penales. Ahora bien, la cuestión es entonces dónde y cómo hallar los criterios de identidad de la sociedad que se plasmarían en las expectativas normativas esenciales. Y frente a otras posibles comprensiones, resulta razonable buscarlos en la Constitución.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Cuadernos Civitas, Civitas Ediciones: Madrid, 1999, p. 92-94.

155 TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La satisfacción de necesidades ...”, op.cit., p. 142.

embargo, estas posiciones tienden a confundir los Derechos fundamentales constitucionales con los bienes jurídicos. “En la constitución y en el Derecho constitucional los Derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y por tanto constituye un límite a la intervención del Estado respecto a los ciudadanos. En cambio, los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos los posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esta relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo este”.¹⁵⁶

3.3.2. Concepto Sociológico del Bien Jurídico

Los que sustentan esta posición parten de la premisa de que los bienes vitales o culturales constituyen fuentes para ser protegidas por el derecho; bien jurídico sólo puede ser lo que antes era bien.

Entre sus defensores, Amelung sostiene que el bien jurídico está constituido por la “dañosidad social”.¹⁵⁷ Es decir, se toma como objeto de protección de la norma las condiciones necesarias para conseguir la estabilidad y desarrollo del sistema.

De cierto que los planteamientos de Amelung conllevan a una formalización social del problema, al convertir al bien jurídico en una categoría del sistema social,¹⁵⁸ haciendo desaparecer, de esta manera, la función garantista y dogmática que cumple el bien jurídico.¹⁵⁹ En este mismo sentido, Jescheck, sostiene por su parte que “Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho penal otorga su protección”,¹⁶⁰ repitiendo, en seguida, que “... el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comuni-

156 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 52.

157 AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt a.m., 1972, p. 310. La posición de Amelung es también citada por ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., p. 68; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal, Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Ed. Grjley, Lima, 1997, p. 60 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 269.

158 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p. 60.

159 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, p. 52.

160 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal- parte general*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 231.

dad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad.”¹⁶¹

También, en este mismo sentido ha comentado Aníbal Bruno, quien identifica a los bienes jurídicos como los “intereses fundamentales del individuo o de la sociedad que, por su valor social, la conciencia común del grupo o de los grupos sociales en él dominantes elevan hacia la categoría de bienes jurídicos”.¹⁶²

Sin embargo, se han presentado algunas reserva al respecto ya que los riesgos que genera esta posición es que la relación que debe existir entre la norma penal y el sistema social queda en la penumbra cuando no se está definido ese sistema social,¹⁶³ pues al fin y al cabo ello implica, también, funcionalidad del sistema, y al atender a esta finalidad no se puede prescindir de consideraciones teleológicas: claro está que “cuando se mantiene que el bien jurídico es una condición necesaria para la conservación del sistema se está diciendo que el criterio sobre lo que es digno de represión jurídico-penal ha de ser el ataque a estas condiciones sociales. Con lo que el dogma del bien jurídico no puede llevar a conclusiones diametralmente distintas a las derivadas del principio de dañosidad social. [...] Si sólo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*, pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificadas la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser esta *funcional*.”¹⁶⁴ Agrega Terradillos, “se es funcional respecto a ciertas reglas y a ciertos objetivos, y la discrepancia se castiga penalmente. Los riesgos de criminalización de amplias minorías, y no sólo de subordinación del individuo, son, pues, evidentes, como evidente es la tendencia, sólo controlable acudiendo a instancias ajenas al Derecho penal, a la transformación de éste en mero instrumento de consolidación de un orden dado”.

Por otro lado, para Callies, el bien jurídico es *participación en la sociedad*.¹⁶⁵ En alguna manera, Callies propone un criterio superador a la po-

161 *Ibidem*.

162 BRUNO, Aníbal, *Direito penal*, vol. I, tomo 1º, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 15.

163 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch Editores, Barcelona, 1975, p. 46.

164 TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La satisfacción de necesidades ...”, *op. cit.*, p. 134.

165 CALLIES, Rolf Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt, 1996, p. 143.

sición de Amelug, en cuanto pretende ubicar al bien jurídico a partir de la función social que también cumple el Derecho penal.

Una última posición es la que presenta Hassemer, quien desde una perspectiva monista personalista del bien jurídico sostiene que se debe definir al bien jurídico de un modo genérico como *interés humano necesitado de protección jurídico penal*.¹⁶⁶ En la actualidad, la concepción del bien jurídico no encuentra una posición unívoca, y como consecuencia de ello el relativo consenso en cuanto a la función del Derecho penal como protectora de bienes jurídicos se torna inestable. Por ello, el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen considerándose como uno de los problemas fundamentales que adopta el Derecho penal de hoy.

3.3.4. Vaguedad del concepto de bien jurídico

Muchas han sido las concepciones que se le han dado al bien jurídico para tratar de elaborar, con ella, un concepto material del delito y que permita establecer límites al legislador en la elaboración del injusto. Aunque la misión de protección de los bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna, no se ha ganado mucho con ello, pues se lo describe de diversos modos.¹⁶⁷ A decir de Roxin,¹⁶⁸ al bien jurídico se le ha identificado “como “bien vital” reconocido socialmente como valioso, como “valor jurídico” o “interés jurídico”, como interés jurídicamente reconocido “en un determinado bien como tal en su manifestación general”, [...] como “unidad funcional valiosa” o como “valores institucionales y estados jurídicopenalmente protegidos, que son imprescindibles para la ordenada convivencia humana”. Agrega Roxin¹⁶⁹ que “debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el contenido jurídico-penal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos

166 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op.cit., p. 112.

167 *Ibidem*, p. 111. Hassemer, comenta que “ Desde el punto de vista conceptual, el bien jurídico se denomina con los más diversos nombres: “interés”, “potencial”, “unidad funcional de valor”, “función”, “participación”, “bien vital”, “valor objetivo”, “imagen ideal” o “estado”. Estas denominaciones no siempre reflejan un contenido específico del objeto designado; son más bien soluciones de compromiso o simple conceptos vacíos, tales como “estado”, “interés”- que cada uno puede rellenar a su arbitrio.

168 ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit, p. 70-71.

169 ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., p. 71.

inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal”.

“Esta alternativa entre un concepto de bien jurídico preciso y crítico, pero ajeno a las necesidades de la práctica, y un concepto de bien jurídico práctico y más cerca de la realidad, pero vago e inconsistente, se agudiza aún más en una sociedad moderna y compleja como la que tenemos actualmente.

La densidad y complejidad del tráfico viario y aéreo y de los centros de información y comunicación de las terminales electrónicas de datos; la creciente intervención del Estado en la economía a través de una política de subvenciones, o el aumento de la polución del medio ambiente, enfrentan al Derecho penal con la cuestión de si se puede limitar todavía su misión de protección del “derecho de otro”, o hay que pasar a proteger instituciones, unidades o funciones sociales, lo que evidentemente significa una mayor vaguedad del concepto de bien jurídico”.¹⁷⁰

Después de los diversos conceptos que se han ofrecido sobre el bien jurídico, resulta paradójico afirmar que la misión del Derecho penal consista en proteger bienes jurídicos, al no tener éste un concepto unívoco. En fin, se puede concluir que una cierta vaguedad del concepto de bien jurídico termina por ser inevitable pero aquella vaguedad del concepto no pone en riesgo la garantía político-criminal de su reconocimiento.

3.5. ¿El bien jurídico como configuradora de convicciones culturales de grupos?

Otra de las objeciones que se plantean con relación al bien jurídico constituye el círculo vicioso que produce el debate acerca de su génesis: los bienes jurídicos tienen existencia previa antes de la ley, o nacen con ella; y si son anteriores de la ley, qué es lo que determina su surgimiento.

Afirma García-Pablos de Molina,¹⁷¹ citando a Zugaldía Espinar, que se ha objetado al criterio del bien jurídico “que como los bienes jurídicos no pueden “surgir” de la ley” pues que “ello crearía un círculo vicioso: la ley

170 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 106-107.

171 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 90.

penal debe proteger bienes jurídicos y son bienes jurídicos los protegidos por la ley penal”. Por ello se tendría que admitir que la idea de bien jurídico es previa a la ley debiendo “emanar de la realidad social”, por lo que “su determinación no puede ser ajena a las convicciones culturales del grupo – y, en definitiva – a la Ética social”.

Este último argumento “ético-social” se suele utilizar para justificar planteamientos cercanos a los de Welzel en el sentido de buscar identificar la misión del Derecho penal con una función configuradora de costumbres. Que si la función del Derecho penal se basa en proteger los *valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social*,¹⁷² es deducible que los valores ético-sociales no son ajenas a las convicciones culturales y sociales del grupo.

Al respecto, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿a qué tipo de costumbre o convicciones grupales?: a los de la clase económicamente dominante o a los de la clase culturalmente dominante. ¿A qué tipo de patrones responderá la génesis de los bienes jurídicos?

Lo que en principio dejamos claro es que no se puede identificar la pretensión de protección de la norma (estabilización), como misión del Derecho penal, precindiendo del todo del bien jurídico, por todas las objeciones planteadas a la tesis de Jakobs.¹⁷³ También, es cierto que, el bien jurídico no puede derivar de la norma, pero la afirmación de que el bien jurídico es previo y crítico a la norma no implica su estrecha identidad con la ética social, sino, mejor, deben mantener una estrecha relación con los principios democráticos del Derecho penal. La protección de bienes jurídicos es, a lo mejor, identificable como la protección de los derechos fundamentales del hombre, plasmados en principios, pero jamás en una etérea “ética social”.¹⁷⁴ Pero, bienes jurídicos cumplen una función más amplia y compleja, que comprende no sólo a los bienes que se derivan de los Derechos fundamentales, sino también a los que

172 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán*, Parte General, 11a edición, 4a edición castellana, Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 2.

173 *Infra*, 3.3.

174 “Sin embargo, no parece que corresponda al Derecho penal dicha función. Ni, desde luego, cabe legitimar la intervención penal con la sola llamada ética social. Al Derecho penal incumbe exclusivamente la protección de bienes jurídicos, no la moralización de sus ciudadanos ni la mejora ética de la sociedad, que interesa a otras instancias.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 96.

se derivan de las fructuantes relaciones sociales entre los individuos. Relación en la cual entran en consideración, a decir de Bustos, “todos los posibles sujetos u objetos que pueden entrar en esta relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo este”:¹⁷⁵ V. gr., el medio ambiente o la salud pública. Aunque el reconocimiento de los delitos contra estos bienes jurídicos sólo sería posible en la medida en que ello represente un efectivo daño o peligro para un interés individual, en concordancia con una teoría monista personalista del bien jurídico.

De ello deriva el rechazo a las propuestas de Welzel, Stratenwerth y Cerezo Mir entre otros, en el sentido de que buscan para el Derecho penal un papel central en la garantía de un “mínimo ético”, aunque se admita la existencia de una intersección de intereses entre los principios del Derecho penal democrático y los intereses sociales, bajo la forma que propone, por ejemplo, Jescheck. Pero, el papel principal en la garantía de la ética social compete a otros institutos del control social como la educación, la religión, la familia y otros institutos de naturaleza social, perteneciendo al Derecho penal, en este campo, no más que una intervención secundaria, de todos modos, generadora de un efecto social.¹⁷⁶

Lo que incumbe, eso sí, es filtrar la norma penal, en sus aspectos de validez y legitimidad, a través de la verificación del cumplimiento efectivo de la misión del Derecho penal consistente en la protección de bienes jurídicos. Así, la identidad de la norma penal y la protección de bienes jurídicos no es una realidad ontológica, sino una propuesta de *lege ferenda*. La protección de bienes jurídicos no se identifica ni procede de la norma, sino que la norma, para cumplir sus propósitos de validez y legitimidad **debe** reflejar la protección de un bien jurídico.

3.6. El monismo y dualismo en relación con el bien jurídico

Otra aproximación a la delimitación del bien jurídico se debe buscar mediante la adopción de una postura frente a la cuestión del monismo o dualismo relacionados al bien jurídico. Se suele distinguir entre los bienes jurídi-

175 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 52.

176 “Se comparta o no, desde un punto de vista teórico-doctrinal, la llamada “función ético-social” del Derecho penal, lo cierto es que éste despliega hoy día una incuestionable “fuerza creadora de costumbres”, un poderoso “magisterio pedagógico” *de facto*.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 95.

cos individuales, pertenecientes a la persona misma, como la vida, la salud o el patrimonio, y los bienes jurídicos colectivos como el orden económico, el medio ambiente o la seguridad del tráfico.

Con relación al bien jurídico hay que preguntarse si *se debe mantener una sola concepción de bien jurídico (monismo) o dos (dualismo)* comprendiendo los bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos individuales. Estas diferencias no resultan antojadizas, sino evidencian un “modelo de Estado”: mientras que en el debate entre las teorías monistas y dualistas las diferencias son sólo de sistemas y de métodos; en las teorías monistas, ambas parten de concepciones diferentes acerca de lo que es o debe ser el Estado.

La idea *dualista* consiste en la admisión de dos clases de bienes jurídicos, con lo que se exime de la fijación de un concepto común que pueda comprender las dos formas. Precisamente, en ello mismo reside su fragilidad.

En posición contraria, el *monismo*, implica el enfrentamiento de “dos posibilidades excluyentes”¹⁷⁷ es decir, o bien se analiza el bien jurídico desde la perspectiva del individuo o bien desde el Estado o colectivo social.

Según una perspectiva monista colectiva, la identificación de la existencia de un bien jurídico individual solamente es posible en la medida en que esté contenido en una perspectiva de un interés para la colectividad: los bienes jurídicos individuales constituyen simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado.

En sentido opuesto, gozando de nuestra preferencia, la teoría monista personalista identifica el bien jurídico colectivo sólo en tanto sirven al desarrollo personal del individuo.¹⁷⁸ Nuestra preferencia proviene del hecho de que es

177 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 108: “Para las teorías monistas sólo hay, en cambio, dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas posibilidades se excluyen entre sí. O se le concibe desde un punto de vista del Estado, considerando en este caso los bienes jurídicos individuales (vida, salud, etc.) como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. O se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo.”

178 En este sentido HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 109: “Precisamente la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo. Para esta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales.”

la teoría monista personalista la que mejor responde a los presupuestos democráticos adecuados a la protección del individuo,¹⁷⁹ ya que modernamente no sólo se defiende de la intervención de lo que Von Liszt denominó a su tiempo de Estado Leviathan, sino también de la presión de los intereses corporativos que han colapzado las instituciones jurídicas. Así, desde el punto de vista penal, la primacía del interés individual delante del colectivo es hoy más importante que nunca.

Además, la teoría monista personalista es la que mejor responde al sentido de protección principiológica¹⁸⁰ que hay que mantener en la concepción de bien jurídico. Las discusiones en este sentido no son meramente académicas, puesto que tienen importantes efectos prácticos.¹⁸¹ El reconocimiento de los bienes jurídicos universales, como el medio ambiente o la economía, ahondado más por el desarrollo de los procesos de socialización que pregonan las ciencias sociales, es motivo de reflexión para determinar si es que los intereses de la sociedad y el Estado deben primar frente a los intereses individuales; particularmente creemos que no.

Véase que clasificados los bienes jurídicos colectivos como los más importantes, cualesquiera ataques a los mismos constituirían delitos de lesión, independientemente de si su afección perjudica directa o indirectamente un bien jurídico individual. Por ejemplo, se protegería el bien jurídico medio ambiente para evitar el daño a la pureza del agua o del aire, y no como un conjunto de condiciones vitales a las personas.

Por el contrario, si se adopta la teoría monista personalista del bien jurídico, solamente sería posible el reconocimiento del delito contra el medio ambiente o la relación jurídica de consumo en la medida en que ello representase un efectivo daño o peligro a un interés individual.

Por otro lado, sólo el reconocimiento de una teoría monista individual permite que un bien jurídico individual pueda *disponerse* al igual que se puede defender; pues, “tanto el consentimiento como la legítima defensa suponen

179 *Ibidem*, En este punto estamos de acuerdo con lo que preconiza Muñoz Conde: “Sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, [...]”.

180 *Ibidem*, p. 112: “[...] la concepción personalista del bien jurídico lucha por una política del Derecho penal vinculada a principios y que justifique y mida sus decisiones en función de si protegen intereses humanos dignos de protección.”

181 *Ibidem*, p. 109-110.

que el bien jurídico afectado en cada caso pertenece al que consciente o se defiende, es decir es un bien jurídico individual.”¹⁸²

Obviamente, en la cuestión de la disponibilidad del bien jurídico hay que tener en cuenta otro factor que se deriva del fundamento iluminista: nos referimos al contrato social que rige nuestra sociedad. Así, aunque adoptando una teoría monista personalista del bien jurídico, no es posible la disposición del bien jurídico colectivo bajo el argumento de que se dispensa la protección individual. Y ello ocurre porque el individuo, como ser social tiene acumulativamente el deber de preservar los institutos que permiten la vida de esa misma sociedad en la cual él se relaciona.

3.7. Ventajas del bien jurídico como misión del Derecho penal

Hassemer,¹⁸³ sintetiza con precisión las ventajas que aporta la adopción del bien jurídico como misión del Derecho penal afirmando que con ello se: “Pone en estrecho contacto la determinación de la misión del Derecho penal con el criterio de la Justicia que utiliza la Política criminal a la hora de determinar qué es lo que merece una pena” y “ofrece un sustrato empírico al que están vinculados el legislador penal y los deberes de actuación que la ley penal formula” y hace “plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de protección”.

En efecto, una política penal transparente debe ofrecer a la sociedad en general y a cada uno de sus miembros qué es lo que se está amparando con claridad, sobre qué reside el merecimiento de imposición de una pena, y, sobre qué factores se asienta dicha protección o amparo.¹⁸⁴

De cierto, que si el Derecho penal tiene por exclusividad la estabilización de la norma, no se ofrece con ello una base material de lo que se está protegiendo. De otro lado, un Derecho penal con pretensiones de absoluta determinación de patrones ético-sociales torna la pena en un instrumento de imposición absolutista. Así, el fin de protección de bienes jurídicos aparece como más adecuado a las propuestas político criminales de un Estado social y democrá-

182 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 107.

183 *Ibidem*, p. 103-104.

184 PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, op. cit., p. 37.

tico de Derecho, ya que esta base material constituye la génesis y la idea que preside la formación del tipo. De suerte, que a partir de esta base material se pueden observar sobre qué gira la base selectiva del legislador penal,¹⁸⁵ cohibiendo, con ello, cualquier posible disfunción o desviaciones en los ámbito de protección que no le competen al Derecho penal.

Además, el bien jurídico constituye una importante referencia para establecer parámetros de protección jurídica en la medida en que se puede identificar con precisión las hipótesis de peligro o de lesión, el modo y la intensidad de la ofensa a él dirigida, así también como el ámbito de la protección necesaria de acuerdo con la teoría adoptada (dualismo, monismo estatal, colectivo o social, o monismo personalista).¹⁸⁶ Al contrario, no se puede decir lo mismo de las posiciones que erigen como misión del Derecho penal la estabilización normativa o el mantenimiento del mínimo ético-social, cuyas definiciones de peligro o lesión, bien el establecimiento de necesidad o justicia de la sanción no se establecer de forma clara.

3.8. Funciones que cumple el bien jurídico

Siendo el bien jurídico el centro de la estructura dogmática en la construcción de la norma, este cumple tres funciones: dogmática, sistemática e interpretativa.¹⁸⁷

185 *Ibidem*, En ese sentido alude Peña Cabrera: “Una acción es materialmente ilícita en función de la infracción que se supone al bien jurídico protegido por la norma correspondiente. El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo”.

186 En este sentido WOLTER, Jürgen, “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 37-52, Coord. J.M. Silva Sánchez, B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias, 1995, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 52-53: “Ahora dirijamos sin embargo nuestra atención a la tarea principal del Derecho penal y del sistema del Derecho penal. Esta consiste en proporcionar una concordancia práctica y en armonizar - “bajo” la garantía de dignidad humana – la protección de bienes jurídicos de la víctima del hecho, incluida en la comunidad, y la protección de los derechos fundamentales del autor, conforme la garantía del contenido esencial del artículo 19, inciso 2º de la Ley Fundamental, así como del principio de proporcionalidad. Esta tarea evoca las dificultades que presenta el trabajo con el frecuentemente arbitrario principio de proporcionalidad. Existen, sin embargo, una serie de criterios que pueden contribuir a la determinación de la *adecuación* en este amplio ámbito de ponderación, según su respectivo apoyo de *idoneidad y necesidad*: el rango de los bienes jurídicos – dotados con los diversos límites que imponen los derechos fundamentales -; el modo y la intensidad de su posible

La función *dogmática* aparece porque la transgresión de la norma se explica como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. En el campo dogmático, el concepto de bien jurídico también produce importantes efectos, por ejemplo en la relativo a la validez del consentimiento. En este ámbito, la correcta delimitación del bien jurídico es esencial para la consideración de supremacía de valores que se produce.

La situación del consentimiento con relación a la agresión al bien jurídico también se encuentra afectada. Ello es verificable en la medida en que las diferentes teorías respeto de los bienes jurídicos pueden derivar diferentes conclusiones con relación a la posibilidad de disposición de los bienes. Si se adopta una postura monista colectiva o social, por ejemplo, la existencia de bienes jurídicos individuales solamente se justifica en la medida en que estos bienes reflejan un interés colectivo, ya que los bienes jurídicos individuales constituyen simples atribuciones jurídicas de las funciones del Estado. En este orden, se encuentra limitada cualquier disposición de bienes jurídicos bajo este fundamento, sean éstos individuales o colectivos.¹⁸⁸ Al haber un interés público en la preservación absoluta de la integridad física de todos los ciudadanos sería punible, por ejemplo, la realización de un tatuaje o la realización de un orificio en la oreja u otras partes del cuerpo para la colocación de un pendiente o de un *piercing*.

La función sistemática se identifica porque con el bien jurídico por referencia, se tiende a establecer jerarquías en las infracciones particulares contenidas en la parte especial.¹⁸⁹ En el ámbito de la organización normativa, el concepto de bien jurídico sirve a la función de clasificación, para permitir la agrupación de los tipos penales, dentro de un cuerpo legislativo, según la especie y la intensidad de la protección necesaria. A decir de Peña Cabrera “El sistema clasificatorio de la parte especial tiene su asiento en el bien jurídico

menoscabo – con la insignificancia como límite inferior –; la cualidad del hecho punible como tentativa, puesta en peligro concreta o lesión; ...”.

187 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal- parte general*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 233.

188 Véase, *infra*, 3.6. El monismo y dualismo en relación con el bien jurídico.

189 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch,, Valencia, 1996, p. 137. V. gr. En Código penal peruano y en el brasileño, atendiendo a la tendencia liberal que siguen sus Cartas Fundamentales, empiezan sus clasificaciones atendiendo a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; el honor, la libertad, el patrimonio, la confianza y buena fe en los negocios, etc.

amparado.”¹⁹⁰ Así se puede observar en los Códigos penales que las normas incriminadoras se agrupan según en orden de importancia del bien jurídico: delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la libertad sexual, contra el honor, etc.

Además, el *principio de proporcionalidad*, en su aspecto interno del sistema normativo, se refleja en el ámbito de las sanciones exigiendo que los delitos de peligro sean penados con menos gravedad que los delitos de lesión según se trate del mismo bien jurídico. Así también, los bienes jurídicos fundamentales como la vida sean proporcionalmente sancionados con mayor severidad que otros bienes jurídicos según importancia de prelación. Ello depende, nuevamente, de la elección de un sistema u otro. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que adquiere el bien jurídico “medio ambiente” dentro de un sistema monista colectivo y cual sería el grado de sanción, en comparación con las sanciones que adquieren los bienes jurídicos individuales.

Finalmente, se cumple, además, una función *interpretativa*, siendo el bien jurídico la base sobre la cual se estructura el tipo penal, será a partir de él donde se inicia la labor exegética. La tarea de la hermenéutica jurídico penal moderna es reinterpretar las categorías dogmáticas según el baremo político criminal. Así que la adecuada comprensión de la norma debe tener por elemento referencial el punto que sintetiza los objetivos del Derecho penal, es decir, la protección de bienes jurídicos.

Cabe anotar, como lo percibe Jescheck,¹⁹¹ que en el ámbito de la función interpretativa, el concepto de bien jurídico no se confunde con la mera intención del legislador sino que representa un presupuesto de validez y legitimidad normativa.

Bibliografía utilizada en este tópico: AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenäum, 1972; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, vol. I, tomo 1°. Rio de Janeiro: Forense, 1959; BUSTOS

190 PEÑA CABRERA, Raúl, “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, op. cit., p. 37.

191 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal- parte general*, op. cit., p. 232: “[...] el concepto de bien jurídico no debe equipararse sin más con la ratio legis, sino que ha de poseer un contenido de sentido real propio, anterior a la norma penal y concluyente en si mismo, pues en otro caso no podría cumplir su función sistemática como baremo del contenido de la delimitación del precepto penal y como contrapunto de las causas de justificación en las colisiones valorativas.”

RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3ª ed., Barcelona: Ariel, 1989; CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt: Fischer, 1996; COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general 2ª ed.*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., Trad. José Luis Manzaranes Samaniego, Granada: Comares, 1993; LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927; MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal, tomo I*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases do Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975; PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal, Estudio programático de la parte general*. 3ª ed., Lima: Grjley, 1997; ROCCO, Arturo. “L’oggetto do reato a della tutela giuridica penale”, em sua *Opere Giuridiche*, VI.. Roma: Foro Italiano, 1932; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997; SAX, Walter. “Grundsätze der Strafrechtspflege”, em *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin: Duncker e Humblot, 1972; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Cuadernos Civitas. Madrid: Civitas, 1999; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, parte general, I*. Tradução da 2ª Ed. alemã de 1976, por Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982; TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación do objeto de tutela jurídico penal”, em *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N. 63, pp. 125-149, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1981; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Par-*

te general. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976; WOLTER, Jürgen. “Derechos humanos e protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal”, em *Fundamentos de un sistema europeo do Derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 37-52, coordenação de J.M. Silva Sánchez, B. Schünemann e J. De Figueiredo Dias, 1995. Barcelona: Bosch Editor S.A., 1992; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

CAPÍTULO IV

DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL

4.1. Concepto de control social; 4.2. El Derecho penal como instrumento de control social primario; 4.3. El Derecho penal como instrumento de control social formalizado; 4.3.1. Misiones de la formalización; 4.4. El delito como comportamiento desviado: el poder definitivo de la sociedad para la selección de los hechos dañosos; 4.4.1. Criterios para determinar la dañosidad social; 4.4.2. El problema de la selección y jerarquización de los valores e intereses protegibles; 4.5. Naturaleza selectiva y discriminadora del control social jurídico-penal; 4.5.1. Control social y el modelo de Estado; 4.5.2. selectividad y discriminación del control social.

4.1. Concepto de control social

Bajo el concepto de control social se comprenden todos los recursos que una sociedad determinada dispone para convenir sobre la selección de determinados comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos y establecer sus respuestas en caso de que estas se transgredan.¹⁹² Ciertamente que a este control social contribuye el sistema educativo, la familia, los grupos de organización social y en última escala el Derecho penal. Todos orientados a garantizar el orden social preestablecido.

Con el manido e impreciso concepto de control social –concepto sociológico neutro, descriptivo, pero que se utiliza también con miras legitimadoras, unas veces, críticas, otras –se hace referencia a ciertos procesos sociales que recaban la conformidad del individuo, sometiénolo a las pautas, modelos y requerimiento de grupo; cohesión, disciplina, integración son, pues, términos que describen el objetivo final que persigue el grupo, la sociedad, para asegurar su continuidad frente al comportamiento individual irregular o desviado.¹⁹³

De la definición adoptada podemos colegir que el *objeto de estudio* del control social es *doble*: en primer lugar ubicamos a las *conductas o comportamientos* desviados los cuales son valorados negativamente; por otro lado, ubicamos a la *respuesta* que adopta el sistema cuando dichos comportamientos no se someten al conjunto de reglas y principios establecidos a la consecución del orden social. El problema aparece cuando se trata de establecer criterios generales a la selección de determinadas conductas que atentan contra el orden social; así también, como en determinar las formas de reacción de semejantes conductas.

Los criterios de selección de conductas y de reacción no tienen una regla universal e inmutable, sino varían según se formulen en relación con una estructura social determinada en un momento histórico concreto.¹⁹⁴

En lo que respecta al Derecho penal, como un medio más del control social, corresponde al Estado¹⁹⁵ analizar y seleccionar las conductas prohibidas y sus respuestas, estableciendo categóricamente que este poder del que goza no es absoluto dentro de un Estado de derecho, social y democrático, caso contrario se cuestionaría su legitimación. El Derecho penal se constituye, así, en el claro reflejo del modelo de Estado adoptado. Será tanto más democrático el Estado cuanto más presentes las garantías en el sistema de imputación.

192 Vid. COHEN, S., *Visiones de control social*, Promociones y Publicaciones Universitaria, Barcelona, 1988, p. 15 y ss.; BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORNAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Vol. I, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 15; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Ed. Eddili, Lima, 1987, p. 35; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, Tomo I, Ediciones jurídicas, Lima, 1998, pp. 41 y ss.

193 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 77.

194 BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORNAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, op.cit., p. 16.

195 Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 40 y ss; Este autor sostiene que es preferible el manejo del control social jurídico-penal por el Estado y no a través de la "injerencia privada". La legitimidad del sistema de control social jurídico-penal por parte del Estado obedece a la magnitud que representa el Derecho penal frente a otros instrumentos de control; y, porque, el destino del Derecho penal a competencia de la injerencia privada puede suponer el prescindir de respetar los derechos fundamentales de las personas, ante la eficacia buscada.

4.2. El Derecho penal como instrumento de control social primario

El hombre es un ser gregario y su supervivencia esta ubicada en el marco social. La interacción entre los hombres genera necesariamente reglas de convivencia que configuran un cierto orden social. Este orden social es promovido por instituciones como la iglesia, la familia, el trabajo, etc., las cuales son capaces de sancionar, a su modo, un comportamiento que no corresponda al esperado dentro del entorno social (*agentes de control social informal*).¹⁹⁶

Sin embargo, este control social espontaneo e informal no basta al mantenimiento del orden social, con lo que se hace necesario un orden jurídico, que formalmente se impone de modo más intenso. Dentro de ese marco jurídico es el Derecho penal (control social formal), el que se ocupa de la parte más grave de las desviaciones de conducta.¹⁹⁷ En este orden, el control social penal es un subsistema en el sistema global del control social; difiere de éste por sus fines (prevención o represión del delito) y por los medios de que se sirve (penas, medidas de seguridad, etc.).¹⁹⁸

Pero el Derecho penal no es el medio de control social más importante. La escuela, la religión, el sistema laboral, las organizaciones sindicales, los partidos políticos, la educación familiar, los mensajes emitidos por los medios de comunicación, el entorno en el que se desarrollan las relaciones sociales, etc., constituyen otros de los instrumentos informales de control social, incluso más importantes que el propio Derecho penal.¹⁹⁹

196 García-Pablos de Molina, agrega que: “Los agentes de control social informal tratan de condicionar al miembro del grupo, de adaptarle a las normas sociales, de disciplinarle a través de un largo y sutil proceso que comienza en sus núcleos primarios (familia), pasa por la escuela, la profesión y la instancia laboral y culmina con la obtención de su actitud conformista, interiorizando el individuo las pautas y modelos de conducta transmitidos y aprendidos”, en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, op. cit., p. 180.

197 En ese sentido denuncia Vázquez Rossi: “...el sistema penal (norma substantiva, realización y ejecución) es una herramienta eficaz para determinar comportamientos sociales”. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, “¿De qué nos protege el sistema penal?”, *Doctrina Penal*, n. 57-58, p. 79-89, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1992, p. 83; en el mismo sentido PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Ed. Grijley, Lima, 1997, p. 28.

198 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, op.cit., p. 179.

199 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, 3a edición, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1993, p. 35.

Naturalmente, en cualquier sociedad democrática, las relaciones entre las personas son reguladas por distintas instancias de control. Las metas del Derecho penal, de protección de bienes jurídicos son buscadas también por estas distintas instancias de control. Muñoz Conde²⁰⁰ menciona como ejemplo las instituciones como “la Cruz Roja, los servicios hospitalarios de urgencia, la policía, bomberos, etc.” las cuales “no tienen, en principio, otra misión que la protección de bienes jurídicos.”

Evidentemente, si la meta común de protección a los bienes jurídicos no diferencia al Derecho penal, de otras instituciones de control de la actividad social, lo que si lo diferencia es el grado de subsidiariedad con que interviene ante el fracaso de los demás medios de control.

En efecto, la intervención del Derecho penal como mecanismo de control social en un Estado de derecho, social y democrático se produce solamente de forma subsidiaria, es decir, en situaciones de emergencia, de alta dañosidad social, identificadas como los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes para la vida del individuo en sociedad.

Otra diferencia entre el Derecho penal en cuanto forma de control social y otros mecanismos que sirven al mismo propósito, es que aquél centra su atención en la *conducta desviada*, en cuanto que “las demás instancias se ocupan de manera central de ideas como la necesidad, educación o lesión.”²⁰¹

La sociedad tiene entonces diferentes instancias de control social y cada cual se ocupa de sus respectivos objetivos y puntos de actuación, según la escala de gravedad de dañosidad social. Precisamente, el Derecho penal constituye el último “freno social”, el medio de control social que opera en última ratio.

En las sociedades actuales se evidencia una intensa pérdida de capacidad de actuación por parte de otras instancias de control social que deben intervenir antes que el Derecho penal en razón de su carácter subsidiario, exponiéndolo cada vez más a una situación de indeseable vanguardia como primera o única *ratio*. La estructura familiar, religiosa, del trabajo, y del mismo Derecho civil o del Derecho administrativo, hoy ya ofrecen poca o ninguna capacidad de control sobre la conducta antisocial, por lo que con frecuencia asombrosa se viene recurriendo al Derecho penal para la solución de problemas que hasta hace poco sólo llegaban a su competencia muy selectivamente.

200 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 114.

201 *Ibidem*.

Sanción, proceso y norma constituyen el trinomio fundamental sobre la que se asienta el propio control social y, dentro de este, la administración de justicia.²⁰² Pero, la norma, sanción y proceso no son elementos monopolizados por el control social penal, pues en otras instancias del control social también juegan un rol decisivo estos tres elementos.

Este control social se desarrolla con el propósito de sostener la estructura de la propia sociedad, justamente al reconocimiento de estas normas suelen llamarse *expectativas contrafácticas*,²⁰³ cuyo incumplimiento genera las sanciones capaces de fortalecerlas en su vigencia.

En resumen, la sociedad no puede prescindir del control social.²⁰⁴ Sería inimaginable un proceso de socialización sin la realización efectiva de la norma y la sanción.²⁰⁵

4.3. El Derecho penal como instrumento de control social formalizado

Una vez delineado el papel del Derecho penal en el control social, se hace necesario establecer el procedimiento especial de cómo llevar a cabo dicha protección. Para ello se recurre a la *formalización* que no es más que una inmersión jurídica. El Derecho penal aparece, entonces, para ocuparse de los ataques más intolerables a los bienes indispensables al desarrollo social de los individuos. Pero la conducta prohibida no viene sola: aparece el instrumental intervencionista de gran poder de coerción que es la pena o la medida de seguridad.

La formalización constituye, además, una *garantía de libertad* (principio de legalidad), pero al dirigirse al entramado de toda la cultura de la comunidad persigue que sus mandatos puedan ser internalizados por cada uno de sus

202 *Ibidem*, p. 115.

203 Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 115.

204 “El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmando y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. “No hay alternativas al control social”; es inimaginable una sociedad sin control social.” En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 36.

205 Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 33.

miembros. Cabe mencionar que una adecuada formalización que responda lo más exactamente posible a la realidad concreta de sus conflictos sociales,²⁰⁶ no sería criticada o cuestionada. Caso contrario, es posible que la sociedad se exaspere porque no están dispuestos a interiorizar mandatos que socialmente les impone el sistema, reclamando una nueva formalización que tenga como base los principios rectores de la igualdad y libertad.

De otro lado, el manejo de una sanción tan violenta como la pena, torna necesario un acercamiento del Derecho penal con las garantías a fin de que no se produzcan excesos hasta el punto de convertir el propio mecanismo más importante del control social en un elemento dañino. Precisamente, los límites al *ius puniendi* estatal se reconocen porque su misión consiste en formalizar el “control social jurídico” a fin de liberarlo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad.²⁰⁷

4.3.1. Misiones de la formalización

La formalización cumple funciones²⁰⁸ como la de evitar una actuación sorpresa y espontánea del Derecho penal con la publicidad y claridad de sus normas ya antes de su intervención. Así mismo, es posible saber cuales son las consecuencias de esa intervención; porque orienta a todos los implicados (infractor, víctima y espectadores); porque selecciona, delimita y estructura las posibilidades de acción, tanto del agresor como de la víctima.

Otra función que debe tener la formalización es permitir la concreción de *garantías individuales*, lo que Hassemer denomina *principios valorativos*,²⁰⁹ a fin de evitar excesos innecesarios. Entre los principios se encuentran el de proporcionalidad, el de culpabilidad, el de legalidad, el de publicidad, el derecho a la defensa, el derecho a ser oído, el in dubio pro reo, el recurso a una

206 V. gr. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Lições de Direito penal. Parte Geral*, 3ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995, p. 25 y ss.

207 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 116.

208 *Ibidem*, p. 117. Quienes al respecto agregan que: “La formalización, cuando es producto de una idea de cristalización de garantías democráticas tiene funciones importantes en el conflicto consistentes en asistir a los implicados en una situación excepcional, delimitar el campo de actuación permitido a ellos, interponer el Estado en la relación reo-víctima de modo minimizar las posibilidades de conflicto directo, intentar el establecimiento de un equilibrio de las fuerzas en conflicto y posibilitar la resolución definitiva del conflicto”.

209 *Ibidem*, p. 120.

instancia superior, el poder intervenir en el proceso y el derecho a la prueba; el derecho a no declarar contra sí mismo y a no prestar testimonio en determinados casos; determinados límites de carácter social y constitucional en la ejecución penitenciaria, etc.

Precisamente, un Derecho penal con garantías la convierte en un instrumental “perfectamente reglada” y, por consiguiente “segura”, “previsible” y “controlable” en absolutamente todas sus etapas.²¹⁰

En un Estado de derecho, social y democrático, el control social ejercido por el Derecho penal tiene que guardar un equilibrio entre la protección de los bienes jurídicos afectados por la conducta desviada (perteneciente a la víctima) y aquellos que sufrirán las consecuencias de la intervención penal (en general, la libertad del reo). Así, las formalidades deben permitir que todos conozcan el contenido y consecuencias del control penal, también los principios sobre los cuales se asienta. Por ello, la formalización de esta intervención tiene que mantener este equilibrio: garantía y libertad.

Pero habrá que distinguir que el Derecho penal, en sentido estricto (conjunto de normas jurídico penales), es sólo una parte de la normativa del sistema penal. El sistema penal está compuesto por un conjunto de normas sobre instituciones, procedimientos o espacios como son los de la sede de los tribunales, las comisarías policiales, los centros penitenciarios, y de agentes que ponen en marcha el sistema y lo hacen funcionar como los jueces, fiscales, los abogados, los policías, los funcionarios de prisiones, etc.²¹¹ Una consideración integral de todo el sistema penal permitiría comprender y valorar el Derecho penal.

4.4. El delito como comportamiento desviado: El poder definitorio de la sociedad para la selección de los hechos dañosos

Cuando aparece el Derecho penal, en *última ratio*,²¹² lo hace para atender comportamientos intolerables para la convivencia que reciben el nombre de *delitos*. Pero, ¿qué es el delito? Siguiendo a Zugaldía, en una primera

210 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 35.

211 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 2.

212 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, op. cit., p. 183.

aproximación sociológica, el delito puede ser considerado como un *comportamiento desviado* respecto de determinadas normas de conducta.²¹³ Entre tanto, en el control social en general muchas pueden ser consideradas conductas desviadas y no todas pueden ser consideradas delictivas, v.gr. el transgredir normas religiosas, el desatender normas familiares o el no asistir a la escuela pueden ser consideradas comportamientos desviados por el control social educacional, familiar o religioso. De estas últimas no se ocupa el Derecho penal. El Derecho penal se ocupa, entonces, de las conductas desviadas que tiene la calidad de delictivas. Nos preguntamos ahora ¿Qué criterios se siguen para seleccionar determinadas conductas como delictivas?²¹⁴ y ¿quienes tienen el ejercicio de aquel poder definitorio? Estas dos interrogantes no tienen una regla general inmutable, sino varían según se formulen en relación con una estructura social determinada en un momento histórico concreto. Ahora, para seleccionar determinados comportamientos desviados y considerarlos como “delitos” se utiliza como criterio fundamental el de su *Dañosidad Social*. El problema surge cuando se quiere determinar el alcance de tal calificación.

Por otro lado, del alcance que se le quiera dar a la dañosidad social no se tiene que considerar las características personales de los sujetos como “la personalidad” o “conducción de la vida”. Nuestro Derecho penal, en un Estado de derecho, social y democrático no se congratula con un “Derecho penal de autor”. En este sentido reza nuestro actual Código penal en su art. 11: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. A nadie se le debe castigar o estigmatizar por ser degenerado, perverso, antisocial, sino tan sólo por sus actos concretos ejecutados. La personalidad de los sujetos únicamente puede ser considerada por el derecho para que se le reconozca como un sujeto responsable que lo habilite para ser sujeto de imputación subjetiva.

213 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 43.

214 Apunta ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Ibidem*, p. 44, que “ Como no todo comportamiento desviado es delictivo la “calidad de delictivo” de un comportamiento, por consiguiente, no puede entenderse como una propiedad que corresponde a una acción considerada *en sí misma*: antes por el contrario, dicha propiedad no es sino el resultado del ejercicio del poder definitorio de la sociedad que decide y selecciona, de entre todos los comportamientos desviados, cuales son los que, dada su importancia y el conflicto social especialmente agudo que plantean, se van a controlar precisamente mediante el recurso a la pena, esto es, cuáles son los que van a ser considerados como delictivos”

En lo que respecta al ejercicio del *poder de definitorio* corresponde al Estado analizar y seleccionar las conductas prohibidas. Sin embargo, el poder del que goza no es absoluto dentro de un Estado de derecho, social y democrático.

4.4.1. Criterios para determinar la dañosidad social

Siguiendo a Zugaldía,²¹⁵ diremos que los criterios que se han seguido para determinar la dañosidad social han sido diversos, destacándose fundamentalmente los que lo determinan atendiendo a la ética social, el bien jurídico y el de la funcionalidad de la conducta.

En consideración a la *ética social*, se afirma la dañosidad social de un hecho cuando se contrapone a las normas ético-sociales impuestas por el colectivo social. Ciertamente que en estos criterios de dañosidad social están presentes la costumbre, consideraciones culturales y todo orden al que el grupo social considere válido para el mantenimiento del mismo. Sin embargo, se critica a esta postura el no permitir la transformación del orden social mismo. Todo se agota en lo que establece el grupo mayoritario.

En consideración al criterio de selección del *Bien Jurídico*, se afirma que la dañosidad social de un hecho se determina cuando se lesiona o se pone en peligro bienes jurídico fundamentales que pongan en riesgo la perfecta convivencia social. Sin embargo, sólo puede ser bien jurídico lo que antes es considerado un bien. Los bienes no tienen existencia con la norma, sino son previos a ella establecidas por la realidad social de donde emanan, por tanto, afirma Zugaldía,²¹⁶ que su determinación no puede ser ajena a las condiciones culturales del grupo.

Respecto del *criterio funcionalista*, se afirma que la dañosidad social de un hecho se determina por el carácter disfuncional del mismo al defraudar las expectativas establecidas por el grupo, impidiendo o dificultando el normal desarrollo del grupo social. Las críticas que ha recibido esta postura son muchas, sin embargo, nos parece importante destacar una de ellas; el hecho de la utilización del Derecho penal como tributario al mantenimiento del orden social, constituyendo un sistema acrítico e impermeable a la transformación del orden social.

215 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 45 y ss.

216 *Ibidem*, p. 46.

En este orden sistemático lo que se persigue con la pena es recuperar la confianza en el sistema del ciudadano honesto (confirmación de la confianza en la norma). El delincuente es “estigmatizado”, apartado o marginado de la sociedad. Por otro lado, el Derecho penal en este orden sistemático no defiende bienes jurídicos, sino la conservación del sistema, el buen funcionamiento de éste y la confianza de los ciudadanos a ese orden social. Todo se reduce a la norma: la dañosidad social delictiva se confirma sólo por quebrantar el ordenamiento jurídico, a través del cual se cuestiona o se pone en duda la vigencia de la norma.

Después de todo, es doctrina mayoritaria los que centran los criterios de determinación de la dañosidad social criminal desde el criterio del bien jurídico. Sin embargo, con ello no se dice mucho ya que el concepto de bien jurídico se le describe de diversos modos.²¹⁷

Un concepto de bien jurídico práctico y más cerca de la realidad se agudiza más aún en una sociedad moderna y compleja como en la que vivimos; hay necesidad de proteger el medio ambiente, el tráfico diario, el mercado, etc. Dentro de este contexto, Zugaldía sostiene que se debe profundizar en la investigación de “reglas” y de “criterios” que permitan determinar “de la forma más precisa y concreta posible”, cómo se seleccionan y jerarquizan los valores que finalmente son de competencia exclusiva del Derecho penal.²¹⁸

4.4.2. El problema de la selección y jerarquización de los valores e intereses protegibles

Un punto de *referencia* que se tiene que seguir a la selección de bienes jurídicos lo podemos encontrar en la Constitución. Aunque con las reservas del caso, ya que una Constitución posee unos valores que bien pueden ser establecidos sin las características propias de un Estado de derecho, social y democrático. El tenerla como referencia absoluta constituiría ejercer una función “conservadora” de esa realidad social.

Pero, como bien sostuvimos, la Constitución sólo puede constituir un punto de referencia, en la medida que la mayoría de las Constituciones de nuestra

217 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, 1ª edición, trad. de la 2ª ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Díez y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 70-71 y HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 106-107.

218 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 47.

cultura jurídica contemplan la protección de bienes jurídicos individuales y los valores o intereses colectivos. A la vez que se protegen intereses individuales clásicos como la vida, la libertad, la salud; así mismo, la Constitución contempla la protección de valores colectivos en tanto tienen trascendencia individual para la vida en común y para el desarrollo del sistema, tales como el medio ambiente, la salud pública, la libertad sindical o la hacienda pública.²¹⁹

Intereses funcionales del sistema e intereses individuales clásicos son protegidos por el ordenamiento jurídico penal. Por ejemplo; en lo que compete a los intereses funcionales: el Derecho penal recurre ante la distribución o puesta en venta de productos alimenticios en mal estado porque ponen en peligro la salud pública (art. 288),²²⁰ cuando, contraviniéndose las leyes o disposiciones de carácter general, protectoras del medio ambiente se pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales,²²¹ repercutiendo directamente sobre el conjunto de las condiciones vitales de las personas (delitos de peligro, art. 304); el Derecho penal interviene, cuando por efecto de la conducción de vehículos motorizados bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas se pongan en peligro la integridad o salud de las personas (art. 274).²²²

Lo que sí constituye un problema es el hecho de establecer jerarquías a los valores e intereses, entre los bienes jurídicos individuales o colectivos. Lo que aparentemente evidencia sólo una diferencia de sistemas o métodos propios de la hermenéutica oculta algo más profundo. La jerarquización de prevalencia entre los intereses individuales o colectivos no resultan antojadizas, sino evidencian un “modelo de Estado”. La adopción de prevalencia de una u otra marcan las bases fundamentales de lo que es o debe ser el Estado.

219 V. Gr. Zugaldía sostiene, en relación a la protección de los valores colectivos, que: “Para la asunción por el Derecho penal de la indicada función promocional, por razones fácilmente comprensibles, no debe suponer ningún obstáculo el “principio de intervención mínima”: en primer lugar, porque la importancia de esos valores e intereses colectivos no es precisamente “mínimos”; en segundo término, porque su protección a través de la “artillería pesada” del ordenamiento jurídico (el Derecho penal) no tiene porqué ser menos efectiva que la de los intereses individuales clásicos”. En, *Ibidem*, pp. 48 y 49.

220 Véase, también, art. 272 del Código Penal Brasileño.

221 Véase, también, art. 325 del Código Penal Español o el art. 54 da Lei Federal brasileña n. 9.605 de 12 de Febrero de 1998.

222 Véase, también, art. 379 del Código Penal Español o el art. 306 da Lei Federal brasileña n. 9.503 de 23 de Setembro de 1997.

Nuestra preferencia es a la jerarquización de los valores e intereses individuales frente a los colectivos. Lo que se identifica con una *teoría monista personalista* que reconoce la existencia de los bienes jurídicos colectivos sólo en tanto sirven al desarrollo personal del individuo.²²³ Esta preferencia se adecua a los presupuestos democráticos de protección del individuo.²²⁴

El reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente o la economía, ahondado más por el desarrollo de los procesos de socialización que pregonan las ciencias sociales, nos coloca en motivo de reflexión para determinar si es que los intereses de la sociedad y del Estado deben primar frente a los intereses individuales: indudablemente creemos que no.²²⁵

Por otro lado, si bien las Constituciones reconocen como exclusiva la protección de Derechos fundamentales de la persona; como por ejemplo, la libertad y la seguridad del trabajo, estos reconocimientos no se congratulan con la estructura sistemática que siguen algunos Códigos Penales al dar una importancia primaria a la protección del derecho de propiedad.

Zugaldía pone como ejemplo, comentando el anterior Código Penal Español: “la extraordinaria protección que nuestra legislación penal otorga al derecho de propiedad (que no es un derecho fundamental de la persona al estar reconocido en el art. 33 C.E. y fuera, por consiguiente, de la sección Primera del Capítulo segundo C.E., contrasta, sin duda, con la escasa protección penal otorgada, por ejemplo, al derecho fundamental de la persona (art. 17 núm. 1 C.E.) a la libertad y seguridad en el trabajo: las violaciones de este derecho fundamental son sancionadas (a diferencia de lo que normalmente sucede en el ámbito de los delitos contra la propiedad) con pena privativa de libertad de corta duración (de un mes y un día a seis meses de arresto ayor) o incluso solamente con pena de multa de 100,000 pesetas (art. 348 bis C.P.)”²²⁶

223 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 108: “Para las teorías monistas sólo hay, en cambio, dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas posibilidades se excluyen entre sí. O se le concibe desde un punto de vista del Estado, considerando en este caso los bienes jurídicos individuales (vida, salud, etc.) como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. O se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo.”

224 En este punto estamos de acuerdo con lo que preconiza Muñoz Conde: “Sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, [...]”. *Ibidem*, p. 109.

225 Vid. tópico relacionado a *Monismo y Dualismo*.

Sin embargo, la protección de los Derechos fundamentales de la persona pueden generar algunos problemas de jerarquías entre los mismos. Tal es el caso, no poco frecuente, del derecho fundamental de la persona humana, a saber: el derecho al *honor* y el derecho a la *libertad de expresión*. En el Derecho penal se deja un campo abierto para situaciones de esta naturaleza mediante las figuras de las causas de justificación. Indudablemente, creemos que no se pueden plantear jerarquías intraconstitucionales entre dichos bienes jurídicos; pero, habrá que reconocer que al ser el derecho a la libertad de expresión y crítica una condición absolutamente necesaria para el ejercicio de los demás derechos en que se funda el sistema democrático, los límites que se le pueden imponer al ejercicio del derecho de honor han de ser interpretados de forma restrictiva al derecho de libertad de expresión.²²⁷

Finalmente, diremos que el criterio de selección o jerarquización de los valores e intereses que el Derecho penal es llamado a proteger de lesiones o puestas en peligro, no tienen una regla general inmutable sino depende de la estructura social determinada en un momento histórico. La decisión entre una y otra postura no depende de las bases valorativas que el propio Derecho penal ha elaborado. La Constitución sólo constituye una fuente de referencia, pero, tampoco establece los límites a la selectividad o jerarquización ya que la sociedad evoluciona de manera vertiginosa. Con ello la presencia de nuevos riesgos y sus valoraciones jurídicas y apreciaciones de índole ideológicas, éticas o políticas.

4.5. Naturaleza selectiva y discriminadora del control social jurídico-penal

4.5.1. Control social y el modelo de Estado

Además de hablar sobre como se desarrolla el control social a través del Derecho penal, es muy importante destacar el hecho de que esta forma de control refleja siempre el *modelo de Estado* adoptado. Lo que convincentemente podemos decir es que en América Latina los ideales iluministas siguen sin cumplirse. Aún se espera la llegada de una sociedad que concrete los principios iluministas, principalmente los de igualdad y libertad.

226 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 50.

227 Véanse, las Sentencias del Tribunal Supremo Constitucional Español, del 17 de julio de 1986 y del 22 de febrero de 1989, las mismas que reconocen que no pueden plantearse jerarquías intraconstitucionales entre dichos bienes jurídicos.

La falta de obediencia a estas propuestas ha hecho con que se mantenga hasta hoy una configuración de Estado con tintes absolutos, en la medida en que los sucesivos modelos sociales aún no tienen al hombre como punto de partida de toda construcción social, sino a la economía. Como consecuencia, el mecanismo de control social sigue siendo altamente discriminatorio y selectivo.

En la construcción de la conformidad tienen también importancia destacada los mecanismos de legitimación de un orden social cuya realidad demuestra contradicciones entre lo que proclama y lo que manifiesta. Un orden social como el nuestro, que, aunque proclama normativamente libertad e igualdad, pone de manifiesto una realidad en lo que esos valores aparecen fuertemente condicionados por los desequilibrios económicos. Esto hace que los presupuestos de los mecanismos legitimadores, esto es, las ideologías explicativas del poder, como el contrato social o un código moral o sistema de valores aceptado, estén en permanente revisión y reformulación.²²⁸

Bustos Ramírez ha destacado que la falencia del Estado absoluto está asociada a su incapacidad de permitir la reproducción de la fuerza de trabajo explotada por el poder. Asocia la ascensión del modelo capitalista burgués a la necesidad de permitir la reproducción de la fuerza de trabajo, afirmando que, al final, la libertad concebida por la revolución iluminista se limitó a la liberación de mercado, sin cambiar profundamente el modelo de explotación del trabajo.²²⁹

228 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORNAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 17.

229 “El capitalismo, para la acumulación, requería la reproducción de la fuerza de trabajo, y ello demandaba la existencia del «libre» mercado. El absolutismo, que se había concentrado en la acumulación, la ponía paradójicamente en peligro, al no cumplir con las condiciones necesarias para la reproducción de la fuerza de trabajo. Ahora bien, para que tal mercado se diera era necesaria la concurrencia a él de los que poseen los medios de producción (los capitalistas) y de los que no los tienen (los trabajadores). Pero para que éstos pusieran a disposición su capacidad de llevar a cabo un trabajo era indispensable que se diese dentro de un marco de libertad e igualdad con los primeros; de otra manera no habría posibilidad de reproducir la fuerza de trabajo, con lo cual no había acumulación y el sistema fracasaba (cf. Gough, pp. 105 y ss., 112 y ss.). En otras palabras, sólo se podía hablar de mercado en la medida en que se aseguraban la libertad y la igualdad. Por eso Wolfe expresa tajantemente: “El único mercado libre que el capitalismo llegó a crear alguna vez fue el mercado de trabajo” (p. 45).” BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, en *El pensamiento criminológico. Estado y control*, p. 11-35, Ediciones Península, Barcelona, 1983, p. 14.

En el mismo sentido se pronuncia Antón Mellón cuando afirma que “la “revolución” para las burguesías europeas consistió en apoderarse del Estado y promulgar las leyes que sentarían las bases del desarrollo capitalista.”²³⁰

En efecto, la explotación del trabajo tan sólo ha cambiado de manos del Monarca absolutista hacia el capitalista. El modelo que permaneció fue el de acumulación, manteniendo, además, “una concepción *absoluta*”,²³¹ de control no más por la vía de la fuerza física, sino por la de la manipulación de la convicción o el acuerdo. El pueblo, el ciudadano común, el trabajador proletario, creía que las bases de la revolución burguesa le beneficiarían, pues la carta de propuestas es efectivamente convincente. Se encontraba entonces, perfectamente de acuerdo con las aspiraciones de los capitalistas contra el “enemigo común” representado por el Estado absoluto. Entre tanto, hay que tener en cuenta que la sustitución del modelo de Estado parte de la presunción de una igualdad supuestamente preexistente entre los hombres y que debe ser mantenida, cuando en verdad había una clara diferencia de rango entre el sector proletario de la población y la clase detentora de los medios de producción, lo cual no hizo más que acentuarse desde entonces.

La selección de bienes, desde antaño, jurídicos privilegia la protección del patrimonio. Lo demuestra la cita que hace Antón Mellón²³² respecto de un párrafo del Código Penal Español de 1882 proyectado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez que, al final, no prosperaría, en estos términos:

““En ninguno de nuestros cuerpos legales aparece desamparado el derecho de propiedad, base firmísima de toda la sociedad, sin el que ni el individuo, ni la familia, ni colectividad alguna podrían humanamente vivir, ni menos progresar, siendo, por lo mismo, causa y efecto, a la vez, de mayor cultura y civilización la seguridad y respeto que para la propiedad se ha ido ganando con el transcurso de los tiempos en las diversas edades de la humanidad y en la variada vida de las naciones y de los pueblos. Dominado por convicción tan

230 ANTÓN MELLÓN, J. “Ordenamiento jurídico burgués y cuestión social”, en *Historia ideológica del control social*, p. 1-30, Coordinación de Roberto Bergalli y Enrique E. Mari, Promociones y publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989, p. 1.

231 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, en *El pensamiento criminológico. Estado y control*, p. 11-35, Ed. Península, Barcelona, p. 15.

232 ANTÓN MELLÓN, J., “Ordenamiento jurídico burgués y cuestión social”, op. cit., p. 6.

profunda, claro y seguro es que este gobierno no había de adoptar solución alguna que menoscabase o desvirtuase el lo más mínimo la garantía o sanción penal de derecho tanpreciado [...]”.

El Estado concentra entonces su modelo de control en los disidentes, se regula penalmente las subversiones sociales²³³ con el objetivo exclusivo de conducir la gente a un planteamiento único que gira en torno a la economía de libre mercado.

Este modelo de Estado guardián luego ha presentado sus fallos²³⁴ al fracaso de concretización del postulado iluminista de igualdad que se propugnaba apenas en el ámbito político, pero no en el económico y social.²³⁵ Con ello, la propia construcción del modelo social se ponía en riesgo, obligando al Estado a pensar en la preservación de la sociedad bajo el riesgo de destrucción del modelo de acumulación.

De ahí la adopción del modelo positivista “científico” como referencia de legitimación y la orientación penal a las influencias de las ciencias sociales. La escuela Positiva se enfrenta al delito a través del conocimiento científico de sus causas. Entre sus representantes destacan Lombroso, Garófalo y Ferri. En este contexto aparece la criminología como disciplina empírica y científica encargada de estudiar la etiología de la criminalidad.²³⁶ Las desviaciones son identificadas con las características personales de los individuos, y la reconduc-

233 “De ahí la persecución y prohibición de los sindicatos, de las huelgas, que resultan no sólo un problema de orden económico, sino un ataque contra la seguridad misma del Estado.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Loc. Cit.*, p. 15.

234 “El sistema logrado en el Estado guardián, a pesar de ser aparentemente muy transparente, en razón del mercado mismo, estaba sujeto a un cúmulo de tensiones y contradicciones, las surgidas por la existencia de: poseedores y no poseedores de los medios de producción, libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, dependencia económica y autonomía ética, etc.”, *Ibíd.*, p. 16.

235 En este sentido, Antón Mellón: “La ley garantiza la igualdad abstracta de los individuos y con ello legitima las desigualdades sociales concretas que se producen...”. ANTÓN MELLÓN, J., “Ordenamiento jurídico burgués y cuestión social”, *op. cit.*, p. 4.

236 Von Liszt pregona que “El empleo consciente de la pena, como un arma del orden jurídico en la lucha contra el crimen, es imposible sin el examen científico del crimen en su aspecto real y exterior y en sus causas interiores que se deducirán de los hechos. Esta “teoría del crimen”, causal y explicativa, puede ser llamada Criminología (etiología de la criminalidad)”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20ª Ed. Alemana por Luis Jiménez de Asúa, Instituto Ed. Reus, Madrid, p. 12.

ción individual al modelo social vigente (resocialización, reeducación) pasa a ser uno de los fines; claro está, sin descartar la posible necesidad de destrucción del disidente irresoluto (inocuidación).²³⁷

García-Pablos, sostiene que: “Desde el punto de vista histórico-político, el positivismo contribuyó a la consolidación y defensa del nuevo orden social que devino, así, un “absoluto” incuestionable. La Ilustración se había limitado a criticar el “Antiguo Régimen”. La teoría del contrato social y de la función preventiva de la pena no era suficiente para fundamentar positivamente el nuevo orden social burgués industrial. Todo lo contrario, el criticismo racionalista y metafísico de los iluminados podía ponerle en peligro. Era necesario, por ello, fortalecer el naciente orden social, legitimarlo, protegerlo, y ese fue el proyecto político del positivismo, que absolutizó y entronó quizá no el poder pero sí el orden burgués.”²³⁸

El positivismo incorpora la distinción individual bajo el *criterio de peligrosidad* como forma de identificación individual que permite la necesaria actuación del control social penal. Se llega al punto de proponer la identificación personal de la peligrosidad incluso bajo el aspecto biológico, haciendo un control social absolutamente radical.²³⁹ Cesare Lombroso, médico italiano, en su obra titulada *L'Uomo Delinquente*, de 1876, sostiene la posibilidad de identificar el biotipo criminal. En este orden, divide a las personas según grupos biológicos con la finalidad de clasificar e identificar al criminal nato.

Ferri, por su parte, decía que “debemos decir que desde el punto de vista natural o social sólo pueden ser delinquentes los que son anormales.”²⁴⁰

237 Así es la tónica del conocido Programa de Marburgo propuesto por Von Liszt.

238 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, op. cit., p. 436.

239 “No es de extrañar, pues, que con el positivismo se radicalice el control, sobre la base de la división científica de la existencia de hombres no peligrosos (normales) y peligrosos (anormales); luego se trata de defender la sociedad de estos seres peligrosos – a los que hay que resocializar o inocuizar – que son los que se apartan de lo normal; más aún, que presentan características potenciales de separarse de lo normal – pronóstico científico de peligrosidad. En el fondo, el control se inicia con el nacimiento del individuo y aún más atrás, con el control de las características de los futuros padres.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, op. cit., p. 17.

240 Cfr. FERRI, Enrico, *Principio del derecho criminal, Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, Trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, p. 204.

Con el calificativo de “peligrosidad” las garantías individuales pasan a un segundo plano. Es necesario atender esa peligrosidad empleando las técnicas de control, las que muchas veces resultan atentatorias a la libertad. Era posible de que cualquier sujeto fuese sustraído por el Sistema, sin siquiera haber lesionado bienes jurídicos, sino sólo por consideración de él como sujeto peligroso, a fin que sopesa sobre él toda la maquinaria social vigente: resocialización o reeducación. La técnica empleada es la prevención especial, es decir, se pretende que el individuo se reincorpore a la sociedad. Para ello es necesario hacer en él la introyección de las pautas y valores sociales.

Los cortes más radicales de este “perfeccionamiento social científico” llevaron a las concepciones de Estados de talla aún más absolutista como los modelos fascista y nazi. Al respecto, no se puede olvidar que el Derecho penal en las manos de algunos de sus más importantes científicos ha contribuido para establecer un modelo de control, tal como lo corroboran los más recientes estudios realizados por Muñoz Conde, las cuales ponen al descubierto la participación del mismo Mezger, en la construcción del modelo jurídico de tales Estados.²⁴¹

A la derrota de este modelo de Estado que se puede denominar “absolutista científico”, sigue un modelo llamado de *bienestar social*, constituyendo su base la búsqueda del *consenso*. Con él, se reconoce la presencia de algunos derechos propios del hombre social, es decir, indispensables para que el hombre conlleve la vida en sociedad. Pero aún así se mantiene presente la idea de intervención del Estado controlador tan sólo para mantener en marcha el camino hasta entonces seguido por el modelo de acumulación capitalista.

El Derecho penal, nuevamente presta su atención a la conversión de los disidentes al *consenso*. De ahí se empieza hablar de resocialización, rehabilitación social, cobrando mayor importancia el *Derecho penitenciario* que como función principal le compete el trabajo terapéutico.²⁴²

241 “[...] MEZGER, a los cincuenta años, en pleno apogeo de su fama como penalista, [...] se convirtió en uno de los más importantes representantes de la Ciencia alemana del Derecho penal y uno de los penalistas más destacados del régimen nacional socialista que dominó Alemania de 1933 a 1945. [...] Como miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal tuvo destacada participación en la redacción de textos legales fuertemente impregnados de la ideología nazi, como la reforma de 28 de junio de 1935 que introdujo en el Código penal alemán (StGB) la analogía como fuente de creación del Derecho penal «según la idea básica del Derecho penal y el sano sentimiento del pueblo alemán».” MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre el causalismo y el finalismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 29-32.

Crece también la importancia de los controles sociales informales, dada la percepción de que los resultados de consenso pueden ser obtenidos, a lo mejor, con más eficacia, fuera del Derecho penal.²⁴³ Pero, como bien alerta Bustos, surgen preguntas como: ¿Qué legitima al Estado para utilizar estas técnicas para obtener el consenso o la obediencia?²⁴⁴ Es decir, ¿para qué se resocializa a la gente?, ¿Hacia qué especie de sociedad se conduce a los disidentes?

A estas preguntas pretende abordar la llamada Criminología Crítica,²⁴⁵ una nueva vertiente de la criminología, que tiene sus origen en los trabajos de Ta-

242 En este sentido, analizando ya la crisis del modelo en aprecio, Jescheck lo ubica en el tiempo: "Al cuestionarse una serie de concepciones básicas de la época anterior (inclinación de los Estados hacia una profunda humanización del Derecho penal, posibilidad de resocialización del delincuente adulto mediante el tratamiento, y contención de la criminalidad gracias al estado general de bienestar), se ha manifestado a nivel internacional, desde finales de los años sesenta, una crisis de la Política criminal que se centra, sobre todo, en la pena privativa de libertad, pero que afecta, asimismo a las restantes sanciones juridicopenales." JESCHECK, Heinz-Heinrich, (1993, 4a Ed.), *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Ed. Comares, Granada, p. 679.

243 En este sentido apunta Muñoz Conde que "El Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones pero también con todas sus garantías para el individuo, comienza a ser sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos y, sobre todo, mucho más difíciles de limitar y controlar democráticamente." En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 67; también Bustos, cuando señala: "... la actividad del Estado resulta más amplia y sutil que en los primeros tiempos: no se trata de disciplinar directa y groseramente para el trabajo, sino sólo para el *consenso*. De ahí la gran importancia que cobran los llamados controles informales - la vida cotidiana, la escuela, la familia, la pareja, los medios de comunicación de masas, etc." BUSTOS RAMÍREZ, Juan, (1983), "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", op. cit., p. 19.

244 *Ibidem*, p. 20.

245 Las principales propuestas de la criminología crítica o radical, están condensadas en la obra BARATTA, Alessandro,.), *Criminología crítica e crítica do Direito Penal*, 2ª ed, Trad. Juarez Cirino dos Santos, Ed. Freitas Bastos, 1999, y consisten en: a) Elaboración de una política criminal y reformas sociales que generen igualdad social y desarrollo de un *contrapoder proletario*, que inflencie en los rumbos políticos de la sociedad; b) Conducir la tutela penal hacia intereses esenciales para los individuos y la comunidad (garantismo), y emplear los mecanismos de criminalización en la criminalidad no convencional (crimen organizado, delitos contra la economía popular, contra el medio ambiente, etc.); c) Discusión masiva de la cuestión criminal en la clase proletaria. Transformación de la opinión pública con relación al delincuente. Quiebra del *labelling* a que se refiere Becker; d) Abolición de la cárcel.

ylor, Walton y Young, *The New Criminology*, de 1973, y que pone en duda la idea de resocialización en el modelo de Estado existente por su incapacidad de congratularse con los ideales de igualdad. La justificación del ejercicio del control social a través del Derecho penal se torna entonces cuestionable, por lo menos en el patrón de Estado hasta entonces mantenido.

La superación de tal modelo de Estado es la propuesta que figura en los discursos neoliberales y en las propuestas corporativistas.

El primero propone “volver al *liberalismo primitivo de mercado*, planteando la ley de la oferta y la demanda como una ley natural, como expresión de la libertad”²⁴⁶ proponiendo un Estado de intervención mínima, alejado del mercado, cuyos propios costos sociales son vistos como una violación a la libre concurrencia y un exceso innecesario.

En los países que adoptaron este modelo, el alejamiento absoluto del Estado de las relaciones de mercado ha proporcionado un vacío de los cuales se han hecho competente las corporaciones multinacionales privadas. Estas tomaron para ellas la conducción de las relaciones sociales, generando, con ello, el incremento de las diferencias socio-económicas entre los detentores de los medios de producción (especialmente de tecnología) y el proletariado.²⁴⁷ Los países no desarrollados que adoptaron este modelo se convirtieron en verdaderos campos de producción para las grandes corporaciones.

Si tuviéramos que dar las características distintivas del control social en el fin del milenio diríamos que es un lento e imperceptible desplazamiento del

246 Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, (1983), “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, op. cit., p. 20.

247 Vázquez Rossi hace contundente crítica en la cual cuestiona incluso el propalado ideal neoliberal de la libertad de mercado, afirmando que “El contexto socio-político en que opera esta reflexión es el del apogeo de la denominada economía de mercado, en la cual el Estado se desprende de todo aquello que estima como no esencial, deja de intervenir en servicios y asiste impasible a un juego de intereses privados. Pero es obvio que no se necesita un doctorado en economía política para advertir que no estamos ante la realización del esquema de Adam Smith, ni de un funcionamiento liberal en sentido estricto. Porque lo que en verdad se trata es de la implementación coactiva de determinadas pautas de funcionamiento económico, con énfasis sobre lo financiero, en la cual nada más lejos de la realidad que el libre juego de la oferta y la demanda. Más bien, lo que se articula es una desmantelación de los controles públicos de actividades fundamentales a favor de monopolios y transnacionales privadas, sobre los cuales, por su propia mecánica, no se da posibilidad alguna de verificación democrática.” VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *Doctrina Penal*, n. 57-58, p. 79-89, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1992, p. 87.

poder de lo público al mercado. El poder político está quedando desplazado por el poder mediático y el económico. Se está conformando un poder mundial que escapa a los Estados.²⁴⁸

El Derecho penal funciona aquí como el control social que trabaja a favor de la libertad de mercado, centrado en la defensa del patrimonio y en la prohibición de todo que afecta al Estado que es el garante último del modelo de explotación. Para ello se vale de todos los recursos de que dispone, aunque sacrificando garantías fundamentales, como ejemplifica el caso brasileño de legislar penalmente a través de las llamadas “medidas provisionarias.”²⁴⁹

El segundo modelo, el *corporativismo*, pretende la reunión del proletariado y de las organizaciones empresariales. El Estado neutraliza las aspiraciones de cada grupo que son consideradas excesos, manteniendo todavía un modelo capitalista.

Con ello, tampoco se resuelve la cuestión básica de la igualdad, puesto que se trata, como bien refiere Bustos, de una “reducción de la teoría del consenso”²⁵⁰ presentando idénticos problemas, principalmente en lo que se refiere al uso del Derecho penal como mecanismo de reconducción al consenso pretendido por el Estado.

En este contexto, al Estado, como centro del poder político, sólo le va quedando la forma más brutal y manifiesta de control: el control penal. Este control social, en tanto que está formalizado y amparado por principios garantistas, especialmente el de publicidad, es también el que con mayor facilidad

248 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORNAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 20.

249 Según explica Cássio Juvenal Faria, “La especie normativa medida provisoria, inspirada en el modelo constitucional italiano puede, en el sistema brasileiro, ser adotada por el Presidente de la República, con vigencia y eficacia inmediatas, y sin aparente limitación de orden material, desde que están presentes las razones de relevancia y urgencia.”, y su uso es absolutamente inadecuado en materia penal, como el propio autor citado refiere al comentar que “parece haber un concenso entre la doctrina, en el sentido de que la medida provisoria no puede tener cabida en la norma penal incriminadora. Mas explícitamente: no puede crear o alterar al precepto primario, describir condutas y definir las como crímenes.” En FARIA, Cássio Juvenal, “Medidas provisórias e Direito penal”, en *coleção Temas atuais de Direito Criminal, volume 2*, pp. 175-190, Coord. Luiz Flávio Gomes, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 175-178.

250 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, op. cit., p. 22.

puede ser identificado y, por tanto, también el que menos se presta a la manipulación, el abuso y la arbitrariedad. Es un control social que por su carácter manifiesto ha podido con mayor facilidad ser objeto de observación y crítica por las ciencias.²⁵¹

Después de todo ¿qué función le queda al Estado como exclusiva actividad monopólica dentro del control social?

En primer lugar, diremos que no podemos minimizar el contexto socio-económico histórico en el que nos encontramos. Nos referimos a un control social que tiene características propias establecidas sobre bases económicas. *Mediante técnicas de persuasión* se controla a las personas desde el nacimiento, se les orienta hacia el consumo y se maneja sus emociones o reacciones. En este contexto, los controles sociales están adquiriendo nuevas dimensiones.

Los controles sociales informales como la familia, la escuela, la iglesia, están siendo remplazados por otros controles sociales que siguen reglas del poder económico. Para ello sirven a la persuasión los medios de comunicación: prensa, radio y televisión.

Como el derecho se traduce normativamente y de ahí su publicidad, la manipulación que se pueda hacer de él es empíricamente observable. Las diversas corrientes criminológicas modernas, como la Criminología crítica, ponen al descubierto aquellos propósitos ocultos, los mismos que detrás de la proclama de valores como la libertad e igualdad, se encontraban condicionados por valores poco observables propios de los procesos económicos.

Pero aún así, toda forma de control social, y particularmente el Derecho penal, presentan deficiencias. Agrega Bustos que “La naturaleza crítica del hombre limitada por los condicionamientos que le impone la estructura social pone de manifiesto la vulnerabilidad de estas formas de control. Ante la eventual incapacidad en algunos casos del control social activo, surge como siguiente eslabón una respuesta o reacción del sistema social ante una ocasional desviación.”²⁵² Un instrumento de alta contundencia como el Derecho penal debe permanecer en constante revisión en su legitimidad y efectividad.

251 BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORNAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 21.

252 *Ibidem*, pp. 17-18.

Finalmente, por más que el Derecho penal evidencie deficiencias, no estamos de acuerdo con aquellas posturas que propugnan su *abolición*.²⁵³ La opción por el abolicionismo no puede ser tomada en serio en la medida en que aún no se ofrece un medio de control más adecuado. De un lado porque la sociedad todavía no se encuentra estructurada en parámetros ideales para permitirse prescindir del Derecho penal²⁵⁴ y de otro porque lo que se propone, en general no es el simple alejamiento del Derecho penal sino su sustitución por otras formas de control social de dudosos objetivos²⁵⁵ e imprevisibles consecuencias.

253 García-Pablos de Molina sostiene que: “Claro que el pensamiento utópico apoya con vehemencia el desideratum de RADBRUCH: conseguir no ya un mejor Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal. Sin embargo, aunque muchos optimistas y radicales extiendan ya el certificado de defunción el Derecho penal y afirmen que tiene sus días contados, todo parece indicar que la desaparición del Derecho penal no es cosa de tiempo. Que goza de buena salud. Que el célebre “oráculo fúnebre por el Derecho penal Clásico”, de FERRI sigue siendo una bella profecía incumplida. Asistimos pues, sólo a un proceso histórico de racionalización del mismo, que pondera la necesidad ineludible de su presencia como instrumento eficaz de solución de ciertos conflictos sociales, de una parte, y el grave costo que su intervención inevitablemente depara, de otra. En consecuencia, esperar una progresiva retirada del Derecho penal y su sustitución por otros controles sociales eficaces pero menos gravosos parece una previsión realista que la experiencia histórica avala. Vaticinar, sin embargo, la desaparición del Derecho penal –a medio plazo – sigue siendo una utopía” en, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, op. cit., p. 76.

254 “Las perspectivas abolicionistas pertenecen, hoy por hoy, al mundo de las utopías y, en todo caso, no pueden plantearse al margen de un determinado modelo de sociedad y Estado; y los modelos de sociedad y Estado que conocemos en el presente y en el pasado, y podemos prevenír en un futuro a corto o medio plazo no parece, desde luego, que puedan prescindir de esa última instancia de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes de sus respectivos sistemas de valores.” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 75-76; Así también en ESER: “[...] sólo quien – al margen de la realidad – concibe al ser humano en términos ideales, o aquellos ideólogos que siguen cultivando la ilusión de la armonía social, pueden seguir aceptando que el respeto al prójimo y a sus intereses pueda realizarse sin necesidad de coerción alguna. Y es que si se parte de la falibilidad del ser humano.” En ESER, Albin, “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social’, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, n. 1, p. 131-152, UNED, Madrid, 1998, p. 137.

255 “[...] si se observa a estos “abolicionistas” más detenidamente, se aprecia con claridad que no pretenden en modo alguno una abolición total del Derecho penal sin substitutivos sino, más bien, precisamente su sustitución por otros modos de control social y sanción.” En ESER, Albin, “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano. Visión de

4.5.2. La selectividad y discriminación del control social

Tanto la criminología crítica como la moderna sociología criminal han puesto en evidencia como opera la naturaleza selectiva e incriminadora en el control social²⁵⁶ jurídico-penal. La etiqueta final del sujeto seleccionado e incriminado es la de “delincuente”. Para llegar hacia este calificativo se tiene que pasar por *dos fases* que como veremos se encuentran, también, condicionadas por factores socio-económicos, produciéndose observables desigualdades al no cristalizarse el principio de que “La ley se aplica a todos por igual” (principio de igualdad).

En el proceso de *Criminalización primaria* se seleccionan las conductas que ponen en riesgo al sistema y se establecen sus definiciones con sus respectivas consecuencias jurídicas: penas o medidas de seguridad. Pero, se requiere de todo un mecanismo de persecución para poder incriminar a aquellos que transgreden las normas establecidas: policías, jueces, fiscales, abogados, etc. A estos se les denomina “operadores del derecho” y son aquellos a los cuales les compete poner en marcha todo el aparato incriminador conocido como *Criminalización secundaria*.

Sin embargo, estudios empíricos criminológicos ponen en evidencia que el sistema de control social jurídico-penal opera de forma selectiva y discriminadora en sus dos fases. V.gr., sólo hace falta recurrir a los establecimientos penitenciarios y comprobar que el más del noventa por ciento de su población pertenecen a los sectores social y económicamente más deprimidos, de los cuales buen número lo constituyen por delitos contra el patrimonio.

Al igual que los delitos patrimoniales, la “delincuencia de cuello blanco” no presentan problemas de regulación en los Códigos penales, aunque suelen

un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, n. 1, p. 131-152, UNED, Madrid, 1998, p. 135.

256 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, op. cit., p. 76, sostiene este autor que: “el análisis científico del control social del comportamiento desviado ha ampliado y enriquecido el objeto de investigación criminológica en los últimos lustros. El mérito es debido, en buena medida, al *Labeling approach* o *Social reaction approach*, impulsor de una criminología dinámica e interaccionista, que desplaza el centro de interés de aquella del delito y el delincuente al control social, a la propia reacción social; de las teorías de la “criminalidad” a las de la “criminalización”, cuestionando el propio paradigma “etiológico”.

contener algunos “vacíos legales.”²⁵⁷ Conductas tales como: blanqueo de dinero, delitos societarios, estafas, delitos fiscales, delitos ecológicos, tráfico de influencias, etc., se encuentran regulados por los Códigos penales. El problema surge cuando se tiene que poner en marcha a todo el aparato incriminador (fase de “Criminalización secundaria”) y poder, finalmente, incriminar con la misma contundencia de los marginados, a los que cometen delitos de cuello blanco y su calificación como “delincuentes”.

En América Latina, son más que evidentes los obstáculos que se presentan para llevar a cabo la criminalización secundaria en este tipo de delincuencia. Los índices no son más que vergonzosos. Las razones son muchas: el poder económico y político de sus autores o el prestigio de los mismos. Muchos de estos procesos de criminalización terminan tan sólo en un triste folio o expediente de alguna Dependencia policial.

El Derecho penal, por ello, siempre debe permanecer en constante crítica. Dentro de un Estado de derecho, social y democrático es necesario, para afirmar la legitimidad del mismo Estado, que estos obstáculos que impiden la criminalización secundaria de altos sectores de la población se extingan. La ley se debe aplicar con la misma contundencia a todos por igual.

“Ni que decir tiene que la legitimidad del Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho pasa por remover los obstáculos que impiden la criminalización secundaria de los sectores sociales altos y por tomar conciencia de la “trampa” que puede suponer la carencia por parte del Estado de un interés serio en prevenir la delincuencia marginal para poder seguir utilizando al desposeído criminalizado como carne de cañón (las cárceles, se quiera o no, están llenas, aunque siempre con los mismos), esto es, como expresión simbólica del buen funcionamiento de un sistema que se lava la cara criminalizando (aunque sólo a nivel primario) la delincuencia de los sectores sociales más favorecidos.”²⁵⁸

Hay que tener en cuenta, entre tanto, que ello no significa, de todos modos, una pretensión de “venganza proletaria” a coste de una ampliación del Derecho penal, sino mejor una “corrección de rumbos” hacia un Derecho penal más adecuado a las propuestas humanitarias y a los principios del Estado de derecho, social y democrático.

257 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 57.

258 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 58.

Bibliografía utilizada en este tópico: ANTÓN MELLÓN, J. “Ordenamiento jurídico burgués e cuestión social”, em *Historia ideológica do control social*, p. 1-30, Coordenação de Roberto Bergalli e Enrique E. Mari, Barcelona: Promociones e publicaciones Universitarias, 1989; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2ª ed., Barcelona: Praxis, 1999; BERGALLI, Roberto. *Sistema penal e intervenciones sociales*. Barcelona: Ed. Hacer, 1993; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado e control: la ideología do control e el control de la ideología”, Em *El pensamiento criminológico. Estado e control*, p. 11-35. Barcelona: Ediciones Península 1983; BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, Vol. I. Madrid: Trotta, 1997; COHEN, S.. *Visiones de control social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988; ESER, Albin, “Una justicia penal “a la medida do ser humano. Visión de un sistema penal e procesal orientado al ser humano como individuo e ser social””, em *Revista de Derecho penal e Criminología*, 2ª Época, n. 1, p. 131-152. Madrid: UNED, 1999; FARIA, Cássio Juvenal. “Medidas provisórias e Direito penal”, en *coleção Temas atuais de Direito Criminal, volume 2*, pp. 175-190, Coord. Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 175-178; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., Trad. José Luis Manzaranes Samaniego, Granada: Comares, 1993; LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal e control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre el causalismo e el finalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000, 4ª Ed.), *Derecho penal, parte general*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal, Estudio programático de la parte general*. 3ª ed., Lima: Grjley, 1997; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992; VÁZQUEZ ROSSI, Jorge.

Doctrina Penal, n. 57-58, p. 79-89. Buenos Aires: De Palma, 1992; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

SEGUNDA PARTE

**DERECHO PENAL COMO SISTEMA
NORMATIVO**

CAPÍTULO V

LA NORMA

5.1. Generalidades; 5.2. Normas primarias y normas secundarias; 5.3. Estructura de la norma penal; 5.3.1. Construcción dinámica de la estructura de la norma; 5.4. Contenido de la norma penal; 5.4.1. La norma como regla de determinación; 5.4.2. La norma como concepción valorativa; 5.4.3. Posición Mixta; 5.4.4. Pretensión oculta de la norma; 5.5. De las Técnicas de formulación jurídica de las norma penales: las normas penales en blanco; 5.5.1. Las normas penales en blanco; 5.5.2. Principio de legalidad y ley penal en blanco; 5.5.3. El uso indiscriminado de la ley penal en blanco; 5.5.4. Norma penal en Blanco y bien jurídico.

5.1. Generalidades

En la medida en que la vida del hombre transcurre en sociedad no hay pretexto para no reglarla. La propia supervivencia de la estructura social, y con ella la del propio hombre, depende de ese orden. La convivencia en sociedad determina una *interacción* entre las personas que se desarrolla a través de una constante comunicación personal estructurada a través de *expectativas*.²⁵⁹ Uno espera del otro un determinado comportamiento acorde con sus pretensiones. Pero los intereses personales no son absolutamente coincidentes, sino que tienden claramente a contraponerse. Por ello, el establecimiento de reglas es necesario para determinar y regular el límite de las expectativas mutuas, componiendo una red de reglas que regulan tales expectativas.

259 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, p. 22.

A las reglas establecidas como base de la estructura social suelen denominarse *normas*.²⁶⁰ Evidentemente, el ámbito de interrelación social es amplio y contiene distintos campos de acción por parte de la norma. La norma, en general, es toda regla que “orienta” y “disciplina”²⁶¹ las conductas humanas en cualquier ámbito de relación. De ello podemos decir, que la estructura de cualquier norma es indistinta en la medida que su objetivo general es reglar los procesos comunicativos sociales. Pero, en la medida en que los ámbitos en que se hace necesaria la regulación normativa es amplio y variado, también difieren las normas con respecto a su contenido. La norma penal, por ejemplo, en la medida en que regula las interacciones que reflejan el comportamiento más ofensivo a la estructura social, trae consigo la pena que es el contenido-respuesta más agresivo que se expresa normativamente.

Se puede decir, entonces, que la norma penal es *estructuralmente semejante* a cualquier otra norma y *diferente* a todas las demás en lo que se refiere a su *contenido*.

En lo que compete al orden jurídico-penal, es el Estado el titular, orden jurídico útil y necesario para regular la convivencia social. Sin embargo, titular del orden social es la misma sociedad.²⁶²

En palabras de Muñoz Conde:²⁶³ “El orden jurídico y el Estado no son, por consiguiente, más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo para regular la convivencia de un modo organizado y pacífico. En la medida que el orden social sea autosuficiente podrá prescindirse del orden jurídico y del Estado. Hoy por hoy debe aceptarse, sin embargo, el hecho de que existe un orden jurídico, garantizado por el Estado, porque sólo aceptándolo como objeto a interpretar, a aplicar y, por supuesto, también a criticar, podrá superarse algún día”.

260 “Norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia.” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 34. También, MUÑOZ CONDE, Francisco, Loc. cit., p. 21: “Llamo norma a toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia”.

261 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, 1ª edición, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 14.

262 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, op. cit., 24; García-pablos, *Problemas actuales de la criminología*, Madrid, 1984, p. 115.

263 *Ibidem*, p. 24

La norma, a demás, no puede comprenderse sin las consideraciones respecto de las razones que deben estar presentes por detrás de la decisión de poder expresada por la norma legislada. Al auscultar este terreno poco menos observable nos conduce a observar “la pretención que las normas penales persiguen”. De ahí nuestra crítica a la teoría sistémica aplicada al Derecho penal por Jakobs, para quien la pena constituye una reacción a una infracción normativa. Desde esta perspectiva sistémica, Jakobs sostiene que “no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiéndolo equipararse a tal efecto vigencia y reconocimiento.”²⁶⁴

Con esta posición, lo único que se defiende es el status quo sistémico, posición “aséptica” y “tecnocrática”,²⁶⁵ del modo de funcionamiento del sistema, más no una valoración y menos una crítica al sistema mismo. Con ello el fortalecimiento del sistema vigente impidiendo una aptitud crítica del mismo.

5.2. Normas primarias y normas secundarias

En la expresión de Mir Puig, “un enunciado legal puede servir de base a más de una norma jurídica.”²⁶⁶ Ello es lo que suele ocurrir con las disposiciones contenidas en la parte especial de los Códigos Penales y Leyes Especiales.²⁶⁷

En el momento que se establece la descripción de una conducta típica a la que sigue una sanción, se establece inmediatamente dos clases de normas. La primera norma va dirigida al ciudadano para que no realice la conducta prohibida, bajo formas imperativas (¡No matarás! ¡No robarás!), la cual es denominada “norma primaria”. La segunda, se dirige al juez, y se expresa bajo la

264 JAKOBS, Günther, *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, corregida, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 13-14.

265 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, Loc. cit., pp. 26-27.

266 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 5ª edición, Reppertor, S.L., Barcelona, 1998, p. 27.

267 “Que un mismo *enunciado* o *precepto legal* sirva de base a más de una *norma* penal es lo que acaece con todas las proposiciones jurídicas o disposiciones de la Parte Especial del Código. Estos contienen, en efecto, dos *normas*: una dirigida al Juez, obligándolo a imponer una pena caso de que se cometa el delito (*norma secundaria*) y otra (*norma primaria*), que se dirige al ciudadano prohibiéndole la comisión del hecho delictivo.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 241.

conjunción del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, obligándole a imponer la pena respectiva, denominada “norma secundaria”.²⁶⁸

Mir Puig,²⁶⁹ anota que el propio Rocco ya distinguía entre “comando giuridico principale” y “comando giuridico secondario”, con el mismo sentido.

En efecto, los mensajes transmitidos por la norma penal son expresadas bajo estas dos formas, ambas contenidas en una misma norma penal, ya que resulta evidente que para que el legislador alcance sus objetivos no es suficiente que el ciudadano sea informado de la existencia de una prohibición, sino, también, es imprescindible que una vez que el mensaje sea captado pero no atendido existan los órganos y mecanismos que impongan las correspondientes sanciones.

El legislador no sólo desea alertar al ciudadano para que no cometa el ilícito, también querrá determinar una consecuencia en el caso que el delito sea realizado. Así que la norma expresa una prohibición a la generalidad de los hombres (norma primaria) y simultáneamente una orden al Juez (norma secundaria).

Aún así, según Mir Puig, el texto legal expresa tan sólo los términos de la norma secundaria. La norma primaria es inferida del contenido, es decir, demanda una interpretación. Pero, de todos modos, la presencia de la norma primaria es también reconocida por la doctrina, ya que por el contrario “si sólo existiera la “norma secundaria”, el delito no sería “infracción” alguna, puesto que aquélla no prohíbe el hecho al ciudadano, sino que se dirige al Juez.”²⁷⁰ Además, toda la construcción de la dogmática jurídico-penal parte de la existencia de un comando prohibitivo al ciudadano contenido en el supuesto de hecho de la norma jurídica.

5.3. Estructura de la norma penal.

Suele decirse que la norma penal esta compuesta por el “presupuesto” o “supuesto de hecho” y “consecuencia jurídica”,²⁷¹ cuya terminología nos pare-

268 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 28.

269 *Ibidem*.

270 *Ibidem*, p. 29.

271 “... Consta la norma penal de dos elementos: el presupuesto o supuesto de hecho y la consecuencia o sanción.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, op. cit., p. 241.

ce más adecuada que la de “precepto” y “sanción”. Según, Gracia-Pablos,²⁷² “su uso no es recomendable porque induce a pensar que el precepto es una parte de la ley penal cuando, en realidad, forma un todo inescindible con su consecuencia: el precepto carece de valor y sentido sin la sanción, pues la ley es una unidad”.

En el presupuesto o supuesto de hecho la norma describe la conducta que es regulada. El segundo, se refiere a la consecuencia: pena o medida de seguridad que se aplican ante el incumplimiento de respetar la conducta prohibida. Para ello se recurre a una inmersión jurídica ya que la ley es el único vehículo mediante la cual tiene fuerza vinculante la norma penal en atención al principio de legalidad. De allí que toda norma penal es naturalmente norma jurídica.

Esta estructura de la norma comunica a los ciudadanos la *voluntas legis*, es decir, la estructura normativa se expresa de forma *escrita, clara y previa* para que sea comprensible a aquellos cuyas actividades pretende regular y se espera, finalmente, que ellos se comporten conforme a la norma.

Fue Binding, precisamente, quien desarrolló la llamada teoría de la norma, estableciendo la distinción entre “ley” y “norma”. Según Binding, la norma es un “imperativo primario” que no es vinculado al Derecho penal sino que le precede en cuanto que la ley penal tan sólo expresa las consecuencias de la violación normativa, por lo que la práctica delictiva consistiría tan sólo en una violación de la norma y no de la ley penal. Incluso, el que realiza un delito no actúa en disconformidad, sino que en perfecto acuerdo con la disposición legal. “El delincuente – afirma – no “viola” la ley sino que “realiza el tipo legal”.²⁷³ Así que el imperativo proviene de la norma y no de la ley.

La ley penal, según Binding contiene una mera proposición autorizadora de imposición de la sanción. La norma, para él no proviene de la ley sino que tiene “cuatro “fuentes”: del desarrollo mediato de la “ley” penal misma, de las necesidades de la legislación, de las normas del derecho escrito y de consideraciones sobre la historia del Derecho.”²⁷⁴

272 *Ibidem*. Con la misma orientación, RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 17ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 185; MORILLAS CUEVAS, L. y RUIZ ANTÓN, L.F., *Manual de Derecho penal. Parte general. I. Introducción a la ley penal*, Dirigida por Manuel COBO DEL ROSAL, Ed. Derechos Reunidos, Madrid, 1992, p. 60.

273 Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, op. cit., p. 244.

Sin embargo, y a pesar que el tipo por sí sólo no es la norma misma, nada impide extraer el contenido de la norma a partir del enunciado típico mediante un procedimiento de abstracción; si el enunciado típico describe una conducta contraria a la norma se puede colegir, a partir del mismo enunciado típico, cuál es la norma contenida en el tipo. Por ejemplo; si el enunciado típico establece: “El que matare a otro...”, mediante un procedimiento de abstracción concluimos que la norma contenida en el tipo establece el respetar la vida ajena.²⁷⁵ De ahí, que algunos autores²⁷⁶ encuentran una distinción entre *estructura legal* y *estructura lógica* de la norma. La estructura legal es el componente formal de la norma y la estructura lógica, por su turno, dice con la comprensible descripción del supuesto de hecho.

Incluso, con este mismo procedimiento de abstracción podemos llegar, no en todos los casos, a determinar cuál es el *contenido sustancial de la norma*: el bien jurídico. Así, en el ejemplo anterior el bien jurídico que contiene la norma es “la vida”. Norma y bien jurídico delimitan lo prohibido por la ley y se expresan mediante la ley, pero no pertenecen a ella. En atención a esta postura, algunos autores han sostenido una *estructura tripartita*²⁷⁷ de la norma penal, constituida por una *regla superior*, que sería la norma en sentido estricto; una *conducta que contraría a la regla superior*, expresada mediante el enunciado típico; y, *la sanción*, que es la consecuencia a recibir por los que realizan

274 Así en ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal, parte general*, Trad. por Juan del Rosal y Angel Tóro, Ed. Uteha, Buenos Aires, 1960, p. 41; también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Loc. cit.*, p. 244.

275 “Este planteamiento, a primera vista sencillo, no lo es tanto con relación a algunos tipos que, o bien no permiten inferir con claridad cuál es el bien jurídico (contenido sustancial de la norma) que protegen, o bien necesitan ser complementados por el Juez. Al segundo grupo de casos pertenece por ejemplo la categoría de delitos de omisión impropia, en los que el Juez debe, en cierto modo, construir el total contenido del tipo con ayuda de criterios como el de la posición de garante ostentada por el sujeto, así como los delitos culposos, en los que debe acudir a la idea de infracción de la norma de cuidado, cuyos exactos contornos han de ser delimitados por el Juez en cada caso, lo cual puede parecer fuente de inseguridad al no estar terminantemente expresado cual es el comportamiento contrario a la norma”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *op. cit.*, p. 15.

276 Entre ellos GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, *op. cit.*, p. 249.

277 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *loc. cit.*, pp. 15-16.

una conducta típica. Esta última, precisamente, otorga la característica coercitiva y, en concreto, carácter jurídico-penal a la norma.

Se tienen que resaltar que los postulados de Binding respecto de la norma tuvieron profunda influencia en los estudios jurídico penales, abriendo espacio para una dogmática jurídica más allá de la teoría de la pena, principalmente en lo que se refiere a la cuestión de la separación entre tipo y antijuridicidad. La correspondencia de un hecho a la descripción de la ley podría no corresponder necesariamente a la infracción de la norma; por ejemplo, el actuar bajo un Estado de necesidad justificante es aparentemente un acto típico, pero no es contrario a la norma, ya que ésta no prohíbe actuar cuando surgen determinadas circunstancias que rodean al acto. Algunos autores tratan de solucionar este mismo supuesto indicando que lo que se lesiona es la norma aunque esa conducta resulte justificada (no antijurídica), ya que su justificación corresponde a una secuencia valorativa posterior a la lesión normativa.

También produjo interesantes efectos en el ámbito de la culpabilidad en la medida en que se permitió separar entre la relevancia del desconocimiento de la norma en contraposición a la ausencia de significación jurídica del desconocimiento de la ley.

5.3.1. Construcción dinámica de la estructura de la norma.

A parte de estas distinciones entre “presupuesto” y “consecuencia”, “norma primaria” y “norma secundaria”, García-Pablos presenta una síntesis de la propuesta de Calmess para la estructuración de la norma a la que denomina “dinámica” o “funcional”, en oposición a las por él llamadas concepciones “lógicas”, “formales” o “estáticas”.

Según García Pablos, Calmess mantiene que la norma penal no contempla al autor, víctima y juez de forma aislada sino que presupone una pluralidad de personas o de grupos de personas que se hallan en conexión entre ellas. Así que mientras un sujeto (“EGO”) actúa, dicha acción incide en otra (“ALTER”) situación tal que determina que una tercera persona (“DRITTER”) deba reaccionar contra la acción del primero a través de la imposición de la pena correspondiente, componiendo así una red de expectativas interdependientes y recíprocas entre todos los componentes de dicha interacción.²⁷⁸

Bajo esta forma de estructuración de la norma, ella debe ser analizada no en su estructura de proposición sino en la forma como actúa y promueve interacciones constantes entre las personas relacionadas con el hecho delictivo.

Se trata del análisis de un mismo fenómeno bajo otro punto de vista, es decir, bajo la idea de concreción normativa. Pero, tan cierto es la red de expectativas creadas por la norma en movimiento (concretamente aplicada) cuanto lo son, también, las expectativas que esa misma norma propone en modo hipotético bajo su forma estructural “estática”, es decir, la admisión de una clasificación o de otra no son absolutamente, excluyentes.

5.4. Contenido de la norma penal

Cumple ahora discutir sobre el contenido de la norma.²⁷⁹ Las actuales posiciones discuten si el contenido y significado de la norma se corresponden con su carácter “valorativo” o de “determinación”, dejando de lado la antigua discusión en torno a sus orígenes. Otros por su parte sostienen que el contenido y significado de las normas penales presentan características mixtas: como reglas de “determinación y de valoración”.

5.4.1. La norma como regla de determinación

Entre los defensores de esta postura se encuentra Alfonso de Castro, los Representantes de la Escuela del Derecho natural y en tiempos recientes Thon y Von Ferneck. Para ellos el derecho no es más que un conjunto de imperativos o directivos²⁸⁰ que expresan mandatos o prohibiciones a fin de determinar la conducta de sus destinatarios.²⁸¹ Por ejemplo, la formulación de los preceptos

279 “...afirma Maurach, la teoría de las normas es necesaria y útil, incluso desde un punto de vista estrictamente *dogmático*: para la teoría de la antijuridicidad, de la culpabilidad y del error. ... Por último, concluye Maurach, sólo acudiendo a la teoría de las normas puede distinguirse con nitidez el concepto del error de prohibición.” Citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *ibídem*, p. 248.

280 Partidarios de esta concepción, entre otros, Jescheck, H. Mayer, A. Kaufmann, English, Stratenwerth, Schönke-Schröder y Larenz.

281 Explica Mir Puig que “Norma de determinación” significa ... la expresión de un *mandato o prohibición* que trata, a modo de imperativo o directivo, de *determinar* la conducta de su destinatario.” MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 5ª edición, op. cit., p. 36. En el mismo sentido Luzón Peña añade que “como norma de determinación, dicha norma es la expresión de un mandato o prohibición que trata de determinar o motivar a los ciudadanos para que no cometan delitos: por ejemplo, la formulación de los preceptos anteriores está diciendo implícitamente no matar, no lesionar, no casarse estando casados, no robar,

en los delitos de homicidio, lesiones, robo o delito de omisión de socorro, establecen implícitamente los imperativos: no matar, no lesionar, no robar o socorrer al prójimo cuando éste se encuentre en grave peligro. Aunque, claro está, se admitan disposiciones que no son ni mandatos ni prohibiciones, sin embargo, tienen por función crear los presupuestos para aclarar o limitar esos imperativos,²⁸² como sucede en los casos de las disposiciones legales conceptuales o en las disposiciones permisivas.

La tesis de esta posición resulta sencilla al considerar a la norma como un mandato destinado a determinar la *voluntad* de los sujetos a los cuales se dirige.

El ordenamiento jurídico, bajo este punto de vista, esta compuesto por una gama de imperativos. Se entienden a las normas como mecanismos de determinación de las conductas, empleadas por el Estado, la Comunidad jurídica o el legislador a fin de mantener el ejercicio del control social. Las normas reclaman un determinado comportamiento de los ciudadanos. Dicho comportamiento se regula mediante el vínculo que surge del destinatario de la norma con el *deber jurídico* que procede de la misma. El deber expresa así el sometimiento del sujeto a la voluntad superior que se dirige hacia una conducta humana, descrita de forma general y abstracta. De ello se deduce que la norma sea imperativa, y el deber represente el correlato de dicho imperativo. Sólo de ahí se derivaría, de modo secundario, la función valorativa de estas mismas normas.

A la “teoría de la motivación” de la norma se le identifica, también, como una concepción imperativa. Esta teoría fue sustentada por Gimbernat,²⁸³ apoyada en la teoría del psicoanálisis, de la que son partidarios, con algunos matices Mir Puig²⁸⁴ y Muñoz Conde. La norma jurídico penal tiene por principal

auxiliar al prójimo en grave peligro, [...]” LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal, parte general I*, Ed. Universitas, S.A., Madrid, 1996, p. 64.

282 ENGISCH, Kart, *Einführung in das juristische Denken*, 7ª ed. Köln y Mainz, Stuttgart, Berlín, 1977, p. 23.

283 Cfr. GIMBERNAT, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?, en *Estudios de derecho penal*, 2ª edición, Madrid, 1981, p. 112.

284 Sostiene 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 a 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.” En MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 57.

objetivo la protección de bienes jurídicos, por lo que actúa motivando al individuo a mantener un determinado comportamiento, de acuerdo con la preservación de tales bienes, bajo la amenaza de aplicación de una pena.²⁸⁵

La motivación es un proceso de orden psicológico que se procesa en el individuo en función de la amenaza de pena, y le conduce a actuar de conformidad con la pretendida protección de bienes jurídicos.

Aunque en principio la teoría de la motivación pueda ser identificada con las concepciones imperativistas, para Gimbernat esta tesis no sólo explica el contenido de la norma sino que tiene otras ventajas, principalmente un criterio para explicar porqué el inimputable puede actuar antijurídicamente y la facilitación de la distinción entre causa de justificación y de inculpabilidad.

Las tesis imperativistas tendrían su repercusión en la función que se le asigna al Derecho penal. Si la norma se explica desde la concepción imperativa, el fin que se le asigna al sistema jurídico penal es dirigir la voluntad del individuo para que obre conforme a Derecho con anterioridad a una acción calificada como antijurídica.²⁸⁶ La eficacia de la determinación de la conducta se pretende conseguir por intermedio de una coacción psicológica dirigida de forma general a sus destinatarios a través de la amenaza del castigo. En tal sentido, la valoración no cabe en la norma penal, ya que ella habría guiado al legislador sólo a su elaboración legislativa, pero perdería su virtualidad, cuando se trata de determinar el marco de actuación de la norma, de su eficacia.²⁸⁷

En lo que respecta al ámbito de la Teoría del delito, la doctrina impetativa de la norma prestó influencia.²⁸⁸ Siendo determinante en el injusto la voluntad negadora de la prohibición o mandato que expresa la norma, se contempla la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobe-

285 Cfr. MUÑOZ, CONDE, *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 31.

286 JESCHECK, Hans- Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Traducción de la 3ª edición, adicionada y anotada por MUÑOZ CONDE, Francisco y MIR PUIG, Santiago, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 320.

287 MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 57.

288 Aunque, hoy por hoy podemos decir que no existe una influencia necesaria entre concepción de la norma penal y formulación de la teoría del delito. En este sentido BACIGALUPO, Enrique, "La función del concepto de la norma en la dogmática penal", en *Estudios de Derecho Penal*, en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asua, Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense, Madrid, Núm. 11, 1986, p. 75 y ss.

diencia –el dolo– por representar éste la negación acabada del imperativo de la norma.²⁸⁹

No son pocas las críticas planteadas a la concepción imperativa de la norma. En primer lugar, esta teoría encontró algunas incongruencias en el desarrollo formulativo de la teoría del delito, principalmente en la diferenciación entre injusto y culpabilidad, cuando la antijuricidad es contemplada desde parámetros subjetivos –voluntad en rebeldía con el precepto legal–, haciendo difícil la distinción de los supuestos de imputación subjetiva.

Otra de las críticas que plantean aquellos que niegan que en la norma pueda haber una regla de determinación es que, si para el imperativo es necesario que se conozca el contenido de las normas y que la voluntad del sujeto se oriente a la infracción del imperativo, en la práctica sucede que no se puede exigir a un incapaz o un menor de edad que pueda conocer o seguir el mandato; en consecuencia, los actos de estos sujetos no se considerarían contrarios a la norma.²⁹⁰

Mir Puig, por su parte, sostiene que esta crítica a la teoría imperativa carece de fundamento ya que el incapaz o el inimputable también puede lesionar una norma. El inimputable, también pondrá dirigir su voluntad a la lesión de la norma, es decir también se le reconoce capacidad de voluntad en contra de las normas; aunque otra cosa es el que no puedan tener *capacidad para apreciar el valor ético* que encierran las disposiciones penales. Por ello, “la consecuencia jurídico penal de su infracción no puede ser, en caso del inimputable, la pena prevista para el tipo de injusto.”²⁹¹ Precisamente las circunstancias particulares de las personas no tendrán que ser observadas dentro del juicio del injusto, ya que esas circunstancias especiales corresponden a una secuencia de valoración posterior al injusto; Esto es en el plano de la responsabilidad criminal (culpabilidad).

Por otro lado, se sostiene, también, que el considerar a la norma como un imperativo implica el priorizar su atención sólo a los mandatos o prohibiciones que de ella se derivan, independientemente de las penas. Agrega Bacigalupo,

289 Sobre la influencia de la Teoría de la norma como regla de determinación en la teoría del delito: en la antijuricidad y en la culpabilidad, véase BACIGALUPO, Enrique, *Ibidem*, p.64.

290 BACIGALUPO, Enrique, “La función del concepto de la norma en la dogmática penal”, en *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1986, p. 64.

291 MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op.cit., p. 56.

que bajo esta concepción imperativa de la norma, la pena es concebida con carácter retributiva.²⁹²

Otra crítica orienta su atención a la poca o nula relevancia que se le otorga al bien jurídico dentro de esta concepción imperativa de la norma. El contenido sustancial de la norma, el bien jurídico, queda menospreciado. La razón es que, bajo una concepción imperativa de la norma *el injusto* está constituido, exclusivamente, por la *infracción del imperativo*, quedando en plano secundario la valoración de la agresión al bien jurídico. El riesgo que se produciría al minimizar al bien jurídico como centro del juicio del injusto es muy grave. "... si se prescinde de la concepción del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, prefiriéndose entenderlo como simple infracción del deber quedamos abocados a los peligros de un sistema puramente autoritario".²⁹³ Es decir, el considerar la esencia del injusto como infracción al imperativo acerca más el considerar el delito como una *infracción al deber* que el de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.²⁹⁴

De otro lado, son vehementes las críticas también vertidas a la teoría de la motivación. Se dice que parte de un punto falso, pues la vinculación de la voluntad del destinatario de la norma sólo ocurriría cuando él conociera previamente el mandato legal en su completa dimensión, alcance e interpretación. El menor, se dice, no puede ser motivable por la norma.

Finalmente, diremos, que si bien es cierto existen muchas críticas a la concepción imperativa de la norma, no es de menos importancia el valor que se le da a la voluntad del sujeto para la determinación del injusto. Siendo el bien jurídico el contenido sustancial de la norma, la esencia del injusto lo constituye la lesión o puesta en peligro de los mismos; pero, no es suficiente una agresión objetiva,

292 BACIGALUPO, Enrique, "La función del concepto de la norma en la dogmática penal", en *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1986, p. 27.

293 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 17.

294 V. gr. La escuela de Kiel reconoció la lesión del deber como contenido material del injusto. Para George Dahm y Friedrich Stchaffstein lo principal era el pueblo, entendida como una totalidad real: sangre, suelo, generaciones pasadas, presente y futuras. El Estado se constituye en el intérprete de ese "espíritu del pueblo". El individuo, en ese orden de cosas, le debe fidelidad al pueblo, por lo tanto el delito no constituye una lesión al bien jurídico, sino en una "lesión al deber". Por ello, se calificó al bien jurídico como un concepto inútil. Las consecuencias negativas de esta concepción del injusto son más que conocidas por la legislación penal de la Alemania Nazi.

sino es necesario que la voluntad del sujeto se oriente a crear un peligro para el bien jurídico con la suficiente capacidad para lesionarlo o destruirlo.

5.4.2. La norma como concepción valorativa

La norma penal entendida como “valorativa” expresa un *juicio de valor*,²⁹⁵ sea positivo o negativo, sin considerar ningún imperativo dirigido a sus destinatarios. Se sostiene que las normas son “normas objetivas de valoración”.²⁹⁶ La antijuricidad, según esta concepción, está constituida por la infracción de las normas de derecho (naturaleza objetiva de la antijuricidad). La norma puede ser lesionada por cualquier persona, sean estos imputables o inimputables, dado que la antijuricidad tiene un juicio de valoración objetivo. Por ejemplo, un menor de edad también puede lesionar la norma. Sólo un juicio de valoración subjetiva dirigido al sujeto determinará su irresponsabilidad, por consiguiente su ausencia de merecimiento de pena. Pero, esa valoración subjetiva (culpabilidad), es posterior al juicio de valoración objetiva de la antijuricidad.

Sólo un cambio funcional del Derecho penal traería consigo la búsqueda de un concepto de norma acorde con el nuevo planteamiento. A finales del siglo XIX y comienzos del XX la finalidad que se le asignaba al Derecho penal experimenta un giro: el sistema jurídico penal ya no tendría por finalidad primaria dirigir la voluntad del sujeto con respecto a la norma, sino proteger a la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos. Este cambio de orientación funcional del Derecho penal influiría también en la estructura del hecho punible al hacerse más visible la distinción entre antijuricidad y culpabilidad. La antijuricidad se observa desde un plano objetivo y despersonalizado del desvalor del hecho; y la culpabilidad, como un juicio de desvalor de la persona del autor. En todo este cambio, claro está, influyó en gran medida el advenimiento de la nueva concepción filosófica neokantiana que otorgó preeminencia al aspecto valorativo en la forma de comprender la realidad, impulsando con ello una nueva concepción con influencia directa en el Derecho penal.

La naturaleza puramente objetiva de la norma no puede ser admitida en forma absoluta sin admitir para la valoración del injusto algunos reparos. No

295 Entre los partidarios de esta proposición se encuentran: Mezger, Nagler, Baumann, Maurach, Liszt y Schmidt.

296 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 18.

son pocas las beses en que los tipos delictivos incorporan elementos subjetivos en su estructura. Incluso, la ausencia de un elemento subjetivo del injusto, cuando el tipo lo ha incluido como elemento, determina la atipicidad de la conducta. Por ejemplo, el art. 107 del Código penal describe la figura del parricidio, y se requiere para su configuración que el sujeto activo mate a sabiendas que es su pariente; el art. 108 del Código penal contempla la figura del asesinato, requiriéndose para su configuración varias circunstancias subjetivas (“ferocidad o por lucro”); en el delito de exhibición obscena del art. 183, se requiere el ánimo lúbrico en los ataques contra el pudor de los menores; en el delito de hurto, art. 185, se requiere el “ánimo de lucro”.

Más aún, es posible, en algunos casos, que la ausencia o el cambio del elemento subjetivo del injusto acarrea no la atipicidad sino otro delito. Por ejemplo, de la autoridad o funcionario público que lesiona al detenido, no para obtener una confesión o información (no hay ánimo – no hay delito de tortura, art. 321), sino por odio personal (comete lesiones, art. 121).

Ciertamente, que el injusto en todos estos casos no depende exclusivamente de un juicio de naturaleza objetiva, sino juega un papel decisivo las valoraciones subjetivas contenidas en las mismas normas. De allí, que el injusto dependa de la dirección de la voluntad del autor orientada a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.²⁹⁷

5.4.3. Posición Mixta

En primer lugar, tenemos que reconocer que el contenido sustancial de las normas penales son los bienes jurídicos. Es a partir de ellos de donde tienen que realizarse todas las valoraciones que rodean un acto dirigidos a vulnerarlos.

Toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como objeto sustancial de la norma, es antinormativa en virtud de un juicio objetivo de valoración. Sin embargo, ya hemos sostenido que el injusto no depende exclusivamente de un juicio de naturaleza objetiva, sino que importan también las valoraciones subjetivas en la determinación de lo que se oponen a las normas. Para ello, es

297 “Además, si la antijuricidad surge de la contrariedad entre el hecho y el ordenamiento jurídico y la culpabilidad, en sentido normativo, es un juicio sobre el autor, parecería lógico que todo aquello que se refiere a la norma, sea de índole objetiva o subjetiva, sirva para calificar al hecho como injusto”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 18.

decisivo el rol que cumple la *dirección de la voluntad* del autor orientada a poner en peligro a los bienes jurídicos.

Precisamente, los *elementos subjetivos del injusto* hacen necesaria una valoración subjetiva de las conductas que se oponen a las normas. El “dolo” no es suficiente para la configuración del injusto, sino es necesario un “plus” que acompañe al dolo constituido por *finés* y *propósitos*.

Así, por ejemplo, el *hurto* no se configura sólo por el apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin permiso del dueño (juicio objetivo de valoración – dolo), sino, se requiere, además, el ánimo de lucro (valoración subjetiva – elemento subjetivo del injusto). Del ejemplo, se puede deducir que la ausencia del elemento subjetivo del injusto determina la exclusión de la tipicidad de la conducta cuando el tipo lo haya incluido como elemento, aunque persista el dolo.

En todo este proceso la función de la dirección de la voluntad del autor dirigida hacia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico resulta determinante para la configuración del injusto: “es exclusivamente de esa circunstancia (voluntad) de donde puede surgir lo injusto, que, evidentemente, sería difícil de enunciar a partir de un mero juicio objetivo integrador de la norma”.²⁹⁸

El valor que se le otorga a la voluntad en la determinación del injusto también puede ser apreciado en los *elementos subjetivos de las causas de justificación*. Así, por ejemplo, se actúa en estado de necesidad justificante si se salva un bien de mayor valor al que se vulnera, pero “impulsado” por aquel componente subjetivo propio del estado de necesidad. Es posible, en un caso hipotético, que a pesar que se presenten todos los elementos objetivos del estado de necesidad, el sujeto salva un bien de mayor valor al vulnerado, pero no obra impulsado por esa situación de necesidad. En este caso la conducta no puede resultar justificada.

Por otro lado, en lo que respecta a la voluntad de los incapaces o menores de edad cabe hacer algunas precisiones.

En primer lugar, para los que sostienen la existencia de un imperativo en la norma resulta imprescindible que los destinatarios del imperativo conozcan el contenido de las normas. Luego, los defensores de la norma como juicio objetivo de valoración hacen una crítica sobre esta posición, sosteniendo que, en el caso de los inimputables, aún cuando estos no puedan orientar su voluntad hacia las normas, ni a favor ni en contra de ellas, estos actúan injustificada-

298 *Ibidem*, p. 19.

mente en razón de un juicio objetivo de valoración de la norma. Ello resulta así, porque la norma no se dirige a los inimputables ni puede orientar su voluntad por ser un propósito inútil.

La pregunta que surge es: ¿podemos decir, entonces, que los inimputables en general no tienen voluntad?

En principio no podemos confundir “la capacidad de voluntad en contra de las normas”, con la “capacidad de apreciar el valor ético y jurídico de las disposiciones penales”.²⁹⁹

Los inimputables también pueden ir en contra de las normas “con independencia de que esa voluntad pertenezca o no a un individuo capaz de valorar su conducta”.³⁰⁰ El menor de edad también puede tener la intención de lesionar, aunque no puede tener la capacidad de valorar su accionar, la cual es apreciada en una categoría posterior del delito: la culpabilidad.

De todo ello, sostenemos que “el juicio de valoración objetivo que contiene la norma adquiere relevancia antijurídica sólo cuando la voluntad del sujeto se oriente a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos contenidos en la norma”.

Pero, no podemos negar, también, que la norma tiene el propósito de orientar la voluntad de los sujetos a los cuales se dirige: sean imputables o inimputables. *Las normas penales se dirigen a todos*. Las cualidades o características personales de los sujetos (juicio sobre la persona), solo serán valoradas en una secuencia posterior (juicio de culpabilidad), para ver si es que se les puede atribuir responsabilidad, sin negar la voluntad de los sujetos.

La teoría de la doble función de la norma fue iniciada por GOLDSCHMIDT. Las bases de sus ideas las encuentra en el pensamiento Kantiano. En la *Metafísica de las costumbres*, Kant dice que en toda legislación se deben distinguir dos partes “una, la que prescribe la acción que se debe ejecutar como objetivamente necesaria. La otra es el resorte que enlaza subjetivamente la causa determinante del arbitrio con la representación de lo que dispone la ley, haciendo del deber el motivo.”³⁰¹ De este pensamiento GOLDSCHMIDT dedu-

299 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 20.

300 *Ibidem*, p. 21.

301 KANT, citado por SAIZ CANTERO, José Antonio, “El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad”, en *Anuario de Derecho penal*, Tomo XIII, fascículo III, Madrid, 1960, p. 435.

ciría que el injusto objetivo depende de las valoraciones abstractas que realiza el Derecho – Normas de Derecho-, estados objetivos y externos que pueden ser lesionados por cualquier conducta externa que se oponga a sus mandatos o prohibiciones. Al lado de ella, se encuentra la Norma de Deber. Para este autor, a todo imperativo jurídico es inminente una norma de motivación que exige que el individuo se motive por la representación del imperativo. Esta norma es la norma de deber. Mientras que la primera norma estaba destinada a motivar el comportamiento externo del sujeto y fundamentaban la antijuricidad, las segundas o normas de deber, estaban destinadas a motivar la conducta interna y fundamentaban la culpabilidad.³⁰²

MEZGER, a diferencia de GOLDSCHMIDT,³⁰³ advirtió que la norma de determinación deriva de la norma de valoración, encontrándose en ello una inicial formulación de la doble función de la norma penal. Para MEZGER, el injusto constituye todo aquello que se encuentra en contradicción con la voluntad del ordenamiento jurídico por cualquier organización de la conducta que se oponga a ella. Lo antijurídico, por ello, no sólo el ataque culpable o inculpable de un bien jurídico. La voluntad del ordenamiento jurídico que es el Derecho se concibe como un orden objetivo de la vida, y el injusto, y el injusto, como correlato, como lesión de ese orden objetivo. Por ello MEZGER sostiene que “no es imaginable el Derecho como “norma de determinación” sin el Derecho como “norma de valoración”, el Derecho como norma de valoración es presupuesto lógico e incondicional del Derecho como norma de determinación... si alguien quiere determinar algo, tiene que saber, con anterioridad, lo que quiere determinar, tiene que “valorar” algo en un determinado sentido positivo. Un prius lógico del Derecho como norma de determinación es sobre todo el Derecho como norma de valoración, como “orden objetivo de la vida”... Para la consideración cognitiva del deber ser del Derecho, para la constatación del concepto del Derecho, la consideración del Derecho como norma de valoración resulta como necesidad apriorística.”³⁰⁴

302 Véase sobre la norma del deber en GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Ed. Depalma, Bs. As., 1943.

303 Y es que en GOLDSCHMIDT, existen dos normas, una al lado de otra: la norma de determinación y la norma de valoración.

304 MEZGER, Edmund, citado por BORJA JIMENEZ, Emiliano, “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal”, en *Nuevo foro penal*, Revista del Centro de Estudios penales de la Universidad de Antioquia, Núm. 62, 1999, p. 101.

Para MEZGER, el imperativo no constituye la norma misma, sino sólo el medio de su realización, que no se confunde nunca con aquella. La norma según este autor, en su evidencia conceptual, sólo es imaginable como deber ser impersonal que describe un determinado estado de la vida social. Norma de Derecho, por tanto, son normas de valoración dirigidas a un determinado y objetivo estado social. Sin embargo, la norma en un segundo plano, también tienen una pretensión de eficacia dirigida al destinatario de la norma. El imperativo, por tanto, representa el medio de realización de la norma y deriva de la norma objetiva de valoración. Precisamente, ya en el plano sistémico de la teoría del delito, esta separación entre norma e imperativo permite clarificar aún más la distinción entre antijuricidad y culpabilidad. Tanto el injusto como la antijuricidad se conciben desde planos objetivos. El injusto, como lesión de Derecho –como norma objetiva de valoración–; y, la antijuricidad, como juicio de desvalor impersonal, sin referencia alguna de la persona que realiza la acción. De esta norma objetiva de valoración deriva la norma subjetiva de determinación –como norma de deber– que fundamenta el juicio de reproche de la conducta del autor concreto, en relación con el hecho.³⁰⁵

Finalmente, concluimos que la norma penal se compone a la vez de *una regla de determinación y de un juicio de valor objetivo*: en la medida que los tipos inclinen su orientación hacia uno más que al otro se avizora, también, la prevalencia del *desvalor de la acción* o del *desvalor del resultado* como característica de los tipos. Por ejemplo, en el homicidio es indistinto el elemento preponderante; sin embargo, en los delitos de peligro abstracto el elemento preponderante es el desvalor de la acción.

5.4.4. Pretensión oculta de la norma

Si nos ubicamos detrás de las, hasta ahora, discusiones de si la norma encierra un juicio de valoración objetivo o una regla de determinación, e incluso un contenido mixto, podemos llegar a un terreno poco menos observable que es el de la “pretensión que las normas penales persiguen”.

305 MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, Traducido y revisado por Arturo Rodríguez Muñoz, de la 2ª edición Alemana (1933), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 343: “... el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige ‘a todos’ y la norma jurídica 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 antijuricidad y la reprochabilidad personal”.

Si la norma encierra un juicio de valoración objetivo o una regla de determinación; o si se corresponde con la mixtura de ambas, es sólo para otorgarle una pretensión de validez a su intervención y, de ello, su obligatorio cumplimiento. El final del debate resulta poco menos que inútil: el contenido de la norma penal, observado sólo desde estos ámbitos, puede ser el contenido válido de toda norma penal tanto en un sistema Democrático, social y de derecho, como en una arbitrario.

Hace ya algún tiempo Vives Antón viene trabajando sobre los fundamentos que debe tener un nuevo sistema penal. La reconstrucción de la categoría de la norma es objeto fundamental en su propuesta junto a la categoría de la acción.

En la concepción de Vives, de acuerdo con Lévi-Strauss, la norma penal, en general, “es una *regla de conducta*, que puede hallarse expresada lingüísticamente”.³⁰⁶ Es decir, la ley penal es un instrumento en que las normas penales se expresan.

Pero, hace la advertencia de que las concepciones hasta hoy vertidas de la norma, intentado fijar su contenido valorativo o imperativo no atienen a lo esencial: “*al modo en que efectivamente las conciben.*”³⁰⁷

Así que asocia el imperativismo con desconsideraciones respecto de las razones que deben estar presentes por detrás de la decisión de poder expresada por la norma legislada.

Concluye, finalmente que “una dogmática jurídica expresa nuestro modo de comprender y *valorar* la sociedad”.³⁰⁸ Por ello, las dogmáticas deben ser interpretadas como gramáticas, formas de expresión dotadas de “pretensiones de validez”, pero a tales “pretensiones de validez” no corresponden necesariamente pretensiones de verdad. Con lo que, se percibe que la norma legislada es una expresión de la autocomprensión y de la autovaloración de una sociedad. Será pues, tanto más razonable o vinculativa cuando expresa el carácter de esa misma sociedad.

308 *Ibidem*, p. 468.

306 VIVES ANTÓN, Tomás S, *Fundamentos del sistema penal* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 339.

307 *Ibidem*, p. 341.

5.5. De las Técnicas de formulación jurídica de las normas penales: las normas penales en blanco

Después de ocuparnos sobre el estudio de la estructura de la norma, así como de su contenido, corresponde ahora tratar de las técnicas de formulación jurídicas empleadas para que las normas penales tengan carácter vinculatorio.

Para evitar confusiones diremos que norma penal suele ser identificada, también, como ley penal. El único vehículo mediante la cual tiene fuerza vinculante la norma penal es la Ley, en atención al principio de legalidad. Los mandatos o prohibiciones que contiene la norma adquieren fuerza vinculante una vez opere su inmersión jurídica. El carácter coactivo que adquieren esos mandatos o prohibiciones se debe gracias a la pena conminada en el tipo penal.

Precisamente, al referirnos a la estructura de las normas penales distinguimos dos partes en ella: el “supuesto de hecho” y la “consecuencia jurídica”. Sin embargo, uno de los problemas que ha generado la proliferación de los nuevos bienes jurídicos, llámese medio ambiente, seguridad en el tráfico, salud pública, etc., han desencadenado el uso indiscriminado del recurso a la norma penal en blanco por el Derecho penal. Con ello, uno de los elementos del delito, el “supuesto de hecho”, ya no constituye monopolio de la norma ordinaria (principio de legalidad); sino, es redactada por una norma de menor jerarquía.

5.5.1. Las normas penales en blanco

Generalmente se dice que una ley penal en blanco es aquella ley penal que sólo contiene la “consecuencia jurídica”, y cuyo “supuesto de hecho” se remite a una norma de rango inferior.

La formulación inicial de normas penales en blanco, tuvo lugar en Alemania con Binding, estrechamente relacionada con la autorización de un órgano legislativo superior para que otro inferior pudiera completar su propuesta legislativa, a la vez que era utilizada “para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código penal del *Reich*) dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados Federales (*Länder*) o de los municipios.”³⁰⁹ El

309 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal Parte General*, 5a edición, Reppertor S.L., Barcelona, 1998, p. 33.

310 MEZGER, E., *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 2a Ed. Duncker, 1933, p. 196, *Apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 254; en el mismo sentido MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal Parte General*, op. Cit., p. 33.

concepto primario de norma penal en blanco nace como “norma penal que remite su complemento a una norma de categoría legislativa inferior”.

Más adelante, Mezger³¹⁰ amplió el concepto de la norma penal en blanco, cuando pasa a admitir la posibilidad de que el complemento normativo al cual remite la norma en blanco estuviera contenido en la *propia ley* que la establece, o en otra *legislación distinta, pero del mismo rango* legislativo que aquella a la que completa; o si la conducta se expresa en diferente de *rango superior o inferior a la ley penal*. Entiende que tratase de modalidades de técnica legislativa sin mayores consecuencias.

A la ampliación del concepto, la doctrina se divide hoy entre aquellos que sostienen que la ley penal en blanco sólo puede ser aquella cuyo complemento se encuentra en una norma de *rango superior, o en la misma ley, o en otra ley pero del mismo rango* “sentido amplio”); frente a los que entienden que la remisión a la norma de complemento es de *rango inferior* (“sentido estricto”).³¹¹

En lo que respecta a la técnica de remisión a la misma ley, ésta no debe ser considerada como ley penal en blanco. Más bien, por razones de técnica legislativa es frecuente que en un artículo se exprese los supuestos de hecho y en otro las consecuencias jurídicas. Pero, “la contemplación de una ley penal, de un código ha de ser conjunta: un código, por su naturaleza constituye una sola expresión normativa que, por lo mismo no tolera una consideración limitada a uno solo de sus pasajes. Lo importante es que conducta y pena estén contenidas en la misma ley”.³¹²

Creemos, por nuestra parte, que únicamente se puede observar problemas que afectan a la dogmática penal, la concepción de ley penal en blanco que remite a la norma de complemento una de rango inferior. La técnica de

311 MEZGER, E., Loc. cit., p. 196, *Apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, op. cit., p. 254; en el mismo sentido MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal Parte General*, 5ª edición, op. cit., p. 33.; HUNGRIA, Nélsón, *Comentários ao código penal*. 4ª edición, v. I Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 95-96; LOPES, Jair Leonardo, *Curso de direito penal, parte geral*, 2a edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 45; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; SILVA JÚNIOR, José; NINNO, Wilson; BETANHO, Luiz Carlos y GUASTINI, Vicente Celso da Rocha, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 6a edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 94; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de direito penal*, 5ª edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 146; TELES, NEI MOURA. *Direito Penal, vol. 1*, 2ª edición., São Paulo, Atlas, 1998, p. 85.

312 *Ibidem*.

remisión suele ser expresada mediante la frase: "... con la infracción de las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias". Aquí, en primer lugar, aparecen los principales *riesgos de legitimidad*³¹³ de la ley penal al concederse competencia legislativa a instancias administrativas, mermando, en principio, la facultad exclusiva de que goza el legislador para producir normas penales.³¹⁴

Sin embargo, el problema exclusivo no se centra en el hecho de que la norma de remisión sea una de rango inferior, sino, también, por los problemas dogmáticos que genera el hecho de integrarse a la estructura de la norma penal en blanco. La definición del delito con este complemento resulta *incierto* e *inestable*, perdiendo certeza la definición del delito y las garantías mínimas que debe contener toda norma penal para su legitimidad.

Hasta aquí podemos sostener que es adecuada la definición de norma penal en blanco como *aquella que remite el establecimiento del supuesto de hecho a otra instancia no legislativa*. Con ello, la norma administrativa se transforma en un elemento típico. De allí, la coincidencia con la concepción estricta Bindigniana. Pero también se han ensayado otras definiciones que no hacen más que acrecentar los problemas conceptuales. Se ha dicho que la norma penal en blanco es "aquella que necesita ser completada por otra norma". Contrario a esta línea, Tiedemann³¹⁵ parte de la imposibilidad de definir la ley penal en blanco como aquella que necesita ser completada por otra ley, en la medida en que este criterio la hace coincidir con los elementos normativos. Precisamente, algunos autores se refieren a las normas penales en blanco como aquellas que en la definición de los concretos tipos de delitos incorporan elementos normativos ajenos al Derecho penal.³¹⁶ Sin embargo, es necesario,

313 Mercedes García Arán, es contundente al declarar la inconstitucionalidad de lo que ella denomina las remisiones en bloque a normas emanadas de instancias sin competencia legislativa en materia penal, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*, 1992/1993, Tomo XVI, pp. 100-101.

314 *Ibidem*, pp. 66-67.

315 TIEDEMANN, Klaus, "Blankettstrafgesetz", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und strafrechts*, 1990, p. 1.

316 Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L., "Reserva de la ley orgánica para las normas penales", en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, p. 306; También, BLANCO LOZANO, "La posible inconstitucionalidad de las normas penales en blanco", En *La Ley*, Año XXII, Número 5243 de 8 de Febrero de 2001, p. 01.

para continuar, resaltar las diferencias entre elementos normativos del tipo y ley penal en blanco.

El *elemento normativo del tipo* forma parte del supuesto de hecho que regula el propio legislador penal; sin embargo, tiene que ser entendidos a partir de una valoración especial. Agrega Cramer, que con los elementos normativos del tipo, la ley no remite a otra norma, sino que “hay que invocar otras normas en la valoración de las características típicas.”³¹⁷ La norma penal sólo resulta invocada para interpretar lo establecido por el legislador. Por ejemplo, los concepto “documentos”, “funcionarios públicos”, “bienes del patrimonio cultural”, etc. Pero, otra cosa es una norma penal en blanco, ya que todo el supuesto de hecho es redactado por otra instancia no legislativa.

5.5.2. Principio de Legalidad y Ley Penal en Blanco

Como consecuencia de la *garantía formal* que contiene el principio de legalidad, la definición de los delitos y las penas sólo debe establecerse por ley. Por ello se ha criticado que este recurso constituye una infracción al principio de legalidad al permitir que el establecimiento del supuesto de hecho dependa de la voluntad de la Administración.³¹⁸ El núcleo esencial del delito se vuelve inestable ya que el contenido de la ley penal puede ir variando a la simple voluntad de la Administración. De la *taxatividad* de la ley penal deriva el principio de *certeza*. Se pretende que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se exprese de forma clara e inconfundible, que se de a conocer por entero a sus destinatarios. “La necesidad *del conocimiento de la antijuricidad* impone, lógicamente, el principio de que las conductas ordenadas o prohibidas pueden ser fácilmente conocidos por los súbditos de la ley.”³¹⁹ Sin embargo, qué certeza puede existir cuando las normas de la administración constantemente son modificadas. Así, también, es posible que los sujetos, aun conociendo lo prohibido de la norma administrativa desconozcan que ante su transgresión se encuentran ante un hecho que asume todas las características de un delito.

317 Citado por GARCÍA ARAN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, op. cit., p. 70.

318 Véanse las objeciones planteadas por JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Trad. Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 335. Para este autor el tipo debe contener sin excepción todos los elementos que asisten a determinar el contenido del injusto de un determinado delito. Caso contrario, el círculo de la tipicidad se abriría afectando con ello al principio de legalidad.

319 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 23.

5.5.3. El uso indiscriminado de la Ley Penal en Blanco

Importa destacar, por otro lado, que la remisión que hacen las normas penales en blanco evidencia la relación existente entre *el Derecho penal y el Derecho Administrativo*. En cierta medida, debido a lo fluctuante que resulta ser las relaciones sociales, el recurso de las leyes penales en blanco *resulta justificado*³²⁰ por la política criminal: “La utilización del sistema de reenvío (Ley penal parcialmente en blanco) es lo más conveniente, pues de otro modo la tipificación carecería de determinación y padecería una permanente obsolescencia.”³²¹ Esta técnica concilia con el principio de legalidad debido a la especialización de la Administración con respecto a determinados problemas. La Administración, por su proximidad a los mismos (por ejemplo, el medio ambiente, salud pública, el urbanismo o reglas de funcionamiento financiero o tributario, etc.), son las llamadas a definir en asuntos concretos el núcleo central de la conducta criminal, satisfaciendo con ello las exigencias del principio de legalidad.³²²

320 NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal Argentino. Parte general*, T. I., Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 47; CURY URZUA, Enrique, *La ley penal en blanco*, Ed. Temis, Bogotá, 1988, p. 33.

321 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas del Derecho penal”, en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de derecho judicial, p. 439-496, Madrid, 1997, p. 442.

322 CONDE –PUMPIDO, encuentra apropiado el recurrir a la protección de los bien jurídicos difusos mediante el recurso de la ley penal en blanco. Y con relación al bien jurídico medio ambiente plantea cuatro preguntas: “1. ¿Por qué se protege penalmente el medio ambiente? Por razones constitucionales (es un imperativo del art. 45.3 de la Constitución Española) y por razones sociales (existe una acuciante demanda social) y por razones dogmáticas (cumple los tres requisitos del principio de intervención mínima: es un bien jurídico digno de protección penal, necesitado de protección penal y susceptible de protección penal); 2. ¿Qué es lo que se protege mediante estas sanciones penales? Un bien jurídico autónomo: el medio ambiente o equilibrio de los sistemas naturales. Autónomo tanto respecto de los bienes jurídicos tradicionales como de la normativa o actuación administrativa; 3. ¿Cuándo se ha de proteger penalmente? Conforme al principio de intervención mínima, en los casos de agresiones más graves cuando sea conveniente la utilización de sanciones privativas de libertad que, conforme a la Constitución Española, no pueden ser impuestas por la Administración; y 4. ¿Cómo se tutela? Mediante la utilización de dos técnicas específicas: la técnica de los delitos de peligro y a técnica de reenvío a la normativa administrativa. Esta última es necesaria por razones de unidad del ordenamiento jurídico, certeza o seguridad jurídica y eficacia”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *Ibidem*, p. 440-441.

Sin embargo, si bien es cierto, aceptamos la necesidad del recurso a la ley penal en blanco, esta debe revestirse de garantías como el de recurrir a ella sólo en *ultima ratio* y que de la resultante integral entre norma penal y norma administrativa la interpretación debe hacerse con relación al bien jurídico.

Eso sí, una vez completada la norma penal en blanco, es tan genuina como cualquier otra norma penal. No hay problemas en admitir, desde el punto de vista estructural, que el supuesto de hecho estipulado en la norma extrapenal integra o complementa a la norma penal.³²³

El Estado, en lo que se refiere a lo penal, debe regular lo básico. Debe garantizar que lo permitido por la Administración no constituye delito, en atención al principio de *unidad del ordenamiento jurídico*.³²⁴ El recurso al Derecho penal debe ser siempre utilizado en *ultima ratio* ya que estos bienes jurídicos difusos pueden ser efectivamente protegidos por el Derecho Administrativo sancionador. Precisamente, de ello deriva que la “antijuricidad” de los actos es común para ambas ramas del ordenamiento jurídico. “Dicha opción, por otra parte, pone de manifiesto la ausencia de diferencias esenciales entre delitos e infracciones administrativas que, en algunos supuestos como el delito Fiscal, se distinguen únicamente por datos cuantitativos en los que se sitúa la frontera respecto a la infracción administrativa.”³²⁵

Indudablemente, el recurso al Derecho penal debería ser utilizado en *última ratio*, si es que en *primera ratio* esos mismos bienes jurídicos pueden ser protegidos con mayor efectividad por el derecho medio ambiental, derecho urbanístico, derecho de las sociedades mercantiles, etc., Sin embargo, la actual “sociedad de riesgos” (*Risikogesellschaft*) viene impulsando el Derecho penal

323 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GRACÍA ARÁN Mercedes, Derecho penal. Parte general, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 36.

324 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, comenta que: “teniendo en cuenta-como ya se ha expresado- que en materia del medio ambiente corresponde a la normativa administrativa establecer el primer nivel de protección de carácter preventivo y teniendo sobre todo en cuenta la necesidad de conciliar protección ambiental y desarrollo, este requisito normativo funciona como cláusula de garantía al asegurar que mientras se actúe en el ámbito de lo autorizado administrativamente no hay riesgo de persecución penal”, en “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas del Derecho penal”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *Ibidem*, p. 445.

325 GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *op. cit.*, p. 101.

hacia una indeseada expansión, que se refleja en variados aspectos. Entre ellos la “introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes”³²⁶ y la “flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.”³²⁷ Esto conduce, de modo general, hacia una idea desformalizadora, que sirve al modelo expansionista.

Hassemer y Muñoz Conde³²⁸ advierten que el uso indiscriminado de las normas penales en blanco constituye clara muestra de la tendencia hacia la desformalización del control penal, lo que es altamente nocivo.

El llamado *Moderno Derecho penal* y sus técnicas de tipificación no se congratulan con los postulados de un Derecho penal Mínimo: los síntomas de pérdidas sistemáticas de las garantías penales, las erosiones del principio de legalidad, la proliferación de los nuevos bienes jurídicos, la regulación de los delitos de peligro abstracto o el uso *indiscriminado de la norma penal en blanco* evidencian un Derecho penal a pedido del consumidor. En la medida que se proceda a la descriminalización de ciertas conductas que bien pueden ser reservadas a la actuación del derecho administrativo sancionador, el Derecho penal se congratula con su verdadera función de *ultima ratio*.

5.5.4. Norma penal en Blanco y bien jurídico

Con relación al Derecho penal y el Derecho Administrativo, también se ha dicho que lo que se estaría protegiendo parecería ser el *correcto funcionamiento de la administración o la protección de cumplimiento de la norma administrativa*,³²⁹ y no un bien jurídico. La intervención del Derecho penal, se sostiene, se reduciría sólo sancionar las infracciones cometidas a las normas ema-

326 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 17.

327 *Ibidem*, p. 18.

328 “Un peligro también inherente a esta desformalización es la tendencia a las leyes indeterminadas, utilizando conceptos vagos o dejando en la penumbra los límites entre criminalización y descriminalización... que dejan en manos del juez la responsabilidad final de castigar dentro de un amplio margen de discrecionalidad.” HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 22.

329 GARCÍA ARÁN es contundente al declarar la inconstitucionalidad de lo que ella denomina las remisiones en bloque a normas emanadas de instancias sin competencia legislativa en materia penal, en “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Estudios penales y criminológicos*, 1992/1993, Tomo XVI, 1993, p. 79.

nadas de la administración evidenciando el papel *accesorio* del Derecho penal al depender el tipo penal de la normativa o actuación administrativa.

Ya habíamos advertido lo necesario que resulta el recurrir a la ley penal en blanco por lo fluctuante que resultan ser las relaciones sociales en determinados ámbitos. La posición de la Administración por su proximidad a los problemas que se generan en relación a estos bienes jurídicos (llámense medio ambiente, salud pública, urbanismo, o reglas de funcionamiento financiero o tributario), determinan con mayor precisión el tipo, consiguiendo con ello seguridad jurídica. Agrega Silva Sanchez, que: “Las leyes penales en blanco, siempre que constituyan figuras subsidiarias, necesarias por razones de protección, carentes de alternativas preferibles, y limitadas a una remisión de aspectos no esenciales del tipo, tampoco vulneran el principio de legalidad ni la competencia exclusiva del Estado en materia penal, ... En ellas, en efecto, el Estado hace uso de su competencia, limitándose a remitir para cuestiones concretas a la instancia que, por su proximidad al problema, está más capacitada para valorarlo y darle una respuesta satisfactoria.”³³⁰

Pero la aceptación del recurso a la ley penal en blanco no es absoluta, sino que debe de revestirse de garantías como el de recurrir a ella en *ultima ratio* y, que, *de la resultante de la unión entre norma penal y norma administrativa, la interpretación debe hacerse sólo en relación al bien jurídico*. Con ello, en primer lugar, ya no podemos hablar de un papel secundario respecto del Derecho penal con relación al derecho administrativo, sino que ambos se complementan. Cuando no exista subordinación ni contradicción entre ambos podemos hablar de una *vinculación*. La mejor forma de vincularse es el recurrir a las normas penales en blanco.

En segundo lugar, se debe precisar que el delito no se comete por la contradicción o desobediencia del sujeto respecto de la norma administrativa, sino por la efectiva lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que se protege.

En pretender elevar a la categoría de delito una conducta contenida en una norma administrativa que no contiene un bien jurídico resulta injustificada. Si es así, podemos sostener que lo que verdaderamente se protege es el

330 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de Derecho penal?”, pp. 964-982 en La Ley, 1993, p. 978.

correcto funcionamiento de la administración, a través del castigo por contravenir la orden administrativa.

“La incorporación de la infracción administrativa a los elementos típicos, limita la intervención penal reduciendo el ámbito de protección del bien jurídico que el Derecho penal aspira tutelar.”³³¹

Por otro lado, si la técnica de la ley en blanco persigue la protección de un bien jurídico, el empleo de la misma resulta justificada, ya que estaremos en presencia de un bien que al Derecho penal le compete proteger en *ultima ratio*, conforme al principio de intervención mínima. La norma penal, por tanto, resulta ser una de naturaleza *genuinamente penal*.

La constatación de la conducta típica que establece la administración no sólo es suficiente para que el hecho sea considerado delito. Además, es necesario, verificar si hay o no lesión, o si se ha puesto en peligro efectivo al bien jurídico; es decir, se tiene que constatar la antijuricidad material.

Bibliografía utilizada neste tópico: ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Trad. por Juan do Rosal e Angel Torío, Buenos Aires: Uteha, 1960; BACIGALUPO, Enrique. “La función do concepto de la norma en la dogmática penal”, em *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1986; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Complementariedad de la tutela penal e la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas do derecho penal”, em *Las fronteras do código penal de 1995 e el derecho administrativo sancionador*, em Cuadernos de derecho judicial, p. 439-496. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; SILVA JÚNIOR, José; NINNO, Wilson; BETANHO, Luiz Carlos e GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco e estructura de la norma penal”, em *Estudios penales e criminológicos*, 1992/1993, Tomo XVI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1993; GARCÍA-PABLOS DE MOLÍ-

331 GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Estudios penales y criminológicos*, 1992/1993, Tomo XVI, 1993, p. 102.

NA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. I. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal, parte geral*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996; MEZGER, Edmund. *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 2ª ed.. Berlin: Duncker & Humblot, 1933; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases do Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1996; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1998; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y RUIZ ANTON, L.F.. *Manual de derecho penal. Parte general, I. Introducción e Ley penal*, dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000, 4ª Ed.), *Direito penal, parte general*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; NUÑEZ, Ricardo C.. *Derecho penal Argentino. Parte general*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1959; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996; RODRÍGUEZ DEVESA, José María e SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 17ª ed., Madrid: Ed. Dynkinson, 1994; RODRIGUEZ RAMOS, Luiz. “Reserva de la ley orgánica para las normas penales”, en *Comentarios a la legislación penal, I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?”, pp. 964-982 em *La Ley*, 1993. Madrid: La Ley, 1993; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Cuadernos Civitas. Madrid: Civitas, 1999; TELES, Nei Moura. *Direito Penal, vol. I*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 1998; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos do sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CAPÍTULO VI

LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL

6.1. El Derecho penal y estado social y democrático de derecho; 6.2. Principio de legalidad; 6.2.1. Límite formal del principio de legalidad; 6.2.2. Origen histórico; 6.2.3. Significado del principio de legalidad: Político y técnico.; 6.2.4. Significado y alcance político del principio de legalidad; 6.2.5. Significado y contenido técnico del principio de legalidad; 6.2.6. De las garantías individuales; 6.2.6.1. Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*); 6.2.6.2. Garantía penal: (*nullum poena sine lege*); 6.2.6.3. Garantía jurisdiccional: (*Nemo damnetur nisi per legale iudicium*); 6.2.6.4. Garantía de ejecución; 6.2.7. Requisitos de las normas jurídicas; 6.2.7.1. Reserva absoluta de la ley: (*lex scripta*); a. *Exclusión de la costumbre*; 6.2.7.2. Irretroactividad de la ley penal: (*lex praevia*); 6.2.7.3. Mandato de determinación (*lex certa* y *lex stricta*); a. *El mandato de determinación de "lex certa"*; b. *La prohibición de la analogía (lex stricta)*; 6.3. El principio de culpabilidad; 6.3.1. Generalidades; 6.3.2. Origen del principio; 6.3.3. Garantías derivadas del principio de responsabilidad subjetiva; 6.3.4. Culpabilidad como categoría dogmática; 6.3.5. El principio de culpabilidad desde una perspectiva político criminal dentro de un Estado de derecho, social y democrático; 6.4. El principio de intervención mínima y sus vertientes; 6.4.1. La fragmentariedad; 6.4.2. La subsidiariedad; 6.4.3. Efectos del principio de intervención mínima.

6.1. El Derecho penal y estado social y democrático de derecho

La identificación de un Estado como social y democrático de derecho constituye un bastión garantista para el ciudadano en sus relaciones sociales.

El lenguaje que se establece entre el sujeto Estado y ciudadano se anticipa a la especulación y a la barbarie. El estado al ejercer la potestad de estable-

cer los delitos y las penas no es “absoluto”,³³² “ha de obedecer a una serie de principios que salvaguardan las garantías mínimas que todo ciudadano debe poseer para vivir en una sociedad democrática y respetuosa con los derechos y obligaciones de todos”.³³³ Los ciudadanos advierten que dentro de ese Estado su libertad y dignidad están garantizados. Las leyes sorpresas, con carácter retroactivo, los delitos y las penas sin ley previa que lo establezcan, las penas desproporcionales al hecho, etc., no se legitiman en este tipo de Estado. De este modelo de Estado se desprende que el *Estado de Derecho* está asociado al principio de legalidad, el *Estado social* está asociado a la necesidad social de la intervención penal y el *Estado democrático* se identifica con la idea de poner el Estado al servicio de la defensa de los intereses del ciudadano.³³⁴

El Derecho penal actúa como el instrumento más contundente del que dispone el Estado para llevar a cabo el control social. Hay que reconocer que su intervención constituye de por sí una violencia. En efecto, el acto de imponer una pena siempre consistirá en una forma de agredir, independientemente de los objetivos que sean proyectados con esta agresión (prevención, retribu-

332 Sostiene CARBONEL MATEU que: “Hoy ha de considerarse indiscutible que no se trata del ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino de las funciones que corresponden al Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución. El poder de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos. ...En suma, cabe hablar del poder punitivo del Estado en un doble sentido: como poder normativo, potestad de crear normas penales, que residen en las Cortes Generales a las que lo atribuye la Constitución, y poder de aplicar dichas normas que, de acuerdo con la Constitución y con el alcance previsto en las normas a aplicar, reside en los jueces y tribunales de lo penal”. CARBONEL MATEU, Juan Carlos *Derecho penal: concepto y principio constitucionales*, 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 106.

333 MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 23.

334 “El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*.” MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal Parte General*, 5a edición, Reppertor S.L., Barcelona, 1998, p. 74.

ción, etc.), al fin y al cabo, la respuesta penal es siempre un mal. Sin embargo, se trata de una violencia institucionalizada, organizada, formalizada y socialmente aceptada. Deriva esto del hecho de que el Derecho penal es un mecanismo de control social. La referida gravedad cobra que miremos las manifestaciones del Derecho penal con redoblados cuidados y reservas; los límites resultan necesarios.

Esta limitación se establece a través del desarrollo de los llamados límites al *ius puniendi*, o sea, de las verdaderas barreras de contención que se interponen a la actuación violenta del Estado, al utilizar el instrumental penal, contra el individuo. El Derecho de punir, como ya lo dijimos, no es absoluto. El perfil político de un Estado se evidencia por la forma como utiliza o acoge esas barreras anti-intervencionistas.³³⁵ A decir de Muñoz Conde,³³⁶ la norma penal no puede ser “desconectada de un determinado sistema social” ya que un Estado totalitario construiría un Derecho penal más represivo mientras que un Estado liberal será más respetuoso para con las garantías individuales. En el mismo sentido, señala Mir Puig³³⁷ que “El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas”, si es que se prescinde de las garantías como límite.

Desde ahí la importancia del estudio de los límites a imponerse al Derecho de punir, como bien alerta García-Pablos de Molina: “Dos factores confieren especial relevancia al estudio de los límites del *ius puniendi*. En primer lugar, los drásticos efectos de la intervención penal: su impacto destructivo e irreversible y los elevadísimos costes sociales de la “cirugía penal”. En segundo lugar, la vocación intervencionista del Estado “social”, que potencia la presencia de éste y el empleo de toda suerte de medios eficaces para resolver los conflictos y dirigir el devenir social.”³³⁸

335 “Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el Derecho penal.” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, 4a edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 87.

336 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, op. cit., p. 76.

337 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal Parte General*, op. cit., p. 74.

338 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal, Introducción*, Servicio de Publicaciones de La Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 319.

La doctrina mayoritaria suele enunciar una serie de principios tanto penales como procesales.³³⁹ Garantías como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de intervención mínima, el principio de necesidad y utilidad de la intervención, el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva, de prohibición de las penas inhumanas y degradantes, de la orientación de las penas privativas de libertad a la resocialización del autor, el principio de presunción de inocencia, el principio de legalidad, el principio de igualdad ante la ley, el derecho de la persona a no declarar contra sí misma, etc., todos ellos garantizan una menor violencia deslegitimando el ejercicio absoluto de la potestad punitiva ejercida por el Estado.

Otros autores, por su parte, como Muñoz Conde y García Arán prefieren apuntar la existencia de tan sólo dos principios, el principio de la *intervención mínima*, incluyendo, entre otras, la noción de proporcionalidad, y el *principio de intervención legalizada*, traducido en el principio de la reserva legal.³⁴⁰ De ahí entienden que se derivan todos los demás principios. Pero, además, Muñoz Conde reconoce que algunos principios que él mismo ubica

339 Véase al respecto, sobre los límites al *ius puniendi* Estatal, entre otros BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1990, pp. 29 y ss. BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal Español. Parte general*, Edit. Ariel, Barcelona, 1986, pp. 49 y ss; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1987, pp. 59 y ss; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte General I*, Ed. Universitat, S.A., Madrid, 1996, pp. 144 y ss; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, PPU, Barcelona, 1990, pp. 82 y ss. MORILLAS CUEVA, Lorenzo y RUIZ ANTÓN, L.F., *Manual de Derecho penal. Parte general. I. Introducción a la ley penal*, Ed. de derechos Reunidas, Madrid, 1992, pp. 2 y ss; BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*, 5ª edición, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999, p. 61 y ss. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 230 y ss.

340 “A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: *el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado*. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros... que, en realidad, no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente. Ciertamente algunos de ellos han llegado a cobrar tal importancia en el moderno Derecho penal que suelen tratarse autónomamente al mismo nivel que el de intervención mínima o el de intervención legalizada. Así sucede, por ejemplo, con el principio de culpabilidad que, sin embargo, sigue siendo discutido tanto en el nombre como en su contenido.” En, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, op. cit., pp. 78-79.

bajo una de esas dos vertientes han cobrado una creciente importancia hasta el punto de obtener en la doctrina un largo apoyo a su autonomía, como es el caso del *principio de culpabilidad*. Por ello, sin desconocer la existencia de los demás principios, de los cuales independientemente se pueden extraer conceptos más amplios, nos vamos referir tan sólo de aquellos que en resumida cuenta se pueden extraer los demás, y que expresan con mayor énfasis la idea de contención de los posibles excesos de actuación del Derecho penal. Así que hablaremos del principio de legalidad, del principio de intervención mínima y del principio de culpabilidad y de sus vertientes, respectivamente.

6.2. Principio de legalidad

6.2.1. Límite formal del principio de legalidad

Si tuviéramos que establecer cuál es el principio que constituye la piedra angular de todo el Derecho penal,³⁴¹ no dudaríamos en elegir el principio de legalidad. El límite que impone este principio formal condiciona la actuación del Estado durante todo el proceso criminal; esto es, forma del establecimiento de la ley, de los delitos y sus penas, de sus procedimientos y de la forma de cumplimiento de las penas. Las exigencias que se derivan de la *lex previa*, *lex scripta* y de la *lex certa* constituyen todo un bastión garantista frente a la vocación arbitraria del Estado.

6.2.2. Origen histórico

El principio de legalidad cumple una función decisiva en la garantía de libertad de los ciudadanos, frente al poder punitivo Estatal, desde el siglo XVIII.³⁴² Este pensamiento político es coronado por la Revolución France-

341 Para Muñoz Conde “El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva.” En, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Ibidem*, p. 105. En el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 320, sostiene este autor que el principio de legalidad constituye el primer principio limitador del *ius puniendi*.

342 Cf. Comenta MORILLAS CUEVAS, que “Pese a la envoltura latina con que se expresa el principio de legalidad gran parte de la doctrina moderna encuentra su inicial formación en la filosofía de la ilustración. La teoría del contrato social de Rousseau y la de la división de poderes de Montesquieu constituyen su abstracto ideológico, mientras que la concreción es realizada por Beccaria en su obra “*De los delitos y las penas*”.” En Morillas Cuevas, Lorenzo, *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 24.

sa,³⁴³ que en principio supone el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, de la ley.³⁴⁴ El pueblo pasa de ser “instrumento” o “sujeto pasivo”³⁴⁵ del poder absoluto del monarca a “partícipe” de aquel poder. La ley, en consecuencia supone la expresión de la voluntad popular, expresada por los representantes del pueblo conforme al *contrato social*. Ha de contemplar, según decía Rousseau, a “los individuos en masa y a las acciones en abstracto”;³⁴⁶ ha de ser, por último, clara y comprensible para todos a aquellos a los cuales se dirige, conforme sostenía Baccaria.³⁴⁷

De ahí que se sostenga que el “gobierno de las leyes” emerge como un ideal frente al “gobierno de los hombres”. Se piensa que la “razón” debe sustituir a las “preocupaciones”, la representación popular a la camilla palaciega, las normas a las decisiones individuales.³⁴⁸

Todas estas ideas frutos del pensamiento Ilustrado fueron acogidas por Beccaria, en su famoso aporte de “De los delitos y las penas”. Escribía el autor: “Ningún hombre ha hecho donación gratuita de parte de la propia libertad en atención al bien público.”³⁴⁹ Prosigue diciendo que “Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fastidiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una

343 Comentaba JIMÉNEZ DE ASÚA, que, “El Código penal Francés de 1791 establece el principio de legalidad que es la esencia de la libertad (...). El concepto rígido de los delitos en especie que surgen en ese mismo Código penal Francés que hace que aparezcan las infracciones objetivamente determinadas sin atenuantes individuales; es la libertad. Y por último la benignidad de las penas que culmina con las Escuelas penales de 1830 no supone otro caso que la fraternidad; es decir el legalismo del Derecho penal, el concepto del tipo y el de la suavidad de los castigos, conforman el Derecho penal liberal”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad y derecho. El Criminalista*, Tomo IV, 2ª edición, Buenos Aires, 1951, pp. 135-136.

344 CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª edición, op. cit., p. 108.

345 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., pp. 320-321.

346 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 63.

347 *Ibidem*.

348 *Ibidem*.

349 BECCARIA, Cesare Bonesana, Marques de, *De los delitos y las penas*, Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1969, p. 71.

libertad convertida en inútil por la insertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad.”³⁵⁰ El soberano sólo constituye el legítimo depositario, un administrador de la soberanía de una Nación. En consecuencia, “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a todo a sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad.”³⁵¹

Sin embargo, a pesar de tan importante aporte ideológico que nos dejara Beccaria, no fue él quien enunciara el aforismo latino del *Nullum crimen nulla poena sine lege*.

La transformación del Estado naturaleza al Estado civil, en virtud del Contrato Social asegura la participación y control de la vida política del ciudadano.³⁵² Sólo desde entonces el principio de legalidad constituye una exigencia de “seguridad jurídica” y “garantía política”.³⁵³ El *nullum crimen sine lege* se convierte en el principio rector de toda libertad ciudadana.

Otros, por su parte, ubican como antecedente histórico del “nullum crimen...”, aún más remotamente, en la *Magna Charta libertatum* de Juan Sin Tierra en 1215, pero reconociendo su mayor expresión en el célebre movimiento francés.³⁵⁴

Sin embargo, carece de sentido citar como antecedente histórico del “nullum crimen” determinados pasajes del Dijesto, de la *Magna Charta Libertatum*.³⁵⁵ A favor de ello se sostiene que “... sería engañoso situar en ese texto su primera formulación (en la Magna Carta). Y ello, no tanto por las razones deducidas de la naturaleza feudal de dicho documento, sino porque, históricamente, el principio de legalidad, tal como es entendido en el Derecho penal continental, no deriva de él. En La Magna Carta puede hallarse el origen de

350 *Ibidem*, p. 72.

351 *Ibidem*, p. 74.

352 MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 4ª edición, Ed. Repertor S.L., Barcelona, 1996, pp. 75-76.

353 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Loc. cit.*, p. 321.

354 LIBERATI, Wilson Donizeti, “Bem jurídico e Constituição”, en *Direito Penal e Constituição*, Organizado por RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio e LIBERATI, Wilson Donizeti, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 186.

355 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, *op. cit.*, p. 321.

la llamada *rule of law* propia del Derecho anglosajón que, si tiene cierto paralelo con el principio de legalidad, no deja de presentar importantes rasgos diferenciales. En efecto, mientras el principio de legalidad, traduce el predominio de la Ley sobre los jueces, la *rule of law* representa, fundamentalmente, una garantía jurisdiccional. Dicha peculiaridad deriva de las características del desarrollo histórico del Derecho anglosajón (perpetuadas en el Derecho norteamericano) en que la “ley de la tierra”, fundada en el Derecho natural y aplicada por jueces ordinarios, llega a estar por encima del Derecho estatutario, creado por el Parlamento”.³⁵⁶

Todavía más lejos aún, Stratenwerth afirma:

“Este principio se encuentra por primera vez en Cicerón (In Verme, II, 42), quien sostiene que un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente, delictual o reprochable no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa. De acuerdo con ello, resulta inadmisibles sancionar con posteridad un comportamiento prohibido por la ética social, pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter.”³⁵⁷

En consecuencia, podemos concluir que, el origen del principio de legalidad lo encontramos con el nacimiento del Estado de Derecho. Debe buscarse, por tanto, en aquel momento histórico en que el pueblo deja de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, y pasa a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio.³⁵⁸

356 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 62.

357 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general, I*, Trad. de la 2ª Ed. alemana de 1976 por Gladys Romero, Edersa, Madrid, p. 28.

358 Agrega Muñoz Conde que: “Durante esa época se suceden las declaraciones de los derechos fundamentales de las personas y las del principio de legalidad de los delitos y las penas, como por ejemplo en la Petitions o Rights de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), en la Josephina austriaca de 1787, y sobre todo, en la famosa Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, en la que se establecía que nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada” En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 82.

6.2.3. Significado del principio de legalidad: Político y técnico

Sólo observado en toda su dimensión podemos decir que el principio de legalidad constituye una categoría insoslayable de garantía del ciudadano frente el poder punitivo que ejerce el Estado; en su dimensión *política*, significa el predominio del Poder Legislativo, como órgano que representa la voluntad general, frente a los otros poderes del Estado,³⁵⁹ y, en su dimensión *técnica*, expresa la forma de cómo deben los legisladores formular las normas penales.

El principio de legalidad, tanto en su dimensión política con técnica constituye una garantía indiscutible del ciudadano frente al poder punitivo Estatal.

6.2.4. Significado y alcance político del principio de legalidad

El principio de legalidad puede ser fundamentado políticamente en base a la *división de poderes*. Si recordamos, no más, que su inspiración viene establecido por los ideales de la Revolución Francesa de participación popular en el poder. La voluntad caprichosa de los gobernantes cedió paso a la voluntad general, constituyéndose en la fuerza política del establecimiento de las normas penales. Con ello, “se pretende, en un primer momento que la ley, expresión de la voluntad general a través de la Asamblea General, sea la única fuente del Derecho”³⁶⁰. La voluntad general se traduce en la Asamblea General constituyendo éste el primer Poder del Estado. Sólo el Poder Legislativo, en principio, como órgano que representa a la voluntad general, es la única que puede establecer las leyes. “Ni el Poder Ejecutivo puede tomar decisión alguna que vaya en contra de la voluntad general, ni el Poder Judicial aplicar más derecho que el que emana de esa voluntad general.”³⁶¹

Una interpretación correcta del alcance genuino del *nullum crimen*, fiel a sus bases históricas y a la trascendencia política del mismo, nos obliga a entenderlo en el marco de una determinada concepción del origen de la sociedad civil y del Estado, de la legitimación de poder y de su ejercicio, es decir en la

359 Consecuentemente, el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado o jueces a penas que no admita el pueblo, cf. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 76.

360 CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 108.

361 *Ibidem*, 109.

doctrina del contrato social, de la *soberanía popular* y de la *división de poderes*.³⁶²

El ubicarse al margen de tal contexto se incurriría en una lectura “formalista” inadmisibles, desvirtuando el significado político del *nullum crimen*.³⁶³

Precisamente, el *nullum crimen* se relaciona a la doctrina del pacto social y al principio de la división de poderes, que a bien recogiera Beccaria en su obra *De los delitos y las penas*: “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; sólo el legislador que representa a toda la sociedad unida por el pacto social puede establecer las leyes; ningún magistrado puede irrogarse el poder de crear derecho, ni de aumentar las penas más allá del límite fijado por las leyes”.³⁶⁴

En consecuencia, se pretende desde un primer momento que la ley, expresión de la voluntad general manifestada en la Asamblea Nacional, constituya la única fuente del derecho. Aunque, luego, se abandona la idea del “monopolio de la ley”.³⁶⁵ Los complejos ámbitos de la vida imposibilitan a la Asamblea Nacional el abarcar por completo la regulación expresa de todos los conflictos habidos. Luego, el monopolio de la ley se reduce a determinados ámbitos en los que se exige, dada su transcendencia general, ser regulados exclusivamente por la ley. Entre ellos el Derecho penal (*reserva legal*³⁶⁶). En los demás ámbitos la *primacía de la ley*³⁶⁷ se afirma como expresión de la superioridad del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

362 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 322.

363 *Ibidem*.

364 BECCARIA, Cesare Bonesana, Marques de, *De los delitos y las penas*, Introducción, op. cit., p. 71.

365 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal, parte general*, 4a edición, p. 63.

366 *Ibidem*, p. 64. Sobre la *reserva legal*, comentan, que se entiende la delimitación de uno o varios ámbitos en el seno del ordenamiento jurídico que sólo compete su regulación exclusiva por la ley.

367 *Ibidem*. Sostienen los autores, en cuanto a la *primacía de la ley*, que ésta se manifiesta, de una parte, en “la fuerza de la ley”. La ley tiene una autónoma capacidad del ordenamiento jurídico, pudiendo derogar las leyes anteriores y prevalece sobre cualquier disposición normativa dimanante del ejecutivo; y, de otra parte, la ley se caracteriza por su inmunidad ya que los Tribunales judiciales no pueden anularla. De ahí que se traduzca la primacía del Parlamento sobre el ejecutivo y la judicatura.

Se suele distinguir algunas *clases de reservas*,³⁶⁸ como la *Reserva Absoluta* de la ley, que implica la competencia absoluta del Legislativo en la producción de las leyes, lo cual impide la remisión a otras fuentes; *Reserva Relativa* de la ley que permite al Poder Legislativo, mediante un acto de delegación voluntaria otorgar competencia legislativa, principalmente al Ejecutivo, sobre determinadas materias previamente establecidas; *Reserva General* de la ley, que contempla la regulación de determinados ámbitos generales, frente a la *Reserva Especial* de la ley que se limita a regular algunos aspectos concretos de aquellos ámbitos; Finalmente, se distingue entre la *Reserva sustancial* de la ley, cuando esta es establecida por mandato de la Constitución; frente a la *Reserva Formal* de la ley que implica la regulación por parte del Legislativo de toda una materia sin permitir que instancias inferiores completen su redacción.

Se afirma, luego que, el principio de legalidad en materia penal se identifica con una *Reserva Sustancial*,³⁶⁹ *Reserva Absoluta*³⁷⁰ y una *Reserva General*.³⁷¹

6.2.5. Significado y contenido técnico del principio de legalidad

El principio de legalidad suele expresarse a través de la máxima *nullum crimen, Nulla poena sine lege*. Esta formulación clásica fue establecida por Feuerbach. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena del Derecho penal. Sin duda, representa una garantía de libertad a fin de evitar el ejercicio del poder arbitrario del Estado, por lo que muy acertadamente Frank Von Liszt,³⁷² estableció que este principio constituye una *Magna Charta del delincuente*, concepción que no goza de la adhesión de la mayor parte de la doctrina ya en un Estado Democrático de Derecho el juez nunca tiene adelante a un delincuente, sino a un ciudadano que esta amparado por el derecho a la presunción de

368 Cf. CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 105; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., Loc. cit., p. 64.

369 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 65.

370 Ibidem.

371 CARBONEL MATEU, Juan Carlos, Loc. cit., p. 106.

372 LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho penal*, 2ª edición, T. II, Traducción de Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid, 1927, p. 80.

inocencia y que es él, en definitiva, el destinatario del principio de legalidad; en consecuencia, este principio se debe como la “Magna Charta del ciudadano”.³⁷³

Es preciso destacar que la concepción de la formulación inicial del principio de legalidad, no es el mismo que se tiene en la actualidad. Inicialmente Feuerbach establece la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* vinculándola a la demostración del carácter de prevención general de la pena³⁷⁴ a través de su conocida teoría de la coacción psicológica. Feuerbach, afirma que “toda pena jurídica pronunciada por el Estado es consecuencia de una ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión del Derecho”.³⁷⁵ La amenaza de la pena intimida a las personas y evita las lesiones de derechos, pero no se podría intimidar si es que no existe una ley que lo exprese clara y públicamente a la generalidad de las personas.

Esta doctrina sirvió de base a la *teoría de la motivación* por la coacción psicológica, y para ella también tiene importancia el principio de legalidad,³⁷⁶ ya que para que tal función (motivación) puede llevarse a cabo, se requiere del conocimiento del alcance de la amenaza penal y del contenido de las normas prohibitivas. Agrega Muñoz Conde, que el principio de legalidad sirve, además para determinar la culpabilidad del sujeto, ya que sólo conociéndose el alcance de las normas o por lo menos la posibilidad de conocerla, se podrá motivarse en ella, y, por lo tanto, se le puede declarar su culpabilidad.³⁷⁷

Del aforismo latino expresado por Feuerbach surgen, inicialmente, los siguientes principios: *Nullum crimen sine lege*: ninguna conducta puede ser calificada como delito sin una ley que lo haya declarado previamente. De ahí, que los actos socialmente dañosos, por sí solos, no pueden ser castigados, por más que sea sustancialmente delito. La formalidad de la ley constituye su única fuente; *Nulla poena sine lege*: el establecimiento de una pena queda condicionada a una

373 BACIGALUPO, Enrique, *Principio de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Ed. Akal, Madrid, 1997, p. 80.

374 En ese sentido BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal, Parte General*, 5a edición, Ed. Akal, Madrid, 1998, pp. 55 y ss..

375 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

376 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 87.

377 *Ibidem*.

ley que la establezca. Las penas no pueden ser remplazadas por otras y no pueden ser inventadas e impuestas sorpresivamente. Su nacimiento se somete al imperio de la ley; *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*: Los castigos tienen que ser impuestos en virtud de un juicio formal ante sus jueces y órganos competentes, respetándose las garantías procesales establecidas legalmente.

La doctrina actual a nutrido de vertientes a este principio fundamental del Estado de derecho, social y democrático, alcanzando político-criminalmente, una categoría garantista frente al poder punitivo del Estado. El principio de legalidad, en materia penal, incluye, actualmente, al principio de *legalidad de la ejecución*: no se puede ejecutar pena alguna en otra forma que la prevista por la ley.

Indudablemente, el principio de legalidad constituye la garantía más preciada dentro del Estado de derecho, social y democrático. Los gobiernos totalitarios encontrarían sus más fuertes críticas sin el sometimiento a este principio.

En este sentido, y para que no nos olvidemos de los errores del pasado, conviene destacar los efectos negativos que se generaron al apartarse del principio de legalidad en materia penal algunos Estados: en Rusia, con el Código Penal Ruso de 1926,³⁷⁸ de nítida inspiración “Stalinista” y, en Alemania, con la legislación penal nacionalsocialista, en los años 30. Ciertamente coincidimos con GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, cuando sostiene que: “El *nullum crimen* es, naturalmente, un postulado irrenunciable. Pero, por desgracia, la historia ha demostrado hasta la saciedad que si el principio de legalidad significa sumisión a la ley, muchas veces ha significado también, que con la ley se puede hacer de todo.”³⁷⁹

Por otro lado, a estos principios garantísticos personales que se derivan del principio de legalidad se les exige ciertos requisitos que deben ser tenidos en cuenta en su formulación jurídica. a) La *existencia de una ley* que establezca los delitos y las penas (*lex scripta*): de ello se deduce que la ley es la única fuente formal y directa de las normas penales; se tienen que establecer mediante un procedimiento regular preestablecido. Esta exigencia evita el filtro del

378 El Código Penal para la República Federal Socialista Soviética Rusa se ha publicado en noviembre de 1926 y empezó a regir el 1º de enero del 1927.

379 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del *ius puniendi*.” En *Estudios penales y jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, p. 249-259 Coord. por Juan José González Rus, Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 249.

derecho consuetudinario como fuente de derecho directa; b) Se exige, además, que las leyes deben ser *previas* a las conductas que constituyen delito, que establecen sus consecuencias, que establecen el procedimiento a seguir y la forma en que se deben cumplirse las penas (*lex praevia*). Se prohíbe, por tanto, la retroactividad de la ley penal; c) Se exige, finalmente, que las leyes deben ser establecidas de forma *clara y precisa* (*lex certa y stricta*), de las que Silva Sanchez prefiere denominarlas *Mandato de determinación*,³⁸⁰ en concordancia con la doctrina alemana. De esto se deduce la prohibición de la analogía en materia penal.

En consecuencia, el *contenido* del principio de legalidad lo podemos agrupar en dos planos; en el marco de las garantías individuales: *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege*, *Nemo damnetur nisi per legale iudicium y legalidad de la ejecución*; y, en el marco de los requisitos que se le exige a la norma jurídico-penal: *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa y lex stricta*, estas últimas identificadas con el Mandato de determinación.

6.2.6. De las garantías individuales

Como anteriormente lo hemos manifestado, en el marco de las garantías individuales el principio de legalidad se manifiesta en cuatro direcciones: *Nullum crimen sine lege*, *Nulla poena sine lege*, *Nemo damnetur nisi per legale iudicium* y *legalidad de la ejecución*.

6.2.6.1. Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*)

La garantía criminal prohíbe que se pueda imputar a un ciudadano un hecho no previsto como delito o falta por la ley penal (art. II, Título preliminar). En sentido contrario, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Los jueces por sí solos no podrán aplicar más norma que la establecida por ley. En el caso que los Magistrados estimen que materialmente una conducta determinada debe ser considerado como delito pondrán en conocimiento al Poder Legislativo (art. 21 de la LOPJ). Esto es sobre la base del principio de la división de poderes. La jerarquía Constitucional de esta garantía del sistema en general y fundamentalmente del penal, es hoy en día indiscutida,³⁸¹ elevándolo a la categoría de norma rectora de todo el sistema penal.

380 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 254.

En lo que concierne al Derecho penal este principio es contemplado en la mayoría de los Códigos Penales de nuestra cultura jurídica en sus respectivos títulos preliminares.

6.2.6.2. Garantía penal: (nullum poena sine lege)

No podrán aplicarse penas que no hayan sido previamente establecidas por ley (art. II, Título preliminar). La garantía penal prohíbe, en consecuencia, las denominadas penas arbitrarias que se imponían bajo el arbitrio del juez. Cierra el paso, además, a las penas indeterminadas, esto es, en cuanto a su duración; y, finalmente, prohíbe a los magistrados alterar los marcos penológicos establecidos por ley.

6.2.6.3. Garantía jurisdiccional: (Nemo damnetur nisi per legale iudicium)

De esta garantía se deriva el que nadie puede ser condenado sino en virtud de una sentencia firme dictada por un Juez o Tribunal competente, bajo los marcos establecidos legalmente (art. V del Título preliminar).

El principio de división de poderes nos clarifica aún más esta garantía. Mientras los delitos y las penas se establecen por ley, que representa la voluntad de la Asamblea General; las leyes se interpretan y se aplican (función de juzgar), exclusivamente por los Tribunales de justicia.³⁸² Ahora, esta función tampoco es arbitraria, sino debe someterse a toda una gama de garantías procesales que también se establecen legalmente: principio de publicidad, intermediación, libertad de prueba, oralidad, contradicción, presunción de inocencia, etc. Todo ello representa, a decir de Bustos,³⁸³ la aplicación a la actividad judicial del principio irrestricto de la legalidad *versus* la arbitrariedad.

381 V.g. Art. 5º, XXXIX, de la Constitución Federal Brasileña: “No hay crimen sin ley anterior que le defina ni pena sin previa conminación legal”; Art. 25, núm. 1, de la Constitución española: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito (o) falta ... según la legislación vigente en aquel momento”; La Constitución peruana la contempla en su artículo 2 inc. 24, acápite “d”, complementándose con lo que establece el art. 2, numeral 24, acápite “a”.

382 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 336.

383 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*. Ariel, Barcelona, 1984, p. 78.

6.2.6.4. *Garantía de ejecución*

La pena ha de ejecutarse en la forma legalmente establecida (art. VI, Título preliminar). El artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “Nadie será sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Por otro lado, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10, también establece que: “Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto a la dignidad inherente al ser humano”. Aunque estos artículos se refieren, en general, a cualquier persona se deben comprender, también, a los que purgan condena.

En algunos países latinoamericanos, a pesar del buen propósito que tienen sus legislaciones respectivas en materia de ejecución, es común ver que los establecimientos penitenciarios siguen siendo centro de degradación de la personalidad no permitiendo la resocialización plena y la posterior reincorporación del penado a la sociedad, que según algunas legislaciones siguen siendo una de las finalidades de las penas (art. IX del Título preliminar). Por decirlo menos, unas de sus principales causas es el hacinamiento carcelario, ya que muy fácilmente se encuentran poblaciones carcelarias de hasta tres o cuatro veces su volumen normal. Bernaldes Ballesteros,³⁸⁴ agrega que uno de los índices de progreso y desarrollo de los pueblos lo constituyen sus centros carcelarios, siendo muchos los casos en que los Estados han sido sometidos a la vergüenza internacional al verse descubiertas las condiciones de sus prisiones. En el caso de nuestra realidad esta sorpresa no es de extrañar.

6.2.7. *Requisitos de las normas jurídicas*

Como ya lo manifestamos, los requisitos exigidos a las normas penales se pueden clasificar en tres: exigencia de la *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa y lex estricta*, estas últimas identificadas con el *Mandato de determinación*. Todos estos requisitos se relacionan con la ley como fuente del derecho.

6.2.7.1. *Reserva absoluta de la ley: (lex scripta)*

Por un lado se establece que no deberá haber punición si no es derivada de ley escrita, es decir, ley aprobada dentro de las formalidades preestablecidas. Con eso se veta la posibilidad de basar cualquier punición en la costum-

384 BERNALDES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 4ª edición, Ed. Roa, Lima, 1998, p. 663.

bre. “Cuando se dice que la ley penal debe ser “escrita”, se está expresando, en primer lugar, que el Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas”,³⁸⁵ que bien pueden ser, en otros ámbitos del derecho, fuentes del mismo.³⁸⁶

De otro lado, establece el *rango normativo de ley* como fuente necesaria de las prohibiciones. Pero, no basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga *rango de ley* emanada del Poder Legislativo, mecanismo ideal que expresa el interés del pueblo representado. En este orden quedarían excluidas como fuentes de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo, que tienen rango inferior a la ley, como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.³⁸⁷

La doctrina discute si sobre en materia penal conviene o no asegurar el rango de la “Ley Orgánica”, frente a la Ley Ordinaria, para el establecimiento de los delitos y de todas las penas.

Aún así, conviene destacar que en España, por ejemplo, todavía se viene discutiendo de si las normas de contenido incriminatorio, cuyas penas son de multa merecen o no, rango de Ley Orgánica.³⁸⁸

Creemos que todas las normas penales cuya consecuencia jurídica, en principio, limiten algún derecho fundamental, deben estar reservadas exclusivamente al rango de la Ley Orgánica (v. gr. Privativas o limitativas de libertad); así mismo, tal exigencia del principio de legalidad debe extenderse a todos los “supuestos de hecho”, salvo los casos de la admisión de las normas penales en blanco.³⁸⁹

a. Exclusión de la costumbre

Como ya lo hemos manifestado, la única fuente de producción de las normas, en materia penal, es la ley. Las fuentes indirectas, como la costumbre y los principios generales del derecho pueden bien constituir fuentes de pro-

385 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, op. cit., p. 109.

386 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Vol. I, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 81.

387 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal Parte General*, 5a edición, op. cit., p. 78.

388 Así en MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, op. cit., p. 111.

389 Ver tópico de la norma penal en blanco.

ducción de derecho en otras ramas del ordenamiento jurídico, más no en el Derecho penal.

Sostiene García-Pablos que: “La primacía de la ley y consiguiente rechazo de otras fuentes (v. g. Costumbre, principios generales del derecho, jurisprudencia) se aplica por razones de seguridad jurídica: la ley no sólo expresa la voluntad popular, sino que cuenta con un proceso de gestación que facilita al ciudadano su conocimiento. Y su forma (escrita) aporta mayor seguridad jurídica.”³⁹⁰

También se sostiene, por otro lado, que bien la costumbre y los principios generales del derecho pueden desplegar toda su eficacia a través de las *causas de justificación* o integrando el contenido de los elementos valorativos del tipo. Se suele llamar al empleo de este método costumbre *in bonam partem*.³⁹¹

Desde luego, no se considera la costumbre a efectos de fundamentar la punibilidad, pero sí podrá justificarse para las causas de justificación, ya que en este caso no se está creando delitos ni pena, sino todo lo contrario.

De ahí que Bustos, sostenga que: “Las causas de justificación están en relación con todo el ordenamiento jurídico. Una norma permisiva puede surgir de cualquier ámbito jurídico. Por tanto, en su determinación podrán jugar un papel fundante o cofundante de ellas la costumbre y los principios generales del derecho.”³⁹² En este mismo sentido, Muñoz Conde³⁹³ agrega que una causa de justificación, como el “ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, descansa muchas veces en el derecho consuetudinario y no en una ley.

390 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 339.

391 *Ibidem*.

392 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Vol. I, Trotta, Madrid, 1997, p. 94. El autor cita como ejemplo el art. 20.7 del Código penal español, el que contiene la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Agrega: “Esta constituye una cláusula genérica abierta a remisión al resto del ordenamiento jurídico. Es a otra rama del ordenamiento jurídico donde habrá que dirigirse para valorar si una conducta concreta realizada es o no contraria a derecho. La respectiva área jurídica podrá informarnos de que el autor lesionó un bien jurídico pero estaba actuando dentro de los límites de un deber”.

393 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., p. 89.

6.2.7.2. *Irretroactividad de la ley penal: (lex praevia)*

Toda ley, en principio rige a futuro los hechos desde su entrada en vigencia (art. 6). Precisamente, la exigencia de una *lex praevia* constituye una barrera a la retroactividad de las leyes penales.

Se suele identificar a esta exigencia como representativa de lo que se llama *anterioridad penal*, la expresión principiológica de la condición de precedencia de la previsión abstracta a la situación de hecho, prohibiendo la creación de tipos con finalidad de alcanzar hechos del pasado. Se limita, por lo tanto, a permitir la punición de aquellos hechos que encontraren encuadramiento en las formulaciones abstractamente puestas a conocimiento previo del público. Se trata de una garantía firmada por la ilustración en contra del ilimitado poder expreso en la creación de reglas de imputación de responsabilidad *ad hoc*, propia del *ancient regimen*.³⁹⁴ Lo que se pretende es el establecimiento de una seguridad jurídica.

Tratándose de un “Derecho penal de hechos” la norma incriminadora constituye la expresión de reconocimiento de una conducta desvalorada socialmente en un determinado momento histórico-político. Así que no tiene sentido el permitir la imposición de una carga penal a una conducta sin que previamente se reconozca su desvalor social. Para Stratenwerth “La fundamentación es evidente: nadie puede regirse por una norma que todavía no existe.”³⁹⁵

También en lo que respecta a la función de prevención del Derecho penal, no parece adecuada la retroactividad, puesto que “las leyes penales son reglas de conducta que miran al futuro – esto es, a la prevención de delitos – y por tanto, no pueden desplegar sus efectos hacia momentos anteriores a su entrada en vigor.”³⁹⁶

No obstante, nuestra legislación establece que en el caso de conflictos en el tiempo de leyes penales, se aplicará la más favorable al reo (art. 6). Aún más, si según la nueva ley, el hecho sancionado deja de ser desvalorado como delito, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho (art. 7).

394 Así señala Stratenwerth: “El iluminismo entendió como insoportable que el poder estatal pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento en cuestión estuviese prohibido por los usos y costumbres.” En STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 29.

395 *Ibidem*, p. 28.

396 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, op. cit., p. 152.

“La retroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, una lógica consecuencia de su fundamento”. Prosigue diciendo que “el principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona. Una ley más favorable no es una ley abusiva. Por el contrario significa el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad. Luego, la retroactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad, antes lo afirma.”³⁹⁷

Desde luego, no tendría sentido, por diferentes razones, sean político-criminales o de justicia material,³⁹⁸ seguir aplicando una ley que valorativamente ya no comparte el legislador o la sociedad.³⁹⁹

6.2.7.3. Mandato de determinación (lex certa y lex stricta)

La doctrina alemana considera al mandato de determinación en dos vertientes: *lex certa*, que se dirige al legislador; y, la exigencia de la *lex stricta*, dirigida al juez.

a. El mandato de determinación de “lex certa”

Bajo las exigencias de *lex certa* implica el que todas las leyes penales deben ser formuladas de la manera más clara, inequívoca y exhaustiva posible, a fin que se den a conocer por entero a sus destinatarios: al ciudadano y al juez.⁴⁰⁰

Advierten COBO-VIVES,⁴⁰¹ que la “claridad y taxatividad son imprescindibles condiciones de la seguridad jurídica. Pero, para que pueda hablarse de seguridad jurídica es preciso, además, que se haya determinado de antemano qué conductas constituyen delitos y cuales no, y qué penas son aplicables a cada caso. Y también resulta indispensable que esa determinación la lleve a cabo el legislador pues, de lo contrario, los ciudadanos quedan a merced de los jueces o del Gobierno”.

397 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORNAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Op. cit., pp. 82-83.

398 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 177.

399 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, op.cit., p. 320.

400 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 254.

401 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 65.

Ahora bien, la seguridad jurídica que implica la exigencia de *lex certa* entra en crisis con el llamado *moderno Derecho penal*. La tendencia del legislador moderno tiende a expresarse más bien de forma poco clara.⁴⁰² La “ambigüedad” y la “imprecisión” son, cada vez más, características de muchos preceptos penales actuales.⁴⁰³ Las *leyes indeterminadas*, por ejemplo, permiten un amplio margen creativo al juez, ya que se formulan con conceptos vagos, o porosos, con términos en los que se requiere un alto grado de valoración.⁴⁰⁴

Las *leyes indeterminadas* en su conjunto por su ambigüedad deliberada, no permite conocer a precisión que conductas concretas se castigan,⁴⁰⁵ lo cual implica, de modo implícito, la renuncia del legislador en su misión de definición de los comportamientos delictivos y una remisión al juez para que éste cumpla con tal labor.⁴⁰⁶ Cláusulas como la de “escándalo público”, “infligir los principios del orden democrático” o “que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten”, éste último a los actos de cultivo, elaboración o tráfico de droga, son ejemplos más que suficientes del empleo de esta técnica legislativa.

En las técnicas de tipificación moderna las llamadas cláusulas generales, los conceptos jurídicos indeterminados, los tipos penales abiertos, la comisión por omisión, los elementos normativos y la técnica de las leyes penales en blanco, evidencian la disociación del Derecho penal a la exigencia de *lex certa*.

402 En ese sentido sirve el alerta de Hassemer: “La tendencia del legislador moderno a expresarse más bien de forma poco clara, y de cargar el peso de la decisión en los hombros ajenos, tiene diferente intensidad según las ramas del derecho y, también, diferentes consecuencias. Hay ramas del derecho que, por así decirlo, se encuentran en movimiento por su propia naturaleza (como por ejemplo, el derecho económico o impositivo), mientras que hay otras ramas que se apoyan más bien en regulaciones en cierto modo eternas (como, por ejemplo, el derecho de familia o el Derecho penal). Los ámbitos “móviles” toleran mejor que los “eternos” un derecho judicial flexible. En estos últimos, las modificaciones normativas sorpresivas, frecuentes y no espectaculares transmiten la sensación de inestabilidad e irritación, mientras que en los otros, puede ser un indicio de presencia y modernidad.” En HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, Trad. De Patricia S. Ziffer, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1995, p.18.

403 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Loc. cit., p. 254.

404 *Ibidem*, p. 255.

405 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 348.

406 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 255.

Las causas que se mencionan sobre la tendencia a la imprecisión son varias: se ha dicho que “la palabra escrita”, el “lenguaje de la ley”, particularmente representa condicionamientos y limitaciones hacia la máxima claridad y certidumbre, ya que el idioma como medio de expresión es cambiante conforme al tiempo y las circunstancias.⁴⁰⁷ La ley, que precisa del lenguaje, padece igualmente semejante tensión entre dos necesidades antagónicas, generalizar y concretar, justicia material y seguridad jurídica, describir y valorar; entre la matemática penal y el arbitrio judicial.⁴⁰⁸

Por otro lado, se ha sostenido, también, que determinados bienes jurídicos, que carecen sustrato material, son de muy difícil definición, por lo que es necesario recurrir a cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y elementos normativos para ofrecer alguna precisión.⁴⁰⁹ También se ha sostenido que tal deformalización se debe a la tentación del legislador penal de ofrecer programas de decisión flexibles que permitan operar ante las nuevas condiciones que presenta el cambio social acelerado.⁴¹⁰ En este último sentido, también opina Naucke,⁴¹¹ que tal tendencia a la imprecisión refleja una voluntad flexible que busca la adaptación a las exigencias político-criminales cambiantes. Esto no hace, sino, evidenciar la *situación de conflicto* que genera la lucha por mantener la máxima seguridad jurídica, frente a la eficacia del caso.

Advierte, al respecto, Silva, que tal disociación resulta ser deseable desde las perspectivas preventivas ya que flexibilizan la 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 a la libertad individual, por un lado, y las necesidades de prevención general o resocialización, por el otro”. Agrega todavía:

“En el panorama actual, podemos advertir significativas manifestaciones de la confrontación entre prevención y determinación legal”. Y, esto se debe

407 Ver al respecto a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., pp. 345 y 346.

408 Ibidem.

409 Ibidem, p. 346.

410 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch 1979, p. 175.

411 NAUCKE, W., *Über GeneralKlausseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tubinga, 1973, pp. 13-14.

“al conflicto entre las necesidades de una política criminal cambiante en función a las circunstancias (orientación a las consecuencias), que requiere cada vez mayores niveles de oportunidad, y el mandato de determinación. 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. Sin embargo, ello es ciertamente peligroso desde la perspectiva de las garantías individuales”.

Resulta ser utópica, actualmente, el mandato de certeza que se exige al principio de legalidad. Aunque, en determinados casos resulte necesario el recurrir a técnicas como la de “la ley penal en blanco”, con las reservas que sobre el tema se han sostenido, es necesario que estas decisiones legislativas sean “controladas” y “corregidas”.⁴¹² Aunque mayor exigencia se hace presente en la concretización del ámbito de la “garantía criminal” que en el ámbito de la “garantía penal”.⁴¹³

b. La prohibición de la analogía (lex stricta)

La analogía es prohibida en el Derecho penal como consecuencia del principio antes comentado. En la mayoría de las Constituciones políticas de nuestra cultura jurídica la prohibición de la analogía de la ley penal es considerada como una garantía de la función jurisdiccional. La ley es la única que puede establecer delitos y penas, en consecuencia, la costumbre, la doctrina, ni los principios generales del derecho y la analogía no los pueden establecer, en aras de la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos. Comenta Zaffaroni:⁴¹⁴

“Si por analogía en Derecho penal se entiende completar el texto legal en la forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación

412 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 175.

413 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, op. cit., p. 320.

414 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, T.I. Ed. Jurídica, Lima, 1998, p. 175.

queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico – jurídica del Derecho penal”.

Habrá que distinguir, dentro del comentario, la analogía de la interpretación extensiva. Mientras que esta importa la aplicación de la ley a un hecho situado mas allá de su alcance literal, pero sin estar fuera del espíritu o sentido de la misma; en la analogía, se entiende la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto. Queda claro, que la interpretación extensiva no vulnera el principio de legalidad, pues la interpretación queda dentro del espíritu de la ley, mientras que en la analogía se estaría creando derecho, situación contraria que si es prohibida.

Suele distinguirse entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiéndose a la primera como resultante extensiva de la punibilidad y por la segunda, la que restringe la misma. Esta última estaría legitimada en la interpretación de la ley penal, por lo tanto es posible. Todo con la finalidad de favorecer al acusado extendiendo analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad.

6.3. El principio de culpabilidad

6.3.1. Generalidades

El vocablo “culpabilidad” es empleado en la doctrina penal en varios sentidos.⁴¹⁵ En primer lugar, se le identifica como una *categoría dogmática*, que para algunos forma, parte del concepto de delito, en cuanto que, para otros, constituye el presupuesto de aplicación de la pena. En este primer sentido, se trata de un concepto meramente dogmático cuyos elementos lo constituyen la capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho. En segundo sentido, la culpabilidad también suele ser comprendida como un elemento de *graduación de la*

415 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Principio de Culpabilidad e individualización de la pena. En *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, en Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, dirigido por Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 35; BITENCOURT, Cezar Roberto, “Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade”, en *Revista de Direito penal e ciências a fins*, Rev. Nro. 5, Dir. Lêlio Braga Calhau, <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=5&id=117>; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 390; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II., 5ª edición, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 653.

pena, en donde se establece, bajo el principio de proporcionalidad, una relación entre culpa y castigo. Finalmente, por culpabilidad también se entiende a la fijación de la necesaria comprobación de la presencia del *dolo o culpa* para la admisión de la responsabilidad penal, en oposición a la responsabilidad objetiva. Se trata, en efecto, del establecimiento de una garantía en contra de los excesos de la responsabilidad objetiva, pero también una exigencia que se suma a la relación de causalidad para reconocer la posibilidad de imponer una pena. A esta última acepción la doctrina jurídico-penal tradicional la ha identificado como *principio de culpabilidad*.

Sin embargo, hablar del “principio de culpabilidad” en su acepción tradicional no resulta adecuado cuando se alude a los límites que se le debe imponer al *ius puniendi* dentro de un Estado de derecho, social y democrático.

De ello se trata, precisamente, de admitir una perspectiva amplia del principio de culpabilidad que englobe no sólo a la presencia del *dolo* o la *culpa* sino a todos aquellos presupuestos que determinan el porqué se aplica una pena. En aquella perspectiva estarían involucrados una serie de garantías que se derivan de todas las acepciones en que se emplea el término culpabilidad, que, al final de cuantas, representan la sedimentación de una progresiva evolución del Derecho penal. Nos referimos, desde luego, a una perspectiva *político criminal del principio de culpabilidad* del que nos ocuparemos luego, previo análisis de los elementos que lo comprenderían.

6.3.2. Origen del principio

El origen del principio de culpabilidad, en su acepción tradicional, como responsabilidad subjetiva se deriva del concepto jurídico-penal de la teoría psicológica de la culpabilidad, defendida por el pensamiento Positivo Sociológico de von Liszt. Dado que dominaba el criterio de estructuración del delito en separar a lo que se creía como componentes objetivos y a los que se consideraban categóricamente componentes subjetivos, la culpabilidad era considerada esta última.⁴¹⁶ En los sistemas de Liszt,⁴¹⁷ Belling y Radbruch,⁴¹⁸ la *bipar-*

416 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, 5ª edición, op. cit., p. 653.

417 LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 376; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Ed. Losada, Bs. As., 1959, t. V, p. 149, sostiene este autor que Liszt, identificaba a la culpabilidad con aquellos presupuestos subjetivos (*dolo* y *culpa*), junto a los cuales tenía existencia las consecuencias del delito. El conjunto de ambos constituía el delito. El “*dolo*” y la “*culpa*” serían formas de conexión psíquica entre el autor y su hecho.

ción⁴¹⁹ en la formulación dogmática del delito era vigente en la época. En estos sistemas el suceso perturbador, y la relación causal entre el hecho y acto libre fueron abarcados por un *concepto objetivo de injusto*; por otro lado, la relación subjetiva que relaciona al hecho al autor con el hecho objetivamente antijurídico, fueron abarcados por un *concepto psicológico de culpabilidad*. “Este concepto permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin.”⁴²⁰

La separación, entre *hecho* y su *autor*, en sus orígenes, obedecía a la división categorial de comprender el hecho, el *suceso perturbador* valorado negativamente,⁴²¹ por un lado; y al *sujeto responsable* de aquel suceso, por otro lado.⁴²² Concepción comprendida en el momento por el fuerte *predominio naturalista* tendiente a encontrar datos empíricos explicables de las ciencias naturales a todos los conceptos jurídicos⁴²³ y a todos los ámbitos del saber.⁴²⁴

De la culpabilidad psicológica entendida como conciencia y voluntariedad del agente encaminada a obtener un evento, se extraen, en principio, las

418 FERNÁNDEZ, Gonzalo D., “El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal», en *De Las penas*, homenaje al prof. Isidoro de Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 215, sostiene el autor que: “... cabría que remontar esa división tajante del delito (sistema bimenbre) a la conocida teoría de las fuerzas de Carrara, quien distinguía entre la “fuerza física” y la “fuerza moral” en la composición de la infracción penal”.

419 Ibidem.

420 CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40), 2a edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000, p. 20.

421 Actualmente se le considera como una modificación empírica y real del mundo exterior, es decir, como una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o de su objeto.

422 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Completamente corregida y ampliada, Trad. De Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 378.

423 ROXÍN, Claus, *Derecho penal, Parte general, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p.794.

424 MORALES PRATS, Fermín, “Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: Convenciones normativas y función individualizadora”, en *Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López*, Granada, 1999, pp. 171-184.

siguientes consecuencias: la pena se impone individualmente al sujeto que realiza el acto (*responsabilidad personal*); la atribución de culpabilidad se limita por el hecho realizado (*responsabilidad por el hecho*) y sólo si es que media un nexo psicológico concretado en el dolo o culpa (*responsabilidad subjetiva*).⁴²⁵

Ya luego, con la irrupción del finalismo este concepto de culpabilidad no puede sostenerse más. El antiguo concepto de culpabilidad jurídico-penal (dolo y culpa) quedó para las postrimerías sólo como principio: *no hay responsabilidad objetiva*. Lo doloso y lo culposo pasan a formar parte de la valoración de la conducta (tipicidad subjetiva). De ello hablaremos luego cuando comentemos la concepción jurídico penal de la culpabilidad con el finalismo. Por ahora, sólo diremos que, en primer lugar, nadie pasará a ser perseguido o castigado sino sólo por las consecuencias queridas o previsibles de sus actos.⁴²⁶

Lo que sí no podemos discriminar a este nivel es que si el dolo o la culpa ya no pertenecen a la culpabilidad jurídico-penal,⁴²⁷ sino a la tipicidad subjetiva, constituyendo grados diversos del disvalor subjetivo de la acción, no es coherente, entonces, seguir designando a la exigencia del dolo o imprudencia “principio de culpabilidad”, sino *principio de responsabilidad subjetiva* en contraposición a la objetiva.⁴²⁸ Pero no sólo por ello, sino para evitar confusiones con la concepción del “principio de culpabilidad político criminal” que adoptamos y del cual el principio de “responsabilidad subjetiva” constituiría sólo uno más de sus componentes.

6.3.3. Garantías derivadas del Principio de Responsabilidad Subjetiva

Ciertamente que este principio constituye un *bastión garantista ante la potestad punitiva Estatal*. En principio, las solas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que el Derecho penal protege, no son suficientes para que sobre el autor pese la carga de una pena: *no hay pena sin dolo o culpa*. A la

425 Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, op. cit., p. 95.

426 ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de derecho penal*, op. cit., 1993, p. 250.

427 Aunque, la inacabada discusión en torno a si el dolo o la culpa pertenecen al tipo o a la culpabilidad, adolece ya de un planteamiento erróneo ya en su base: la relación psíquica del autor con su hecho es relevante para ambas valoraciones de inicio, de tal manera que sólo desde una perspectiva sistémica es correcto señalar que el dolo afirmado a nivel del injusto no se vuelve a analizar a nivel de la culpabilidad.

428 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 87.

verificación objetiva de estas lesiones o puestas en peligro corresponde, posteriormente, la verificación subjetiva; es decir, si el autor actuó con una voluntad propia del dolo o si ha actuado imprudentemente. Sin estos componentes subjetivos (tipicidad subjetiva), la conducta resulta atípica, por lo tanto el delito no se agota (*Sólo son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*) y no hay pena alguna (*no hay pena sin dolo o culpa*).⁴²⁹

Por otro lado, a consecuencia de este principio tampoco habrá responsabilidad subjetiva cuando el hecho se produce por mero accidente, sin dolo ni culpa, considerándose el hecho como *fortuito*.⁴³⁰ Su castigo sería “innecesario” e “ineficaz”.⁴³¹ Este resultado fortuito puede partir de un hecho que en sus orígenes era *lícito* (v. gr. Trabajos de construcción), en cuyo caso no responderá de nada; o *ilícito*,⁴³² en los que sí responderá por las consecuencias de los hechos ilícitos.

429 V. gr. “Así, en el primitivo derecho griego la punición prescinde de la voluntariedad del delito y, en razón de una necesidad fatal que no distingue entre culpables e inocentes, puede alcanzar no sólo al ofensor sino también a otros miembros de su círculo de parientes. Lo mismo puede decirse del derecho hebreo, que no distinguía siquiera entre delitos intencionales y accidentales y preveía penas también para los hijos y los descendientes del reo hasta la séptima generación. Incluso en la edad media, en el antiguo derecho germánico, la venganza recaía sobre el ofensor y sus allegados, y, cuando no desembocada en confrontación armada, se resolvía en un pacto privado, en el que la indemnización corría a cargo del reo y de sus parientes poco más que a título de resarcimiento del daño, independientemente de la voluntad de la acción”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª edición, Ed. Trotta, 1997, p. 487-488.

430 CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 19.

431 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, op. cit., p. 396.

432 V. gr. Zugaldía ejemplariza esta situación: “Ansioso de obtener beneficios económicos, Juan, médico de profesión, convenció a Luis (que acudió a su consulta quejándose de molestias intestinales) de que sufría un ataque de apendicitis (lo que era totalmente falso) y de que debía operarse. Así las cosas, Juan ingresó a Luis en su clínica privada y, después de realizarle una gran cantidad de pruebas –incluso cardiológicas– que pusieron de manifiesto que Luis se encontraba en perfecto estado de salud (dichas pruebas permitían a Juan, de paso, la obtención de beneficios adicionales), procedió a simular la intervención quirúrgica para lo cual suministró a Luis anestesia general en dosis terapéutica. Sorprendentemente, al ser anestesiado, Luis sufrió una parada cardíaca, imprevisible para Juan, que determinó su fallecimiento. En este supuesto Juan responderá criminalmente de un delito de estafa en grado de tentativa e, incluso, de un delito de lesiones en grado de tentativa, pero de lo que Juan no responderá en ningún caso es de la muerte de Luis, puesto que este concreto resultado no fue querido por él, ni pudo preverlo”. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos*, op. cit., p. 251.

Bajo este principio, la antigua fórmula del *versari in re ilícita* (mediante la cual se respondía por las consecuencias propias de los actos, incluidas las fortuitas), no tiene sustento. Así mismo, corta, también, con la técnica de los delitos cualificados por el resultado, que fundamentan la agravación de los actos, respecto al resultado más grave, sin la existencia del dolo o la culpa.⁴³³ Así también se excluye la responsabilidad por los delitos *preterintencionales*, que es una expresión del *versari*, aunque por razones metodológicas se trata separadamente.⁴³⁴

6.3.4. Culpabilidad como categoría dogmática

Aunque no compete a este nivel abordar el concepto de culpabilidad como categoría delictiva, es preciso sostener que el mismo se encuentra afrontando hoy en día una de sus más grandes crisis. Al respecto, GARCÍA-PABLOS, sostiene que: “El concepto de culpabilidad es, no obstante, un concepto paradójico en estado permanente de crisis. Ha tardado siglos en consolidarse y aceptarse como principio jurídico-penal fundamental y, sin embargo, en unos pocos años se ha convertido para muchos en una imprecisa categoría metafísica, superflua e incluso nociva.”⁴³⁵ En efecto, desde que Fran Von Liszt, en el año 1881 definió al delito como un acto, antijurídico, culpable y conminado con una pena,⁴³⁶ el contenido de la culpabilidad ha atravesado por diferentes concepciones, llegando hasta nuestros días como *un reproche de un injusto penal*, lo que en definitiva significa un juicio de valor dirigido contra el autor por su ilícito realizado, según la teoría normativa, siendo la doctrina actual más aceptada. Hasta hace un tiempo, el fundamento material del reproche lo constituía el “poder actuar de otro modo”. Sin embargo, a

433 Cfr. MIR PUIG, Santiago, “El *versari in re illicita* en el Código penal español”, en *Problemas fundamentales del derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 60; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 252 y ss.

434 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 119; CEREZO MIR, Santiago, “Principales reformas del Código penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad”, en *Revista jurídica española La ley*, 1988, p. 1015; SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *Comentarios al Código penal*, Dir. Manuel Cobo del Rosal, Ed. Edersa, 1999, pp. 205-206.

435 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 392.

436 LISZT, Franz Von, *Das deutche Reichsstrafrecht*, J. Guttentag, Berlín/Leipzig, 1881, pp. 64-65.

decir de ZUGALDÍA, citando a Roxín, “el momento actual del principio de culpabilidad se caracteriza básicamente por la transición de un concepto clásico y tradicional del mismo (vinculado a las ideas del libre albedrío y la retribución) a otro más moderno, basado en las ciencias que estudian el comportamiento humano y los procesos de motivación.”⁴³⁷

Esta última posición, de la motivación, como fundamento material del que depende el reproche, fue adoptada en principio por GIMBERNAT, el mismo que sugiere el rechazo del concepto tradicional de culpabilidad por el de *motivabilidad normal*,⁴³⁸ por cumplir más con la función limitadora y garantista. Comenta, al respecto, GARCÍA-PABLOS que, “en los últimos años se ha abierto paso a otro concepto de culpabilidad impulsado por disciplinas empíricas que estudian el comportamiento humano y los procesos de motivación. A tenor del mismo, no importa ya la existencia o inexistencia del libre albedrío- si el sujeto pudo o no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo- si no se puede atribuir, el hecho a su autor (imputación subjetiva), y en qué medida cabe hacerlo: culpabilidad es, entonces, sinónimo de normal motivación del autor.”⁴³⁹

En principio, la crítica se centra sobre los fundamentos materiales que depende el reproche, como el de la *capacidad de actuar de otra manera* o la *capacidad de motivación*,⁴⁴⁰ de las que no se han probado su carácter científico.

Como se verá, el fundamento de la motivación también entra en tela de juicio. Al respecto, sostiene Carbonel:⁴⁴¹ “La afirmación de que un sujeto que pudo y debió motivarse por la norma no lo hizo, siendo así que cometió una conducta delictiva, equivale a decir que el sujeto pudo y debió llevar a cabo una conducta distinta de la que efectivamente actuó; es decir que el sujeto era

437 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 242.

438 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 175.

439 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., Madrid, p. 392.

440 En la doctrina española se encuentran próximos a esta postura, aunque con diferentes matices, entre otros: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Loc. cit., pp. 175 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, ED. Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pp. 123 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Ed. Akal, Madrid, 1990, pp. 174 y ss.; BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 371 y ss.

441 CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 212.

libre para decidir si llevaba a cabo esta u otra conducta, la adecuada a la norma. Pues bien, la denominada concepción normativa de la culpabilidad hace descansar ésta en la libertad del sujeto para decidir entre actuar de un modo o de otro; siendo así que actuó en contra del derecho puede resumirse la pretensión de la concepción normativa de la culpabilidad en que el sujeto pudo y debió actuar conforme a Derecho. Todo ello descansa en la misma idea de libertad de la voluntad”.

Producto de esa inestabilidad del concepto de culpabilidad se trata de llenar de un nuevo contenido material a la misma, propio de las teorías preventivas de la pena. La culpabilidad ya no dependería del libre albedrío: la libertad de acción o la motivabilidad, fundamentaciones materiales de la culpabilidad que no son sustancialmente diversas, ambas a pesar de ser indemostrables, apoyadas en presunciones generalizadoras sólo persiguen una descalificación social (reprochabilidad) prescindiendo en este caso de consideraciones sociales. Sólo así se debe entender que debe haber culpabilidad cuando exista la necesidad de evitar comportamientos errados en el futuro por medio de la pena. El mero reproche resulta insuficiente para la aplicación de una pena por parte del Estado, pues además, se deben atender a consideraciones de corte preventivo general y preventivo especial que conlleven a la culpabilidad hacia fines racionales.

Sin embargo, no ha sido poco lo que se ha dicho sobre la inconveniencia sobre esta postura, por cuanto la culpabilidad ya no tendría su límite por el hecho realizado, sino en atención a los fines que se persiga en la prevención general o en la prevención especial, dejando una grieta abierta al paso de un Derecho penal de peligrosidad.⁴⁴²

Por su parte, SILVA SANCHEZ estima que el principio de culpabilidad no representa una “garantía”, sino la “síntesis” de varias finalidades del Derecho penal.⁴⁴³ Identifica el contenido del principio de culpabilidad como derivado del principio de igualdad: “cabe afirmar que en su base se hallan los principios de proporcionalidad e igualdad. Son ellos, en efecto, los que imponen que se trate diferente los casos diferentes”.⁴⁴⁴ Sin embargo, al no establecerse criterios

442 Cf. CEREZO MIR, José, “El concepto material de culpabilidad”, en *Revista Peruana de ciencias penales*, Año III, Nro. 6, Edit. GC., Lima, pp. 559-565.

443 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación...*, op. cit., p. 262.

444 *Ibidem*.

determinantes que permitan operar de modo diferente ante situaciones diferentes se superpone valorativamente otros criterios, a principio de culpabilidad, para fundamentar porqué unos sujetos carecen de culpabilidad y otros no: “a mi juicio, tal esquema valorativo lo proporcionan los fines de prevención general, de resocialización y humanidad.”⁴⁴⁵

Con todo lo dicho, el problema se acrecienta. Las funciones que se derivan del concepto de culpabilidad, como el de individualizar la pena, fundamentar la pena y limitar la pena se tornan inestables. La pena ya no dependería de la culpabilidad por el hecho, sino en consideraciones de prevención general o prevención especial que establezca la política criminal.

Pero, aún así: “A pesar de la crisis del concepto de culpabilidad y de que sus funciones pueden explicarse de otro modo, es habitual referirse al “principio de culpabilidad” como uno de los vertebradores del Derecho penal europeo moderno”⁴⁴⁶ y de los demás sistemas que adoptan tal cultura jurídica.

En conclusión, en referencia a nuestra concepción Político criminal del principio de culpabilidad, sólo nos interesa las series de garantías que el principio encierra, sin entrar a discutir sobre el contenido del concepto estrictamente jurídico-penal.

6.3.5. El principio de culpabilidad desde una perspectiva político criminal dentro de un estado de derecho, social y democrático

En primer lugar, hace ya algún tiempo se dice que el principio de culpabilidad se encuentra en crisis. En palabras de Hassemer: “se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, como signo de un Derecho penal autoritario, que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general, y como obstáculo en el camino hacia un Derecho penal humanitario que no ate al autor de un delito con su culpabilidad, sino que le señale soluciones.”⁴⁴⁷

445 Ibidem, p. 263.

446 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal*, op. cit., p. 58.

* Sobre este tema en particular, véase, en <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/derpenal.htm>.

447 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 99.

El “poder individual de actuar de otro modo”, el “poder del hombre medio”, el “poder de motivación” y la atribución de responsabilidad desde perspectivas funcionalista, constituyen los fundamentos más dominantes en el debate actual acerca de la categoría sistémica de la culpabilidad.

De las dos primeras, se cuestiona la imposibilidad de demostrar el libre albedrío⁴⁴⁸ y la imposibilidad de demostrar un “poder medio” cuando el juicio de culpabilidad es individual. De las segundas se ha dicho que a pesar de rechazar el principio de “poder obrar de otro modo” terminan por utilizar un criterio sustituto: “el poder de motivarse”, el que tampoco es comprobable.⁴⁴⁹ De las últimas, también se ha cuestionado la vulneración de las garantías individuales, al prescindir o debilitar la función garantística del principio de culpabilidad y orientar esta categoría a los destinos de la prevención, que conllevaría a una instrumentalización del individuo.⁴⁵⁰ Aunque en esta última orienta-

448 Principales obras de los autores en donde exponen la imposibilidad de comprobación del libre albedrío: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Trad. De Francisco Muñoz Conde, Ed. Reus, Madrid, 1981; MIR PUIG, Santiago, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, op. cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, op. cit.; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, op. cit.; *Derecho penal*, op. cit., p. 58. HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, op. cit., p. 99. ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, op. cit.; MIR PUIG, Santiago, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, op. cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, op. cit.; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, op. cit.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de derecho penal*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1981; 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

449 Cfr. CARBONEL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, op. cit. p. 212: “La afirmación de que un sujeto que pudo y debió motivarse por la norma no lo hizo, siendo así que cometió conducta delictiva, equivale a decir que el sujeto pudo y debió llevar a cabo una conducta distinta de al que efectivamente actuó; es decir que el sujeto era libre para decidir si llevaba a cabo esta u otra conducta, la adecuada a la norma. Pues bien, la denominada concepción normativa de la culpabilidad hace descansar ésta en la libertad del sujeto para decidir entre actuar de un modo o de otro; siendo así que actuó en contra del derecho puede resumirse al pretensión de la concepción normativa de la culpabilidad en que el sujeto pudo y debió actuar conforme a Derecho. Todo ello descansa en la misma idea de libertad de voluntad”.

450 HASSEMER, Winfried, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *CPC*, Nro. 18, Ed. Edersa, Madrid, 1982, p. 475. Este autor habla de que: “Con los intereses preventivos el concepto de culpabilidad mete en casa al enemigo del que tendría que distanciarse energicamente”.

ción, representa Jakobs al “funcionalismo radical”, mientras que Roxin otorga cabida en su sistema a principios garantísticos y valores político criminales.⁴⁵¹

Todas estas concepciones de la culpabilidad mantienen las mismas funciones que se derivan de la categoría, aunque se explican de otro modo. Así, por ejemplo, tanto los casos de inimputabilidad o de estado de necesidad se pueden explicar desde postulados preventivos y no desde el “poder de actuar de otro modo”.⁴⁵²

Por otro lado, estos mismos elementos o funciones de la culpabilidad también pueden ser explicados desde los postulados de las teorías de la “motivación”, que desarrolla en España Gimbernat.⁴⁵³

Sin embargo, no podemos admitir el prescindir de la culpabilidad o que su configuración como categoría dogmática se deba explicar sólo y exclusivamente desde las necesidades preventivas de la pena. De cierto que sólo el principio de culpabilidad evitaría que el Estado llegue a castigar incluso aquellos hechos de los cuales el propio autor no puede evitar y por los cuales no se le puede dirigir reproche alguno, v, gr., en el caso de “inimputabilidad” se podría justificar una pena en atención a las necesidades de prevención especial.

Admitimos la dicotomía existente entre las valoraciones-normativas y valoraciones político-criminales. Sin embargo, debemos guardar una postura prudente frente a las aportaciones político criminales. Estas valoraciones externas que si bien es cierto otorgan mayor contenido a la intervención penal no poseen, a nuestro criterio, mayor legitimidad o una *capitis deminutio* de las valoraciones jurídicas. Junto a las consideraciones de las necesidades preventivas, habrá que admitir, inevitablemente, lo que Silva, califica como consideraciones de “juego limpio”.⁴⁵⁴

Esa crisis deriva, en principio, de la inconsistencia en que se encuentra todos sus conceptos jurídico-penales. Pero, aún así: “A pesar de la crisis del concepto de culpabilidad y de que sus funciones pueden explicarse de otro modo, es habitual referirse al “principio de culpabilidad” como uno de los

451 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones...*, p. 409.

452 La doctrina finalista distingue, en base a la libertad, la existencias de causas de exclusión de la culpabilidad (falta en el sujeto el poder de actuar de otro modo) y causas de exculpación o disculpa (disminución del poder de libertad).

453 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro a dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de derecho penal*, 2ª edición, op. cit.

454 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones...*, p. 412.

vertebradores del Derecho penal europeo moderno⁴⁵⁵ y de los demás sistemas que adoptan tal cultura jurídica. El principio de culpabilidad, en este orden, está llamado a constituir una verdadera garantía valorativa dentro del Estado de derecho aún a pesar de la inconsistencia de su definición jurídica.

Sin embargo, hablar del “principio de culpabilidad”⁴⁵⁶ en su acepción tradicional (como dolo o culpa) no resulta adecuado cuando se alude a los límites que se le debe imponer al *ius puniendi* dentro de un Estado de derecho, social y democrático.

Las preguntas que nos planteamos son las siguientes: ¿y qué hacemos con todas aquellas garantías que se derivan del concepto de culpabilidad como el de fundamentar la pena, individualizar la pena y limitar la pena?, ¿y, qué de aquellos otros presupuestos que determinan en porqué se opera de forma diferente ante casos diferentes situaciones como la de inimputabilidad, de los que obran en error de prohibición o en estado de necesidad?. Estas garantías que debe comprender el concepto de culpabilidad representan la sedimentación de una progresiva evolución del Derecho penal.

Todos estos garantías que se derivan del concepto jurídico-penal de la culpabilidad corren el peligro de que no puedan mantenerse si es que se prescinde del principio de culpabilidad,⁴⁵⁷ como lo pretende la doctrina que pregona el remplazo de la culpabilidad por *necesidad de pena*,⁴⁵⁸ o si es que se atiende exclusivamente a consideraciones preventivas.

Finalmente, el problema se acrecienta. Las funciones que se derivan del concepto de culpabilidad, como el de individualizar la pena, fundamentar la pena y limitar la pena se tornan inestables. La pena ya no dependería de la

455 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal*, op.cit., p. 58.

456 Lo que sí no podemos discriminar a este nivel es que si el dolo o la culpa ya no pertenecen a la culpabilidad jurídico-penal, sino a la tipicidad subjetiva, constituyendo grados diversos del disvalor subjetivo de la acción, no es coherente, entonces, seguir designando a la exigencia del dolo o imprudencia «principio de culpabilidad», sino «*principio de responsabilidad subjetiva*» en contraposición a la objetiva.

457 PEREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, p. 128

458 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro a dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de derecho penal*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1981; 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

culpabilidad por el hecho, sino en consideraciones de prevención general o prevención especial que establezca la política criminal. Todo ello en lo que corresponde a la dogmática.

Por otro lado, en un Estado de derecho, social y democrático el poder del que goza el mismo no es absoluto. Las limitaciones se establecen a través del desarrollo de los llamados límites al *ius puniendi*, constituyendo uno de ellos el principio de culpabilidad. Principio que como hemos advertido, representa uno de los vertebradores del Derecho penal europeo moderno y de los demás sistemas que adoptan tal cultura jurídica.

La política criminal, sobre todo la entendida en “sentido estricto”, no sólo debe mirar a la eficacia de la consecución de sus fines, sino detrás de ello debe observar todas las limitaciones a las que está sometido que se derivan fundamentalmente de los institutos surgidos de la ilustración y de los demás institutos derivados de la progresiva evolución del Derecho penal. Y, ello debe ser así si es que se aspira a que la política criminal, sea esta de ejercicio o científica, se enmarque en contenidos valorativos.

Es cierto, como sostiene algunos autores que, “... la culpabilidad como problema jurídico sufre los embates desde los más diferentes ángulos. Quizá pueda parecer una contradicción; pero esa aparente contradicción se supera si se acepta la posibilidad de diferenciar entre un significado político-criminal del principio de culpabilidad que no coincide necesariamente en su contenido con el concepto de culpabilidad tradicional estrictamente jurídico-penal. Cuando se invoca el principio de culpabilidad como criterio rector de la política criminal y de la legislación penal, en realidad lo que se quiere es preservar una serie de garantías que el principio encierra y que son la sedimentación de una progresiva evolución del Derecho penal.”⁴⁵⁹

Precisamente, de ello se trata, de operar con *el principio de culpabilidad pero desde una perspectiva político criminal* dentro de un Estado de derecho, social y democrático. Una perspectiva amplia o político criminal resulta más adecuado cuando se trata de fijar los límites al *ius puniendi* estatal,⁴⁶⁰ siempre

459 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Derecho penal...*, op. cit., p. 58.

460 Sostiene GARCÍA-PABLOS, que el concepto “lato” o “político criminal”, resulta más adecuado cuando se alude a los límites del *ius puniendi*. El sentido amplio expresa el conjunto de presupuestos necesarios para poder “culpar” a alguien por el evento que motiva la

orientado a la prevención.⁴⁶¹ Orientación política que por sí sola no tiene más límites que la consecución de sus fines. Indudablemente, estos límites no sólo los puede establecer lo que en doctrina tradicional se reconoce como principio de culpabilidad: el dolo y la culpa. Habrá que considerar dentro de esta perspectiva político criminal del principio de culpabilidad a todos aquellos presupuestos necesarios para poder culpar a alguien y atribuirle una pena. Es decir, se trata de admitir en aquella perspectiva general, además del dolo y la culpa, aquellos presupuestos que se derivan del concepto jurídico penal de culpabilidad, como el de fundamentar la pena, individualizar la pena y limitar la pena, así como de aquellos otros presupuestos que determinan el porqué se opera de forma diferente ante circunstancias diferentes los casos de inimputabilidad, de los que obra en error de prohibición o en estado de necesidad exculpante.

Indudablemente, a este nivel no estamos hablando de conceptos los que competen al campo de la dogmática. Lo que pretendemos a este nivel es sólo ofrecer un límite al *ius puniendi* pero desde una perspectiva extrasistemática que no deja de ser valorativa: desde una perspectiva política criminal.

Si en aquella perspectiva político criminal del principio de culpabilidad incorporamos al dolo y la culpa es porque creemos conveniente que esta perspectiva, como límite al *ius puniendi*, debe contener a todos aquellos presupuestos que determinan el porqué se aplica una pena. Presupuestos que, al final de cuentas, representan la sedimentación de una progresiva evolución del Derecho penal.

Aunque vale hace una aclaración a nivel del plano sistémico jurídico penal. La inacabada discusión en torno a sí el dolo o la culpa pertenecen al tipo o a la culpabilidad, adolece ya de un planteamiento erróneo ya en su base: la relación psíquica del autor con su hecho es relevante para ambas valoraciones de inicio, de tal manera que sólo desde una perspectiva sistémica es correcto señalar que el dolo afirmado a nivel del injusto no se vuelve a analizar en el ámbito de la culpabilidad.

Ciertamente, que todos estos componentes de ésta perspectiva adoptada constituyen garantías mínimas de las cuales debe gozar todo ciudadano dentro de un Estado que se jacte de ser de derecho, social y democrático. Caso contrario, bienvenidas las críticas.

pena (presupuestos que, naturalmente, afectan a todos los requisitos del concepto de delito). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal...*, op. cit., p. 391.

6.4. El principio de intervención mínima y sus vertientes

Como ya hemos hecho referencia, el Derecho penal interviene en la última fase del control social. Se trata de una etapa violenta ya que interviene con la pena o con la medida de seguridad. Esto conduce, inexorablemente, a una necesaria limitación. De toda la construcción iluminista que parte de la lógica del contrato social⁴⁶² y de las ideas de Beccaria que pregonan que una efectiva punición produce mejores resultados, antes que la profundización de su gravedad, se ha construido una expresión principiológica mucho más amplia de las inicialmente propuestas por el noble italiano.

El partir de las ideas de la no necesidad de un Derecho penal tan agresivo se reconoce, desde luego, la necesidad de utilizarlo con moderación. Su intervención, en los ámbitos de la vida, no puede ser tan amplia ni tan grave. En el mismo sentido, afirma García-Pablos de Molina que: “El principio de *intervención mínima* expresa gráficamente un ulterior límite *político-criminal* del “ius puniendi”. Un límite coherente con la lógica del Estado social, que busca el mayor bienestar con el menor coste social, de acuerdo con un postulado utilitarista.”⁴⁶³

Pero, éste no es el fundamento único que condiciona la intervención del Derecho penal de manera restringida. El desarrollo de las Ciencias Sociales pone en evidencia el fracaso del antiguo modelo disuasorio. Se abandona la idea de que el Derecho penal, de la manera severa como venía operando, conllevaba a una prevención del delito mucho mejor que otros instrumentos o medios de control social.

461 HASSEMER, Winfried, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en op. cit., p. 482: Sostiene este autor, que: “El principio de culpabilidad está siendo amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz. Es válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por el azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales”.

462 “El pensamiento *utilitarista* ilustrado subrayó que el derecho a penar tuvo su origen en el contrato social. Y que los hombres sólo renunciaron a una parte de su libertad: la porción más pequeña posible, la indispensable, para consituir un depósito público que garantizase la tranquilidad. Todo castigo que exceda tal delegación es un abuso.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre el principio de intervención mínim...”, p. 251.

463 *Ibidem*, p. 250.

Las ciencias sociales ponen en evidencia, en primer lugar, que la pena no intimida, que la relativa eficacia del Derecho penal a la prevención del delito no constituye el recurso más idóneo o eficaz. Finalmente, el análisis de la *efectividad y costes* (sociales) fundamentan científicamente la necesidad de restringir la intervención del Derecho penal a su mínimo necesario.

De estas ideas parte el desarrollo del principio de intervención mínima, que se expresa bajo distintas formas dentro del Derecho penal. Conviene destacar dos derivados del principio de intervención mínima: *principio de fragmentariedad* y *principio de subsidiaridad*.

6.4.1. La fragmentariedad

El Derecho penal es fragmentario. Binding, sostenía que el hecho de que el Derecho penal no abarcara en su amplitud todos los asuntos de interés jurídico consistía en un error. Pero el tiempo se encargó de demostrar que se trata, en realidad, de una característica cualitativa positiva. El que el Derecho penal no intervenga ampliamente en todos los campos de interés jurídico, es decir, su reserva para las hipótesis excepcionales es justamente la expresión de su fuerza. Mucho Derecho penal equivale a nada. Así que modernamente la característica de fragmentariedad en la intervención del Derecho penal es entendida positivamente.

En primer lugar, la identificación del *bien jurídico* como referencia de la antijuridicidad material, constituye un límite a la actividad represora del Estado. Por ello, representa “uno de los conceptos fundamentales del Derecho”.⁴⁶⁴ El Derecho penal, conforme ya hemos visto, se ocupa de la protección de bienes jurídicos y limita su intervención a supuestos en donde hay un daño o riesgo de daño a un bien jurídico. El bien jurídico constituye “un criterio bastante aceptable como principio inspirador de sus decisiones en materia penal”.⁴⁶⁵

García-Pablos,⁴⁶⁶ sostiene que esta sola referencia no basta, en razón de la necesaria *vaguedad del concepto de bien jurídico*⁴⁶⁷ y por los riesgos que ello

464 En ese sentido MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”. En RFDUG, 1983, p. 62-81, p. 67.

465 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, 4ª edición, op. cit., p. 86.

466 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre el principio de intervención mínima...”, op. cit., p. 249.

conlleva. Agrega el autor que: “Seguiría siendo posible la perniciosa “huida hacia el Derecho penal” y el conocido fenómeno de la “perversión del bien jurídico”. Parece, pues, imprescindible subrayar otros límites materiales (político-criminales) del poder punitivo estatal... que afecten no a sus condiciones o formas de ejercicio, sino a su propio contenido y extensión.”

Aunque sobre la vaguedad del concepto del bien jurídico ya nos hemos referido anteriormente, es preciso reiterar que algunos autores pretenden fijar un concepto concreto de bienes jurídicos penales, identificándolos con los bienes constitucionalmente protegidos. Esto no es posible ni tampoco recomendable,⁴⁶⁸ entre otras razones porque el texto constitucional no es un sinónimo de legitimación de garantías democráticas, como lo demuestran la existencia de Constituciones de Estados absolutamente totalitarios. La protección de bienes jurídicos penales no necesariamente se identifica con los bienes jurídicos que son reconocidos constitucionalmente. No cabe hablar, por tanto, del concepto de bien jurídico penal como aquél que se deriva de la Constitución. Así como hay bienes jurídicos reconocidos como Derechos del ciudadano a los cuales el Derecho penal presta una larga protección, sobrepasando incluso la limitación de un solo dispositivo incriminador, como es el caso de la protección a la vida, que se expresa en el homicidio, en el infanticidio y en el aborto; Así, también, hay Derechos constitucionales como la libertad de culto que no reciben atención directa en el ámbito penal en la gran mayoría de las legislaciones.

En definitiva, no todos los bienes jurídicos reciben la protección penal, sino solamente aquellos identificados como esenciales al desarrollo humano en sociedad. Toda norma penal debe tener en su estructura base a un bien jurídi-

467 Este punto guarda relación con lo que se sostuvo en relación con el Bien Jurídico, por lo que remitimos al tema.

468 En ese sentido Morillas Cueva señala: “Cierto es que el concepto de los bienes jurídicos que protege el Derecho penal hay que buscarlo en la realidad social. Pero esta realidad social que al mismo tiempo hay que conjugar con el equilibrio entre las diversas maneras de pensar y de comportarse en busca del progreso y de bienestar social está, en el Estado de comportarse Derecho, en una norma directriz obligatoria para la convivencia, esto es, la Constitución, que siempre será más adecuada como vehículo garantizador de las libertades y necesidades ciudadanas que expresiones como las de “condiciones valiosas” o “funcionalidad y disfuncionalidad del sistema social estatal”. A esta propuesta puede criticársele su escasa movilidad. No sería acertado, pues los bienes jurídicos no son uniformes, sino diferentes según la constitución y, por tanto, el ámbito social donde se muevan y el momento histórico en el que se produzcan.” En MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Aproximación teórica...”, op. cit., p. 73.

co, pero que sirva sólo a favorecer el desarrollo humano en sociedad. Estos límites, que debe tener todo bien jurídico, son compatibles con un Estado social y democrático de Derecho.

Los límites que se establecen a la intervención del Derecho penal con relación al principio de fragmentariedad hacen que de a poco se vayan quitando del medio legislativo tipos penales cuya identificación a la ofensa de tal bien jurídico no generan un consenso social: v. gr., el adulterio que, aunque todavía sigue apareciendo en el Código Penal brasileño, ya hace mucho no tiene existencia real en la vida forense.

Según Muñoz Conde,⁴⁶⁹ “Este carácter fragmentario del Derecho penal aparece en una triple forma” por lo que se entiende que, al mismo tiempo el principio actúa “defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad”, después “tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico” y, finalmente “dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales.”

De otro lado, el actual grado de desarrollo social conduce, de modo cada vez más intenso al reconocimiento de la existencia de bienes jurídicos metaindividuales, reflejo de un proceso de neocriminalización que afronta la intervención del Derecho penal moderno. Pero, si la migración para el Derecho penal moderno es inexorable, de otro lado es inadmisibles que la marcha evolutiva prive o deje en un segundo plano las conquistas principiológicas ciudadanas. Así importa reconocer como bienes jurídicos penales colectivos tan sólo aquellos cuyo reconocimiento no implique la negación de alguna de las garantías ciudadanas. Por otro lado, como ya lo hemos manifestado, estos bienes jurídicos colectivos obedecen a su protección sólo en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo, lo que en la doctrina se reconoce como *Teoría personalista del bien jurídico*.

La teoría *monista personalista* identifica al bien jurídico colectivo sólo en tanto sirven al desarrollo personal del individuo.⁴⁷⁰ Nuestra preferencia pro-

469 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, 4ª edición, op. cit., p. 88.

470 En este sentido HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción...*, op. cit., p. 109: “Precisamente la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo. Para esta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales.”

viene del hecho de que es la teoría monista personalista la que mejor responde a los presupuestos democráticos adecuados a la protección del individuo.⁴⁷¹ Este reconocimiento obedece a que la primacía del interés individual delante del colectivo es hoy más importante que nunca. Además, la teoría monista personalista es la que mejor responde al sentido de protección principiológica⁴⁷² que hay que mantener en la concepción de bien jurídico. El reconocimiento de los bienes jurídicos universales, como el medio ambiente o la economía, ahondado más por el desarrollo de los procesos de socialización que pregonan las ciencias sociales, es motivo de reflexión para determinar si es que los intereses de la sociedad y el Estado deben primar frente a los intereses individuales: indudablemente creemos que no.

No basta con establecer el reconocimiento de una agresión a un bien jurídico para el reconocimiento de la presencia de un delito y la consecuente intervención del Derecho penal. Teniendo en cuenta que el *ius puniendi* responde a un desvalor del resultado, pero también un desvalor de la acción, hay que reconocer la existencia de una conducta que afecta a ese bien jurídico.

En conclusión, en un Estado de derecho, social y democrático, la obediencia al principio de intervención mínima constituye uno de sus límites. El Derecho penal, como mecanismo de control social, sólo debe actuar cuando se produzcan lesiones o peligros de lesión intolerables contra los bienes jurídicos esenciales al desarrollo del ser humano en sociedad.⁴⁷³

A esta selección de bienes jurídicos que hace el Derecho penal se suele denominar “fragmentariedad”. La fragmentariedad es, por lo tanto, una característica del principio de intervención mínima.

471 En este punto estamos de acuerdo con lo que preconiza Muñoz Conde: “Sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, [...]”. En HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 109.

472 Ibidem, p. 112: “[...] la concepción personalista del bien jurídico lucha por una política del Derecho penal vinculada a principios y que justifique y mida sus decisiones en función de si protegen intereses humanos dignos de protección.”

473 En ese sentido: “El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el *principio de intervención mínima*. ... sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, 4ª edición, p. 79.

6.4.2. La subsidiariedad

La característica de subsidiariedad, también proviene del principio de intervención mínima.⁴⁷⁴ Esta característica condiciona la intervención del Derecho penal, sólo cuando se haya comprobado la incapacidad de los demás mecanismos de control social en acudir adecuadamente al problema.⁴⁷⁵ El recurso al Derecho penal no tiene porque ser una solución para todos los males.⁴⁷⁶ La intervención penal debe quedar reservada para las hipótesis en donde han fallado otros mecanismos de defensa social.⁴⁷⁷ Al Derecho penal no podemos atribuirle, de manera exclusiva o principal, la tarea de reducción de la criminalidad, que más bien pueden ser ampliamente atendidos o disminuidos por otros medios de control social.

Por otro lado, cuando se produzcan ataques a los bienes jurídicos, estos tienen que ser intolerables. Si no reúnen esta característica, su atención puede quedar reservada para otros campos del derecho. Así, por ejemplo, existen situaciones en la que la intervención del Derecho penal no tendría sentido: no se puede hablar de necesidad de intervención del Derecho penal para el cobro de un impago de alquiler, cuando las medidas civiles de desalojo se prueban más eficientes y menos costosas.

474 Ibidem. De acuerdo con ello se pronuncia Muñoz Conde: “A mi juicio la “subsidiariedad”, “accesoriedad”, o “secundariedad”, no es más que una de las consecuencias del principio de intervención mínima.” (p. 79).

475 En ese sentido Ribeiro Lopes señala: “Se tiene entendido que, aún, que el derecho penal debe ser la ratio extrema, un remedio último, cuya presencia sólo se legitima cuando las demás ramas del Derecho se revelan incapaces de dar la debida tutela a bienes de relevancia para la propia existencia del hombre y de la sociedad.” LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 64.

476 En ese sentido García-Pablos: “¡El Derecho penal no es el recurso más idóneo y eficaz para prevenir el delito, no es, tampoco, la respuesta natural y primaria, ni la solución al mismo! Más Derecho penal no significa menos delito; ... La pena no convence, disuade, atemoriza. Refleja más impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones que la convicción y la energía necesarias para abordar los problemas sociales.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre el principio de intervención mínima...”, op. cit., p. 249-259, Coord. Juan José González Rus, Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, Córdoba, p. 251.

477 Ibidem, p. 253.

En algunas situaciones el Derecho penal ya da muestras de incapacidad. La pena va siendo sustituida por otros mecanismos de intervención. Temas como el aborto o la eutanasia son claros ejemplos de ello (justificación por el procedimiento).⁴⁷⁸

6.4.3. Efectos del principio de intervención mínima

Son innumerables las consecuencias que se generan al adoptar el principio de intervención mínima en las distintas vertientes del Derecho penal.

Entre ellas, conviene destacar el *principio de humanidad* y el *principio de proporcionalidad*. En el primero se contienen consideraciones respecto al hecho de que el Derecho penal está pensado en términos del hombre y actúa bajo la forma de un mal que es impuesto a ese mismo hombre. El castigo en ningún caso puede sobrepasar los límites mínimos de dignidad humana. El segundo, representa nada más que la concreción de una idea general de justicia.

La consecuencia del principio de humanidad, como derivado del principio de intervención mínima, en el ámbito de la pena se expresa, por ejemplo, con la abolición de las penas infamantes, *principio de humanidad*, como las galés, los suplicios, *la pena de muerte*, etc.⁴⁷⁹ La abolición de la pena de muerte fue,⁴⁸⁰ aunque todavía sigue aplicándose en algunos países, es y debe ser un propósito del programa de Derecho penal basado en la intervención mínima, en su expresión político criminal.

En la opinión de Albin Eser,⁴⁸¹ “La pena de muerte resulta ya casi indefendible desde la perspectiva tradicional de los *finis de la pena*.” Eso porque

478 Véase, HASSEMER, Winfried y Elena LARRAURI, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal* / Winfried Hassemer, Ed. Tecnos, D.L. Madrid, 1997.

479 Conforme a nuestra posición, Muñoz Conde manifiesta que: “Con respecto a la *pena de muerte*, el principio de humanidad impone su abolición en los países donde existe; pues ni sirve más que otras penas para proteger a la comunidad, ni permite ningún tipo de acción resocializadora sobre el delincuente, [...]”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*, 4ª edición, op. cit., p. 92.

480 La última previsión legislativa de la pena de muerte en Brasil, constó del Libro V de las llamadas “Ordenaciones Filipinas”, que fue derogado por el advenimiento del Código del Imperio en 1830.

481 ESER, Albin, “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, n. 1, p. 131-152, UNED, Madrid, 1998, p. 148-149.

evidentemente la prevención especial queda abandonada en la medida que con “la eliminación física del delincuente se imposibilita de raíz su eventual reeducación”. La idea de prevención general expondría “la debilidad del Estado correspondiente” en la medida que éste comprueba no tener “otra forma de dominar al delincuente que no sea precisamente mediante su eliminación física”. Agrega Esser, que: “Cuando el Estado sólo cree posible lograr la intimidación entregando a la muerte a un ser, a la postre totalmente indefenso frente a aquél, [...] se manifiesta una vez más la debilidad [...] del Estado. La *prepotencia exterior* demostrada frente al individuo condenado a muerte, a través de todo el aparato de ejecución técnico y personal, apenas puede ocultar la *impotencia interior* frente a la colectividad.” En efecto, la pena de muerte no tiene más espacio que ocupar en el Derecho penal de nuestros días.

Actualmente, también se hace parte del programa de Derecho penal mínimo la lucha en contra de la *privación de libertad desocializante*. Se debe tener en consideración que las penas de encarcelamiento de corta duración no producen resocialización, sino, al contrario, produce, en mayor o menor medida, una cierta dosis de desocialización.

El principio de humanidad también se manifiesta en el campo del Derecho procesal penal, por ejemplo, se deja en tiempos lejanos el uso de la tortura como medio de investigación por ser atentatorio contra la dignidad del hombre. Actualmente, se puede cuestionar la expansión y los abusos contra los Derechos como la privacidad, a través de las escuchas telefónicas, las vigilancias por satélite y las quiebras de sigilo.

En el campo de la ejecución de pena, también tiene cabida el principio de humanidad, aún más cuando se tiene en consideración las degradantes condiciones de las cárceles de América del Sur.⁴⁸²

En el *principio de proporcionalidad*, según Sánchez García,⁴⁸³ se trata más bien de plasmar la idea de igualdad concreta, “tratando igualmente a lo igual y desigualmente a lo desigual.” Esto se expresa principalmente en dos puntos: *uno interno*, de la propia norma, cuando se refiere al hecho de que la proporcionalidad de reacción del Estado a la aflicción o al castigo, debe con-

482 Interesante muestra de la realidad social carcelaria brasileña expone VARELA, Drauzio, *Estação Carandirú*, Companhia das Letras, São Paulo, 1999.

483 SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal.” *En La Ley*, 1994-4, p. 1114.

cordar con el grado de importancia del bien jurídico; *otro, externo*, se refiere a la necesaria proporcionalidad entre la reacción del Derecho penal frente a los distintos ataques a los bienes jurídicos, es decir, al mantenimiento de un equilibrio entre los distintos dispositivos de incriminación. En conclusión, la pena debe ser proporcional a la gravedad del desvalor de la acción y del resultado, siempre considerando el grado de importancia del bien jurídico en aprecio.⁴⁸⁴

Bibliografía utilizada neste tópico: BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal/Iure 1990; BACIGALUPO, Enrique. “Principio de Culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código Penal: presupuestos e fundamentos”, em *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, dirigido por Carlos María Romeo Casabona, Granada: Comares, 1999; BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999; BECCARIA, Cesare Bonesana, Marques de. *De los delitos e las penas*. Introdução, notas e tradução de Francisco Tomás e Valiente. Madrid: Aguilar, 1969; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 4ª Ed., Lima: Ed. Roa, 1998; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1986; BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, Vol. I. Madrid: Trotta, 1997; CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt: Fischer, 1996; CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto e principio constitucionales*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; CEREZO MIR, José. “El concepto material de culpabilidad”, em *Revista Peruana de ciencias penales*, Año III, Nro. 6. Lima: GC Ediciones, 1995; COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general 2ª ed.*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987; ESER, Albin, “Una justicia penal “a la medida do ser humano. Visión de un sistema penal e procesal orientado al ser humano como individuo e ser social””, em *Revista de Derecho penal e Criminología*, 2ª Época, n. 1, p. 131-152. Madrid: UNED, 1999; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 1997; FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1989; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius pu-*

484 V. gr., ocurre en el Brasil, que los malos tratos a animales son penados más gravemente que los malos tratos contra las personas.

niendi". Em *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, p. 249-259 Coord. por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990; HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 1995; HASSEMER, Winfried. "¿Por qué e con qué fin se aplican las penas? (sentido e fin de la sanción penal)", em *Revista de Derecho penal e criminología*, 2ª Época, n.3, p. 317-331. Madrid: UNED e Marcial Pons, 1999; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; HIRSCH, Hans Joachim. "El Principio de Culpabilidad y su función en el derecho penal", em *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N. 5, Enero-Junio de 1995. Lima: Ed. GC, 1995; LIBERATI, Wilson Donizeti. "Bem jurídico e Constituição", em *Direito Penal e Constituição*. Organizado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000; LISZT, Franz Von. *Das deutsche Reichsstrafrecht*, J. Guttentag, Berlín/Leipzig, 1881; LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1996; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1996; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1998; MORALES PRATS, Fermín. "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas e función individualizadora", em *Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López*. Granada: Comares, 1999; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima e a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", em *Revista Facultad de la Universidad de Granada*, 1983, Granada: Editorial Universidad de Granada, 1983; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Curso de derecho penal español. Parte general*, dirigido por Manuel Cobo do Rosal. Madrid: Marcial Pons, 1996; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y RUIZ ANTON, L.F.. *Manual de dere-*

cho penal. Parte general, I. Introducción e Ley penal, dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000, 4ª Ed.), *Direito penal, parte general*. 4ª ed., València: Tirant lo Blanch, 2000; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997; SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”, em *La Ley*, 1994-4. Madrid: La Ley, 1994; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, parte general, I*. Tradução da 2ª Ed. alemã de 1976, por Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982; URQUIZO OLAECHEA, José. “La Culpabilidad penal”, em *Una Visión Moderna de la Teoría do Delito*, Revista editada por el Ministerio de Justicia do Perú. Lima: Ministério de la Justicia, 1998; VARELA, Drauzio. *Estação Carandirú*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II. 5ª ed., Lima: Ediciones Jurídicas, 1986; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal. Parte general*, T.I. Lima: Editorial Jurídica, 1998; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3ª ed., València: Tirant lo Blanch, 1993.

TERCERA PARTE

**DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS
DEL DELITO**

CAPÍTULO VII

TEORÍAS DE LAS PENAS

7.1. Introducción; 7.2. Influencia del pensamiento filosófico en el fundamento de la pena; 7.3. El retribucionismo; 7.3.1. Generalidades; 7.3.2. Exponentes de la teoría retributiva de la pena; 7.3.2.1. Kant; 7.3.2.2. Hegel; 7.3.2.3. Otros exponentes del retribucionismo; 7.3.4. Comentarios sobre el retribucionismo. 7.4. Teorías relativas; 7.4.1. Generalidades; 7.4.2. Prevención general negativa; 7.4.2.1. Comentarios sobre la prevención general negativa; 7.4.3. Prevención especial; 7.4.3.1. Comentarios a la prevención especial; 7.5. Teorías mixtas o eclécticas; 7.5.1. Líneas Generales; 7.5.2. Críticas a las teorías mixtas; 7.6. Posiciones actuales; 7.6.1. El abolicionismo; 7.6.2. Las posiciones funcionalistas; 7.6.2.1. Prevención general positiva; 7.6.2.2. Comentarios a la prevención general positiva; 7.6.2.3. Prevención general positiva desde postulados garantistas.

7.1. Introducción

El desarrollo de las Teorías de las penas y principalmente de las luchas de escuela se han caracterizado por ser prisioneras de las concepciones filosóficas cambiantes sobre el individuo la sociedad y el Estado que se han venido sucediendo a lo largo de la historia. Luego, a lo largo del siglo XIX se desarrollan los grandes sistemas penales que de a poco dejan de hacer filosofía del derecho para centrarse en discutir intensamente concretos problemas jurídicos. En el siglo XX la filosofía del derecho ya tenía poco o nada de influencia: “poco a poco fue sustituida por la teoría y la metodología del derecho (como ciencia de la relación entre la norma y decisión), por un lado; y, la sociología del derecho (como ciencia empírica del derecho), por otro”.⁴⁸⁵

En el campo del Derecho penal, exclusivamente, la filosofía del derecho se mantuvo con relevante éxito. Muestra de ello es que hoy por hoy hay teorías

del Derecho penal y de la pena que se orientan en los postulados de la *filosofía idealista*; y, a decir de Hassemer,⁴⁸⁶ en los dos polos que sustentaron esa filosofía: *la teoría del conocimiento del idealismo alemán* y *la filosofía política de la ilustración*,⁴⁸⁷ que desembocó luego en la Revolución Francesa y Contrato social.

Con la Ilustración y el Contrato Social llegaron diferentes concepciones materiales que, para el entonces, constituyeron triunfos irrenunciables frente al poder absoluto del Estado: la humanización de los castigos, las consideraciones “racionales” y “humanitarias”⁴⁸⁸ que exige la proporcionalidad entre el delito y la pena, el reconocimiento del principio de legalidad, y en base a un juicio racional, junto al imperativo de la proporcionalidad, una finalidad “utilitaria”⁴⁸⁹ de la pena.

7.2. Influencia del pensamiento filosófico en el fundamento de la pena

Antes de pregonarse las ideas filosóficas idealistas, previos al Siglo XVIII, el Estado⁴⁹⁰ era de corte Absoluto. La pena se aplicaba bajo connotaciones mágico-religiosas o corporales de intimidación. El Derecho natural caracterizaba a esta época y toda la etapa medioeval europea. El poder del Soberano se le asociaba con el poder de “Dios sobre la tierra”. El orden de los deberes humanos se derivan del orden real de la naturaleza.⁴⁹¹ El intérprete del derecho partía de un orden suprapositivo, de una ley superior, que era el Derecho

485 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 19.

486 *Ibidem*, pp. 19-20.

487 La filosofía política de la Ilustración trajo consigo nuevas concepciones sobre el individuo, la sociedad, el Estado y del método de estudios de las ciencias sociales y naturales.

488 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Edit. Servicio publicaciones facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 127.

489 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal...*, op. cit., p. 127.

490 Agregan algunos autores que “fácilmente se comprueba el predominio de la idea de que antes del último tercio del siglo XVIII la ciencia penal era como tal inexistente, y los sistemas positivos no pasaban de ser fórmulas de legalidad relativa con amplias puertas pata la arbitrariedad y el terror; sobre tales leyes lo único que hicieron los estudiosos, se dice, fue elaborar ‘glosas prácticas’, para facilitar su uso forense mas no teorías científicas”, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Pare general*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 151.

491 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 20.

natural. Como a este derecho se le relacionaba con la divinidad era incuestionable como fuente de puro *deber*.

El filtro de la filosofía idealista inicia su recorrido entrando la Edad Moderna. El rechazo al Derecho natural se centraliza en el descrédito en que cayó, por una parte, y de otro, en el inaceptable argumento histórico en la formulación de las leyes.⁴⁹² Desde el momento en que la fuente de donde emanan los deberes del individuo ya no corresponde a la omnipotencia del Derecho natural, sino exclusivamente a la *razón* humana, se habla ya de otro derecho; el *Derecho natural racionalista*. Dicho derecho desempeñó un papel estelar en toda la discusión que sobre la legitimación del poder se desarrolló a lo largo del siglo XIX.⁴⁹³ La razón humana marca el punto de partida de los penalistas ilustrados y propicia el desarrollo de *la evolución científica del Derecho penal*.⁴⁹⁴ Filosofía, dogmática y conocimiento de la realidad social constituyen la sociedad perfecta que impone la razón humana. La filosofía del derecho se enriquece, ya que la obliga a mantener una conexión de la praxis sobre los derechos de los individuos en sociedad.⁴⁹⁵

En este período se potencia en el ciudadano el reconocimiento de ciertos derechos individuales: la disminución de las sanciones corporales; las leyes o deberes de los ciudadanos se interpretan, no mediante abstracción del Derecho natural, sino por la razón humana; se persigue la búsqueda de un derecho justo y una retribución penal en la misma medida del daño causado. A ese respecto comenta Quintero Olivares:⁴⁹⁶

“Los cambios de método que dan inicio a la teoría y a la dogmática son sólo un aspecto de la nueva situación de la ciencia y el Derecho penal. El otro gran campo de reformas está en *la pena y las teorías sobre la misma*. Presididos por un rechazo absoluto de la penalidad vigente, se tomará partido en todos los aspectos del castigo penal: la pena de muerte, la duración de las penas, la ejemplaridad de los castigos, las penas corporales, los fines de la pena, y el fundamento jurídico de la misma”.

492 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, Loc. cit., p. 153.

493 HASSEMER, Winfried, Loc. cit., p. 21.

494 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, Loc. cit., pp. 133-154.

495 HASSEMER, Winfried, Loc. cit., p. 18.

496 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal...*, op. cit., p. 154.

Por otro lado, en lo que concierne al Derecho penal, en esta etapa afloró el fundamento legitimador que establecieron las teorías absolutas de la pena, principalmente con Kant y Hegel; con ellos, la pena era considerada como un ideal de justicia, por lo tanto no tenía fin alguno. Después de todo, no se puede negar que el Derecho natural racional y con ello las teorías absolutas de las penas contrapusieron criterios materiales y límites para determinar un Derecho penal mas justo, en base a la razón humana y sentaron los criterios de límites de la pena.

Sin embargo, las criticas a la filosofía idealista tuvieron semilla con el Derecho natural racionalista, principalmente en la forma tan diversa que caracterizaba a esa razón en un contexto social determinado. Pero el singular destaque de la filosofía idealista fue la adopción que de ella tuvieron las diferentes Teorías del *Contrato Social* que se formularon en Europa y que sentaron las bases de una nueva realidad social y jurídica. Surge así la idea de la representación popular através de la Asamblea General, como único poder capaz de establecer las leyes.

Hassemer⁴⁹⁷ comenta que en ese período: “El papel del legislador se modificó de manera fundamental, de simple intérprete del derecho se convirtió en su creador. Sus prescripciones (leyes) no se legitimaban como simples concreciones adaptadas al momento de una ley superior, el Derecho natural, ya que la ley superior o no existía o en todo caso, no era aprensible”.

En lo que concierne al Derecho penal y en exclusiva a la pena, se establecen las bases del principio de legalidad de la ley penal. Con ello, el *Nullum crimen, nullum poena sine lege*, se constituye en la principal garantía base de todo el sistema penal.

En este orden de Estado, el Contrato Social implica que el ciudadano renuncia a parte de su libertad para convivir con la libertad de los otros integrantes del grupo. A la autoridad superior sólo le compete garantizar y vigilar que esas condiciones se realicen, no pudiendo excederse de los límites de actuación. Una Autoridad Superior que se exceda en esta función limitando aún más la libertad de los individuos acordada por el Contrato social deviene en autoritaria. Ello implica el reconocimiento del hombre libre (libre albedrío), que posteriormente sirve de base a la construcción de la categoría dogmática de la culpabilidad.

497 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 22.

La denominada Escuela Clásica, por ejemplo, se construye con los fundamentos de una responsabilidad penal basada en el libre albedrío y en la culpabilidad individual. La libertad constituye un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede existir sin aquella. Sin libertad era imposible el Derecho penal. La pena para esta escuela debe ser necesaria y limitada por la culpabilidad y considerada como un ideal de justicia. Por lo tanto, *la pena no debía de tener ningún fin*. La pena o sanción no juega rol alguno ni con relación al carácter de la estructura de las normas y el sistema jurídico, sino, simplemente juega un rol de un mal o retribución.⁴⁹⁸ “Necesariamente, el fundamento de la pena retributiva, se centrará en la culpabilidad entendida en el sentido clásico, esto es, reproche personal que se le hace al sujeto por no haber actuado de otro modo pudiendo haberlo hecho.”⁴⁹⁹ Todo ello conlleva a tener que plantear el libre albedrío, como fundamento del poder de decisión, y también como el fundamento de la pena.⁵⁰⁰ La Escuela Clásica extrae, de las ideas Iluministas el principio de legalidad y la humanización de los castigos.⁵⁰¹

Por otro lado, el tránsito de un Estado liberal a un *Estado Social* trajo consigo nuevos enfoques a los fundamentos de la pena. En este nuevo Estado se cuestiona que la pena se fundamentara únicamente en la retribución, ausente de toda finalidad social.

Beccaria, es uno de los máximos representantes del contractualismo. Ya en sus planteamientos ideológicos sostiene la necesidad de utilidad de las penas. Estas debían de ser necesarias al mantenimiento del Contrato Social para lograr la felicidad de los hombres. Las penas, en este sentido, antes de castigar tendrían que evitar la comisión de delitos.⁵⁰² Pero, de la idea de utilidad de pena que se partía en el Contrato Social no adquiriría semejanza a las construcciones utilitaristas de prevención general o prevención especial surgidas posteriormente.

Al respecto, Bustos,⁵⁰³ sostiene que la prevención adquiriría un sentido completamente diferente al apartar la finalidad de la pena fuera del contexto de las

498 Cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 22.

499 SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 43.

500 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Loc. cit.*, p. 22.

501 *Ibidem*, p. 42.

502 *Ibidem*, p. 20.

503 *Ibidem*.

estructuras del sistema, colocando un manto de olvido sobre el sistema y las propias leyes, colocando al delito como algo ajeno tanto a uno como a las otras.

Agrega Bustos,⁵⁰⁴ que ese pensamiento utilitarista del que parte el Contrato Social, no era el de “un utilitarismo social, abstracto en apariencia, como surgiría posteriormente con el positivismo, y que lleva a la defensa social, sino de un utilitarismo concreto dirigido al hombre. Por eso, cuando se habla de prevención de delitos, se refiere a la voluntad del legislador dirigida no tanto a la corrección de los fallos de los hombres, sino a los estructurales del sistema”.

Luego, al reclamo surgido del Contrato Social de que las penas deberían ser útiles, surge el discurso del “fin de prevención de la pena”. “Retribucionismo y prevenicionismo serán dos planteamientos irreconciliables. Frente a la pena retributiva justificada por la justicia, la pena preventiva se justifica siempre que sea necesaria.”⁵⁰⁵ El fin último de la imposición de la pena en la prevención es la de evitar la comisión de delitos. El conseguir estos fines con la imposición de la pena fueron respondidos desde dos ángulos: la *prevención general*, en la línea de Feuerbach, que pretende provocar en la psiquis colectiva una sensación de desagrado para impedir la comisión del delito; y, la *Prevención especial*, en la línea de la *Escuela positiva*, que actúa sobre el individuo procurando lograr su recuperación al entorno social, sin el peligro de que vuelva a cometer nuevos delitos.

A diferencia de la Escuela Clásica que se basaba en la imputabilidad en el libre albedrío y en la culpabilidad individual del sujeto; la Escuela Positiva, contraponen el Determinismo para poder explicar, en base a una concepción naturalística, la causalidad de los hechos individuales y sociales. Con el libre albedrío la responsabilidad es moral; con el determinismo, la responsabilidad es social. Las penas o las medidas de seguridad, en esta nueva concepción se relacionan con la peligrosidad del sujeto (ilimitada) y no con la gravedad del delito, como límite de la pena. El criterio de la peligrosidad, como era de esperarse, implicaba actuar directamente sobre el individuo con la finalidad de rehabilitarlo socialmente, incluso así no cometiese delito, sino, simplemente, evidencie su peligrosidad de comisión a futuro. Las Medidas de seguridad, en este orden, se convierten en desproporcionales al delito cometido e indeterminadas en el tiempo.

504 Ibidem.

505 SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad...*, op. cit., p. 44.

506 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 127.

Después de todo, podemos decir que el Contrato Social impone el principio de legalidad y en base a un juicio racional reclama, junto al imperativo de la proporcionalidad, una finalidad “utilitaria”.⁵⁰⁶ Criterios todos que se pueden conciliar dentro de un Estado de derecho, social y democrático.

Finalmente, las críticas han estado presente cuestionando en la intimidación y en la resocialización sus fracasos empíricos; y, en el plano material, la utilización del hombre como objeto. Sin embargo “apenas a cambiado nada desde que se sentaron las bases teóricas de las tres concepciones”.⁵⁰⁷ El debate producido en el siglo XIX, entre las *Teorías Absolutas* (Retributivas) y las *Teorías Relativas* (Prevención General y Prevención Especial) se caracterizaba por otorgar prevalencia una sobre otra. Aún así, en los últimos años el debate se orienta a ofrecer una síntesis de ambas posturas.

Como bien agrega Silva Sánchez,⁵⁰⁸ “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 negativa”. Permanece sólo en pie, de aquel planteamiento teórico, la finalidad de *resocialización* aunque con muchas críticas.

7.3. El retribucionismo

7.3.1. Generalidades

Habíamos sostenido que los fines que persigue la pena han de analizarse según el contexto histórico de la concepción de Estado, individuo y sociedad. La evidente conexión con un *Estado absoluto* caracteriza a esta primera etapa de la evolución de la teoría de la pena, en donde el poder del soberano era identificado como un poder ungido por Dios. El Derecho natural caracterizaba a esta época y toda la etapa medioeval europea. Era de entenderse, para la época, que como a este derecho se le relacionaba con la divinidad era incuestionable como fuente de puro *deber*. La pena, en este Estado adquiere connotaciones religiosas: como en la figura del Rey recaía la representación del Estado y la representación de la justicia divina sobre la tierra, cualquiera que se revelase contra el Estado o contraviniese cualquier disposición legal, atentaba

507 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 198.

508 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones...*, op. cit., p. 198.

contra la figura del soberano y contra el mismo Dios.⁵⁰⁹ La pena, en este contexto, *expiaba* el pecado cometido por el individuo.

El tránsito del Estado absoluto al Estado Liberal, a consecuencia del predominio de la Filosofía Idealista (razón humana y contrato social), modificó la forma las estructuras de la concepción de Estado, individuo y sociedad. La Asamblea General reemplazó al Soberano en la formulación de las leyes y la pena pasa a ser considerada como **retribución** por la perturbación del orden jurídico adoptada por los hombres y consagradas en las leyes⁵¹⁰. El Derecho natural cede el paso al Derecho natural racional: a la expiación le sucede la retribución, a la razón divina la sucede la razón de Estado y a la ley divina, la ley de los hombres,⁵¹¹ expresada en la Asamblea general.

Lo que caracteriza a esta nueva concepción de la pena es que con ella se pretende únicamente un ideal de justicia, los fundamentos de una responsabilidad penal basada en el libre albedrío y en la culpabilidad individual. La libertad constituye un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede existir sin aquella. La pena, en este contexto, debe ser necesaria y limitada por la culpabilidad y considerada como un ideal de justicia. Por lo tanto, *la pena no debía de tener ningún fin*.

7.3.2. Exponentes de la Teoría Retributiva de la pena

Entre los representantes del pensamiento retributivo de la pena se encuentran Kant y Hegel, máximos representantes de la filosofía idealista alemana. Carrara, representante de la Escuela Clásica; Binding, Mezger y Welzel.

7.3.2.1. Kant

En su *Metafísica de las costumbres* Kant otorgó una función retributiva a la pena. El castigo o la pena, para Kant es una exigencia ética irrenunciable. Calificaba a la pena como un *imperativo categórico* cuya incidencia principal sea la pena justa, tanto desde el punto de vista del hecho como del sujeto por el hecho realizado. Por tanto la pena es un fin en si misma, no correspondiéndole otro fin, sino simplemente realizar la justicia.⁵¹² Si la pena se constituye en un

509 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán, "Pena y estado". *En bases críticas de un nuevo Derecho penal*. Edit. Temis, Bogotá, 1982, pp. 114 y ss.

510 *Ibidem*, p. 120.

511 *Ibidem*.

medio para conseguir un fin, para el propio individuo o la sociedad, el individuo es instrumentalizado a la consecución de los mismos, por tanto se le trataría como un simple objeto.⁵¹³

La pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, por tanto la pena debe ser proporcional al daño causado por el delito. De ahí, que Kant equiparara a la proporcionalidad con la “Ley del Tali3n”; A la intensidad de la afecci3n de un bien jur3dico se responde mediante la afecci3n de un bien jur3dico en similar medida.

Convirti3 el proporcionalidad no en un postulado de la raz3n, sino en una exigencia absoluta; con ello, el inicio del desarrollo de las llamadas teor3as absolutas de la pena del siglo XIX.⁵¹⁴

Sostiene, adem3s, que debe haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad se disuelvan: “aunque se disolviera la sociedad civil y se dispersaran todos sus miembros habr3a que ejecutar al 3ltimo de ellos que quedara preso para que todo el mundo sufra lo que merecen sus hechos”.⁵¹⁵

7.3.2.2. Hegel

Aplicando el m3todo dial3ctico, concluye que *La pena es la negaci3n de la negaci3n del derecho*. Cumple, por tanto, s3lo un papel *restaurador o retributivo* y, por tanto, seg3n sea el quantum o intensidad de la negaci3n del derecho as3 tambi3n ser3 el quantum o intensidad de la nueva negaci3n que es la pena. Pero ese mal que se aplica no es s3lo en raz3n de la existencia de otro, sino que representa el *restablecimiento del orden jur3dico perturbado*.⁵¹⁶

Para Hegel el derecho es expresi3n de la *voluntad racional*. La base del derecho est3 en la racionalidad y la libertad.⁵¹⁷ Siendo el Derecho la expresi3n de esa voluntad general, el delito, constituye la expresi3n de esa contradicci3n

512 KANT, Immanuel, *Principios metaf3sicos de la doctrina del derecho*, selecci3n, pr3logo y notas por Arnaldo C3rdova, Universidad Nacional Aut3noma de M3xico, Ciudad de M3xico, 1978, p. 167.

513 Ibidem.

514 GARC3A-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducci3n*, op. cit., p. 127.

515 KANT, citado por GARC3A-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Ibidem, p. 131.

516 HEGEL, G.W.F., *Filosof3a del derecho*, 5^a edici3n, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 107.

517 HEGEL, G.W.F., *Filosof3a del derecho*, op. cit., p. 108.

racional. La pena, aparece luego, como expresión de la negación del derecho constituida por el delito. Así, finalmente aparece el delito como negación del derecho y la pena como negación de esa negación, cuyo fin es restablecer el derecho.

La diferencia, entre Kant y Hegel se observa en la fundamentación de la pena. Mientras que Kant legitima la pena en la necesidad ética de la misma, Hegel encuentra su fundamento en su necesidad jurídica. Con Kant, la comisión del delito perturba el orden moral absoluto, y con Hegel, el orden jurídico.⁵¹⁸

Hegel decía que las penas no debían tener ninguna finalidad porque se *degrada la personalidad* de quien la padece. En este sentido, coincide con Kant en el sentido de no otorgarle fines preventivos a las penas, como los de intimidación o corrección. Pero se aparta de Kant en lo que se refiere a la equivalencia de la magnitud de la pena similar a la Ley del Talión, contraponiendo la idea de la equivalencia entre el delito y la pena.

Otorga a la pena un límite como *expresión de justicia*. De ahí, que la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia debajo de la magnitud de *culpabilidad*.

7.3.2.3. Otros exponentes del retribucionismo

Para Carrara,⁵¹⁹ exponente de la Escuela Clásica, la pena sólo tiene un fin en sí misma, que no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad. La aplicación de la pena corresponde a la de una exigencia ética, una exigencia de justicia.

Binding, por su parte, postula que la pena tiene carácter retributiva de un mal por otro mal.⁵²⁰ Ahora bien, el mal ejercido por el Estado no es equiparable al ejercido por el individuo, ya que el caso del Estado no es equiparable al ejercido por el individuo, por ser sólo un ejercicio de derecho.⁵²¹ Consecuentemente, cualquier otro fin, como expresión de fuerza del Estado, se descarta.⁵²²

518 ANTÓN ONECA, José. “Los fines de la pena según los penalistas de la lustración”, en *REP*, 1964, p. 426.

519 CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, Vol. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1986, p. 68.

520 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español...*, op. cit., p. 24.

521 *Ibidem*.

522 Cfr. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio/ Parte general*, Trad. De la 6ª edición alemana (1955), por Conrado A. Finzi, Ed. Din, Buenos Aires, 1957, p. 353;

Con Mezger, la pena es irrogación de un mal proporcional a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución y necesariamente privación de bienes jurídicos.⁵²³

Para Welzel, no hay más finalidad en la pena que la identificarse con una “retribución justa”,⁵²⁴ a la medida en que sus actos valen. Sostiene que: “Con la inflicción de una compensación justa, según la teoría absoluta, se agota el contenido de la pena”.⁵²⁵ La naturaleza retributiva de la pena para Welzel es independiente de los efectos que genera: “Todos los otros efectos, intimidación, corrección, son, en el mejor de los casos, efectos concomitantes favorables que nada tiene que ver con la naturaleza mismo de la pena”.⁵²⁶

En la Segunda Post Guerra estas doctrina adquieren una importancia significativa, entendidas como una reacción a la experiencia histórica. La tradición ética occidental fue discriminada por la Dictadura nacional-socialista que había patrocinado un Derecho biológico-racista “del más fuerte”. Ante ello, era necesario, a corto plazo, restablecer la justicia para que Alemania fuera restaurada como un Estado de derecho y volviera a tener valor, en el sentido de Kant, vivir en este Estado.⁵²⁷

También se evidencia en Welzel⁵²⁸ los fundamentos de una responsabilidad penal basada en el libre albedrío y en la culpabilidad individual: “Según este postulado de un devenir justo del mundo, resulta correcto que el delincuente sufra de acuerdo al grado de su culpabilidad. [...] la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad”. Continúa diciendo que: “A pesar de lo difícil e imperfecto que es determinar esta medida en el caso concreto, ella constituye el único criterio por el cual debe medirse la pena”.⁵²⁹

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*, Edit. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, p. 110.

523 Ibidem, p. 110; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Loc. cit., p. 24.

524 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán, Parte General*, 4ª edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 284.

525 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán...*, op. cit, p. 284.

526 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán...*, op. cit, p. 284.

527 Cfr. ROXIN, Claus, “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”, en *Cuadernos de política criminal*, Nro. 48, Madrid, 1992, pp. 796-797.

528 WELZEL, Hans, Loc. cit., p. 281.

529 Ibidem, p. 282.

7.3.4. Comentarios sobre el retribucionismo

Después de todo, y a pesar de las críticas actuales vertidas al retribucionismo clásico, las Teorías absolutas de la pena se esforzaron por ofrecer una compensación de pena en iguales proporciones que el mal causado con el crimen.⁵³⁰ En términos normativos se abandona la posición extrema retribucionista en la línea de Kant (ley de talión), contraponiéndose la idea de equivalencia entre el delito y la pena, en la línea de Hegel.

Esta doctrina establecida bajo las exigencias de la búsqueda de la justicia, construye los fundamentos de una responsabilidad penal basada en el libre albedrío y en la culpabilidad individual del sujeto: sólo se responde por el hecho realizado y en la medida de la culpabilidad del sujeto. El Estado, con ello, ve limitado su poder de actuación. Se evita, entonces, las posibles arbitrariedades cometidas por el Estado, como el atender a causas de culpabilidad leves con penas desproporcionadas. Figueiredo Dias⁵³¹ comenta que la limitación por la culpabilidad es la gran virtud histórica de las teorías retribucionistas:

“aquí reside justamente el mérito de las teorías absolutas: cualquiera que sea su valor o desvalor como teorización de los fines de las penas, la concepción retributiva tiene- histórica y materialmente- el mérito irrecusable de tener erigido el principio de culpabilidad como principio absoluto de toda la aplicación de la pena y, de este modo, tener levantado un veto incondicional a la aplicación de una pena criminal que viole la eminente dignidad de la persona humana”.

A todo ello, con las teorías absolutas de la pena se afirma la libertad como atributo indispensable de la voluntad y como el fundamento de la pena. La pena que se establezca fuera de esta justificación subjetiva deviene en autoritaria.

Otros de los beneficios garantísticos poco menos observados que se extraen de las teorías retributivas es la afirmación del principio de legalidad al establecimiento de las penas, extraídas de las ideas iluministas,⁵³² el llamado a la necesidad de las penas y el carácter personal de su imposición.

Por otro lado, son más las críticas que han recibido estas teorías desde diferentes ángulos. Una de las críticas más conocidas a que se enfrenta el

530 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Fundamento, sentido e finalidade da pena criminal”. En *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 93.

531 Ibidem.

532 SIERRA LOPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad...*, op. cit., p. 17.

imperativo categórico de Kant consiste en su “búsqueda de los derechos a partir de los deberes morales”⁵³³ en donde revela “su posición favorable al despotismo ilustrado”.⁵³⁴

En relación con el bien jurídico, Roxín⁵³⁵ cuestiona el empleo de la pena retributiva que atenta contra un bien jurídico. Si la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, es contraproducente que para el cumplimiento de este fin el Estado se sirva de una pena que prescinda de todos los fines sociales, lo cual es inaceptable en un Estado social.⁵³⁶ Roxín, pone de manifiesto, con esta posición que la protección de bienes jurídicos es el fundamento del Derecho penal y como tal, fundamento de la propia pena, por lo que se percibe que la retribución hace hincapié más en los reflejos de la actuación del Derecho penal que en su fundamento. Desde el punto de vista político social Roxín⁵³⁷ sostiene que no se puede reparar los daños en la socialización, que frecuentemente constituyen las causas de comisión de los delitos.

Recientemente se ha sostenido que “la idea de sumar un mal a otro no tiene sólo carácter medioeval sino también –y quizás- metafísico”.⁵³⁸ Se sostiene, en este sentido que “la mera valoración de delitos cometidos en el pasado no tiene sentido (incluso cuando por pena se pueda entender la producción de un mal añadido a otro como respuesta al mismo)”.⁵³⁹

Silva,⁵⁴⁰ por su parte, agrega que:

“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

533 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1996 6ª Ed.), *Manual de Derecho penal – parte general*, Ediar, Buenos Aires, p. 215.

534 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal – parte general*, 6ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 214.

535 ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I*, Trad. De la 2ª Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997, p. 84.

536 Cfr. Al respecto, sobre función y fines de la pena en los distintos tipos de estado. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1992.

537 ROXIN, Claus, Loc. cit.

538 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 191.

539 HASSEMER, Winfried, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal)”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, n.3, p. 317-331, UNED y Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 318.

540 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones...*, p. 199.

ciudadanos son claramente culturales (o ideológicas). En efecto, para fundamentar el “adiós a Kant y Hegel” se alega -entre otras cosas- que en el moderno Estado de corte Liberal no son de recibido 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”.

Además, comenta que “tampoco, en un Estado de derecho, social y democrático, se debe apelar al fundamento de penar en razón de la analogía del juicio humano con el ‘juicio Final Divino sobre los pecadores’”,⁵⁴¹ ya que ello representa el prescindir de todo fin trascendente, ajeno al simple castigo.

En Latinoamérica hay que añadir más aún un factor político-criminal para negar la tesis retribucionista, ya que una concepción de esta naturaleza se basa en el presupuesto de la existencia previa de una igualdad social en la que absolutamente no vivimos. Al respecto Zaffaroni⁵⁴² comenta:

“El retribucionismo latinoamericano, es decir, la concepción latinoamericana de la pena como una retribución, conforme al principio de culpabilidad, es producto de una reacción contra el positivismo, enarbolada por quienes se han percatado claramente del peligro que éste ha implicado e implica para el pensamiento democrático. Sin embargo, [...] la retribución no puede ser justa en sociedades altamente injustas en cuanto a su sistema de producción (en Latinoamérica más del 40% de la población está marginada del sistema de producción industrial) y en cuanto a su sistema de distribución (la mayor parte de la renta se concentra en una minoría). Este hace que, en definitiva, el retribucionismo que tiene la ventaja de denunciar los excesos biologistas y racistas del positivismo, se convierta en una ideología que frecuentemente – por no decir casi siempre – sirva a los sectores más o menos tecnócratas del segmento judicial [...]”.

Finalmente, se ha puesto de manifiesto que incluso en los filósofos del retribucionismo clásico no han estado ausentes las finalidades sociales en la aplicación de la pena: Hassemer,⁵⁴³ advierte la posibilidad de interpretar que incluso en Kant la justicia no es último fin, sino condición de la vida social en

541 Ibidem.

542 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal – parte general*, op. cit., pp. 297-298.

543 HASSEMER, Winfried, *Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz*, NStZ, 1989, pp. 553-559, p. 555, nota 29.

común. Silva,⁵⁴⁴ por su parte, cree ver en Hegel una posición de contenido social: “Tal misión aparece ya en el planteamiento de Hegel a través de la idea de *restablecimiento del derecho*”. Agrega el autor que, estos fines sociales no han estado ausentes en los planteamientos de ningún retribucionista.

Incluso Maurach, de tendencias retribucionistas, utiliza un lenguaje ambiguo. Para este autor, la pena debe estar desligada de todo fin, tal se enuncia en el famoso ejemplo de Kant al perecimiento de la sociedad. Sin embargo, otorga a esa finalidad efectos sociales-psicológicos “de una extensión y trascendencia superiores a la de los efectos propios de los fines de prevención”.⁵⁴⁵ Evidentemente, en este sentido, ya no se puede hablar de retribución en sentido estricto, sino, se podrá justificarse la intervención última penal en la “prevención general a través de la retribución”.⁵⁴⁶

Precisamente, estas últimas posiciones las ponemos de manifiesto ya que hoy por hoy las modernas corrientes político criminales inician parte de sus planteamientos a partir de estas tesis retributivas, pero no entendidas en el sentido clásico del término de justicia absoluta, sino teniendo como finalidad objetivos empíricamente comportables, como por ejemplo la propuesta de la prevención general integradora, que luego veremos.

7.4. Teorías relativas

7.4.1. Generalidades

Habíamos manifestado que el Estado social, fruto del movimiento Ilustrado y el Contrato Social, trajo consigo nuevos fundamentos de la pena orientados a una finalidad social. A partir de ese llamado se desarrollaron teorías de la pena que justificaban la misma no bajo el imperativo categórico de la justicia absoluta, sino como un medio o instrumento útil y necesario a la prevención de la criminalidad.⁵⁴⁷

La pena, en este nuevo contexto, también es entendida como un mal, pero a diferencia de los ideales absolutistas, este mal se entiende como “nece-

544 SILVA SANCHEZ, Jesús María, Loc. cit., p. 203.

545 Cf. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones...*, op. cit., p. 204.

546 “Vorbeugung durch Vergeltung”: en la expresión de Gallas, citado por SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Ibidem*, p. 199.

547 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 136.

sario”⁵⁴⁸ al mantenimiento del orden social y prevención de la criminalidad. El entender a la pena bajo contornos de la tradición Kantiana no se justifica en este nuevo Estado, ya que no cumple ningún fin y dirige su mirada al pasado. Las justificaciones de la pena, bajo contornos utilitaristas, por el contrario, se abocan a prevenir la criminalidad dirigiendo su orientación hacia el futuro.

Los “presupuestos de legitimación”, bajo este criterio de pena son de naturaleza empírica;⁵⁴⁹ a la idea de realización de la justicia, en abstracto, se contraponen la idea de prevenir nuevos crímenes. Para ello se pretende conseguir los fines de prevención desde dos ángulos: la *prevención general*, cuya advertencia o amenaza de la pena persigue provocar en la psiquis colectiva una sensación de desagrado impidiendo la comisión del delito; y, la *prevención especial*, cuyo accionar se dirige directamente sobre el individuo procurando su resocialización y con ello evitar que en el futuro cometa nuevos delitos.

7.4.2. Prevención general negativa

Los fundamentos dogmáticos de esta concepción fueron propuestos por Paul Johann Alselm Ritter von Feuerbach, a través de su teoría de la *coacción psicológica*. Lo que se propone Feuerbach, es provocar con la pena una sensación de desagrado en la psiquis colectiva que impida la comisión de delitos. Para Feuerbach “todas las infracciones tienen fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”.⁵⁵⁰ De esta manera la intimidación o coacción psicológica (efecto disuasorio), pretende actuar en dos momentos:⁵⁵¹ en una primera etapa, antes de la comisión del delito,⁵⁵² con la *conmina-*

548 Ibidem.

549 HASSEMER, Winfried, “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Barcelona (edit., Mir Puig, S.), 1982, pp. 122 y ss.

550 Cf. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I*, op. cit., p. 90.

551 Cf. En este mismo sentido Antolisei, sostiene que, en la primera etapa que es del establecimiento o previsión legal de la pena, pretende un efecto disuasorio – “La función de la pena, en este momento, no es ni puede ser más que la *prevención general de los delitos*” – que, a su entender es tan claro que negarlo sería “casi como poner en duda la existencia del sol”. En seguida, concluye que el efecto disuasorio sólo se completa en la medida en

ción penal⁵⁵³ dirigida a la generalidad de las personas, provocando una sensación de desagrado e impidiendo la comisión del delito; y, en un segundo momento, posterior al hecho delictivo, mediante la *ejecución ejemplarizada de la pena*⁵⁵⁴ y su influencia psicológica en otros, ya que por el contrario se vaciaría la amenaza inicial.

7.4.2.1. Comentarios sobre la prevención general negativa

La prevención general negativa ha sido largamente criticada. Ya en su momento Kant advertía que si la pena constituyese un medio para conseguir un bien, sea este para el propio individuo o la sociedad, el individuo se instrumentaliza a la consecución de determinados fines, por tanto se le trataría como un simple objeto.⁵⁵⁵ Hegel por su parte advertía que si la pena persigue finalidades se degrada la personalidad de quien la padece.

Por otro lado, la prevención general negativa tiende a suprimir la culpabilidad, con la cual no se define los límites de la duración de las penas. Stratenwerth,⁵⁵⁶ comenta al respecto que de “éstas tampoco pueden deducirse orientaciones precisas para la determinación de la “justa” medida de la pena, fuera de la exigencia de una cierta proporcionalidad con respecto al rango de la norma transgredida o la gravedad, y esto como consecuente del juicio de desvalor que la pena contiene”. Esto sería así, ya que si la intimidación es objeto de la pena, se llega a desligar el castigo de la culpabilidad.⁵⁵⁷ Por tanto, habrá

que aquellos que son efectivamente condenados reciban la correspondiente pena. ANTO-LISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*, Trad. de Juan del Rosal y Ángel Torio, Uteha, Buenos Aires, 1960, p. 508.

552 Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Vol. I, Traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 99-100.

553 Cf. WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán, Parte General*, 4ª edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez de la 11ª Ed. alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 286.

554 Ibidem.

555 KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, op. cit., p. 167.

556 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, trad. de la 2ª Ed. alemana de 1976, por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 17.

557 ANTÓN ONECA, José, “Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 al 1945”, Universidad de Salamanca, 1944, p. 92.

tanta pena cual sea necesario al propósito intimidatorio y no en relación con la responsabilidad individual por el hecho realizado.

El prescindir de los límites materiales que impone el principio de culpabilidad desencadena dos tendencias, ambas negativas: en primer lugar, el llamado Moderno Derecho penal no duda en recurrir a los factores de intimidación de la pena, con la finalidad de responder a la sensación de inseguridad cada vez más intensa en la sociedad actual. Se recurre más al efecto simbólico de la pena, incrementando las penas al llamado del clamor popular. Como ya lo hemos manifestado cuando comentamos sobre la función simbólica del Derecho penal, en este proceso influyen en gran medida los medios de comunicación agitando a las masas. Los políticos, como el mago con su sombrero, siempre creen tener resuelto el problema, lo que en Política criminal lo identifican como *eficaz*. Lo negativo, en la mayoría de los casos es que se recurre al Derecho penal “aumentando las penas”, cuando es posible que por otros medios de control social se pueda mejor resolver el problema.⁵⁵⁸

En segundo lugar, no es ajeno en un *Estado totalitario*⁵⁵⁹ el recurrir a la amenaza de la pena para imponer su poder y mantener el *status quo*, ya que a

558 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit, p. 15.

559 Gustav Radbruch, realizó una vigorosa crítica a la asociación de los regímenes Fascista y Stalinista, que sometieron a su pueblo bajo constantes amenazas. Comenta Radbruch que, “[...] la teoría de la intimidación experimentó recientemente un renacimiento, no, es cierto, bajo la forma de la concepción liberal del ‘Estado de derecho’, que terminamos de describir, sino con un carácter supra-individualista en el Derecho penal *terrorista* del Fascismo. El memorial que acompaña el nuevo Código Penal Italiano comienza por invocar expresamente la concepción fascista del Estado como un organismo, en las siguientes palabras: ‘el Estado no es la suma aritmética de los individuos que le componen, sino el resultado, la síntesis y el todo formado por los individuos, grupos y clases que lo constituyen, con una vida propia, con fines propios, con necesidades e intereses suyos, que exceden en duración y extensión los de esos individuos, grupos y clases, y abarcan tanto las generaciones presentes como las futuras’. El Derecho penal de este Estado no tiene el carácter de un derecho para la defensa de la sociedad (*difesa sociale*, en el sentido que le fue atribuido por FERRI), sino para a defensa del propio Estado [...] y es en la intimidación e inutilización de sus enemigos, [...] Una otra renovación del Derecho penal intimidatorio es la representada por el Derecho penal soviético. El Código Penal Ruso, de 1926, [...] un mixto curioso de derecho autoritario, correspondiendo a la dictadura del proletariado, y de derecho social, [...] es también una concepción autoritarista que hace que ahí aparezca, al lado de los fines de *prevención y reforma*, la intimidación como fin de la pena – principalmente al respecto de los crímenes políticos [...] Pero aún más característica que esta mezcla de elementos autoritarios y de concepciones de derecho social en el código penal soviético, es la completa

decir de Roxin,⁵⁶⁰ el que quiere mantenerse en el poder bajo intimidación, maneja el incremento de pena.

Empíricamente también se ha puesto de manifiesto que la mera existencia de cada delito constituye prueba fehaciente del fracaso e ineficacia de la amenaza de la pena, como único fundamento de prevención de la criminalidad. Sería inconsistente, desde esta experiencia, que el fundamento de la pena sea la amenaza. Más por el contrario, esta teoría no tiene en cuenta que la mayoría de los autores de delitos actúan bajo el supuesto de no ser descubiertos. Les importa más romper la eficacia de la persecución penal antes que el peso de la pena. De ahí que Roxin,⁵⁶¹ sostenga que: “Político-socialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general”.

Más recientemente, a decir de García-Pablos,⁵⁶² la moderna psicología pone en evidencia que “en la decisión final influyen numerosos factores, no sólo –ni sobre todo- la mayor o menor gravedad de la pena (ésta, por cierto, aunque sea nominalmente la misma, tiene un impacto disuasorio y contramotivador distinto según la clase de delito de que se trate, la psicología de cada infractor, etc.)”. La experiencia demuestra, por otro lado, que la motivación que pretende imponer la norma penal mediante la amenaza, es inaccesible en determinados sujetos (Vg., Delincentes habituales, ocasionales, profesionales, criminales impulsivos, etc.).

renuncia que ahí se hace de todas las garantías del ‘Estado de derecho’. Los actos punidos por la ley con cualquier pena dejan de ser crímenes cuando en ciertos casos concretos no constituyan peligro para la comunidad; por el contrario, actos no punidos por la ley pasan a ser crímenes, si ese peligro viniera a existir. Esto es: no vigora en Rusia el precepto del *nullum crimen sine lege*[...] también las personas que ‘por las conexiones con el *medio del crimen* o por virtud de una actividad anterior puedan venir a representar un peligro para la sociedad’. [...] se encuentran, [...] sujetas a las medidas de defensa social”. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía do Direito*, 6a edición, Trad. de L. Cabral de Moncada, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1979, pp. 321-323.

560 ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 93.

561 *Ibidem*, p. 91.

562 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 142.

7.4.3. Prevención especial

El nuevo Derecho penal establecido sobre las bases del *positivismo* y que lleva a la *Defensa social* transita de una responsabilidad moral a una responsabilidad social derivada del determinismo y la peligrosidad de los sujetos. Se habla, entonces, de actuar directamente sobre el individuo con la finalidad de rehabilitarlo socialmente, incluso así no cometiese actos criminales, sino, simplemente, evidencie su peligrosidad de comisión a futuro. “El destinatario, pues del mensaje “preventivo” de la pena no es el infractor potencial, la sociedad (prevención general), sino el propio penado. La finalidad u objetivo primario es evitar la recaída en el delito (reincidencia)”.⁵⁶³ En este último sentido, se puede hablar de una finalidad de prevención de la reincidencia.⁵⁶⁴

La teoría de la prevención especial parte de la consideración que el autor de un delito es portador de una desviación social que demanda una corrección. La corrección que le compete a la pena como función está en relación con las diferentes características personales de los sujetos. Habrán, entonces, distintos modos de reaccionar.

Esta forma de utilitarismo se aparta del pensamiento utilitarista del que parte el Contrato Social. La prevención adquiere un sentido completamente diferente al apartar la finalidad de la pena fuera de las estructuras del sistema.⁵⁶⁵ Al contraponerse el determinismo a la culpabilidad individual del sujeto, la causalidad de los hechos individuales y sociales se explican en base a una concepción naturalística y la recuperación del individuo a la sociedad se somete bajo el empleo del método experimental.

Los fundamentos de esta teoría se pueden encontrar ya en un período anterior, contemporáneo a Kant, con la llamada *Escuela Correccionalista Ibérica*. Esta escuela sostenía la “idea de que todo hombre es, por su naturaleza, susceptible de ser corregido, por lo que la pena se debe, ante todo, proponer realizar la corrección del delincuente como única (y mejor) forma de evitar que, en el futuro, prosiga con la comisión de crímenes”.⁵⁶⁶ Sin embargo, esta

563 Ibidem, p. 151.

564 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Fundamento, sentido e finalidade da pena criminal”. En *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 102.

565 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español: parte general*, op. cit., p. 20.

566 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Fundamento, sentido e finalidade...”, op. cit., p. 104.

escuela no logra despegar al ser minimizada por el fuerte predominio de las tesis retribucionistas.

Con la *Escuela Positiva Italiana*,⁵⁶⁷ la prevención especial cobra vigencia. Ante el Racionalismo inoperante de los Clásicos los positivistas contrapusieron la concepción naturalística ya que ésta explica mejor la causalidad de los hechos individuales y sociales. Lo que se pretende explicar es el porqué del hombre delincuente. Al libre albedrío le contrapone el determinismo apoyado en factores físicos, individuales y sociales de las acciones humanas; a la responsabilidad moral limitada por la culpabilidad, por la responsabilidad legal o social derivada del determinismo y la peligrosidad. Con ello, el centro de estudio pasa a ser el delincuente y no el delito. El delincuente es considerado un enfermo por lo que su estudio debe estar sometido a criterios clínicos.⁵⁶⁸ La pena, por tanto, de connotaciones retributivas, debe ceder paso a las medidas de seguridad que se relacionan con la peligrosidad del sujeto mas no por la gravedad del delito.

Sin embargo, no fue hasta la aparición de la *Escuela Sociológica*, a finales del siglo XIX⁵⁶⁹ donde se consolida la prevención especial. Von Liszt, a diferencia de los positivistas no destierra la pena ni la culpabilidad. Liszt admite la aptitud de los hombres para conducir sus actos (imputabilidad). De ahí que la pena tenga como naturaleza la coacción psicológica o motivación. Por ello rechaza la responsabilidad de los inimputables, en esta posición contraria a los positivistas, ya que para éstos la responsabilidad legal o social deriva del determinismo y la peligrosidad de las personas.

La finalidad de la pena en Liszt es satisfacer las necesidades político-sociales con el mínimo sacrificio para el sujeto. La pena-medio, al servicio de la lucha contra la criminalidad, opera según la categorización de los sujetos a los cuales se dirige: delincuente habitual, pasionales u ocasionales, reformables e irreformables, mayores y menores, etc. Importa destacar la influencia que cobran los estudios criminológicos para la época.⁵⁷⁰

567 De las que son pioneros Lombrosio, Garófalo y Ferri.

568 Cfr. FERRI, Enrico, *Principios del derecho criminal, Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, Trad. De J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, p. 194: “Debemos decir que desde el punto de vista natural o social sólo pueden ser delincuentes los que son anormales”.

569 Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 85-86.

570 En ese sentido RADBRUCH, Gustav, *Filosofía do Direito*, op. cit., p. 321.

Liszt, puso de relieve las tres formas de actuación de la prevención especial: la intimidación, corrección e inoquización. La finalidad de la pena en Liszt⁵⁷¹ es prevenir los delitos *asegurando* a la comunidad frente a los delincuentes mediante el encierro; *intimidando*, a través de la pena individual; y, *corrigiendo* a los sujetos mediante un proceso resocializador. Propone paralelamente, *inoquizar* al irresocializable; *Intimidar* al delincuente ocasional; y, *corregir*, al autor corregible.

La pena, en sí misma, “no tiene porqué plantearse como problema a la generalidad de la población sino como cuestión que afecta únicamente al delincuente, cuya personalidad no guarda relación con el resto”.⁵⁷² La intimidación individual se emprende a atemorizar a los delincuentes hasta el punto de reprimir en él el deseo de cometer delitos en el futuro.

Si se fracasa en el intento resocializador el miembro enfermo de la sociedad habrá de ser extirpado o exterminado, con lo cual no se pone en duda recurrir a la pena de muerte o a la perpetua privación de la libertad. En este sentido la prevención especial tiende a procurar una defensa social a través de la separación o segregación de los inadaptables, sólo de esta manera se puede extinguir la necesaria neutralización de su peligrosidad social.⁵⁷³

La propia reforma del Derecho penal alemán en 1975, según Jescheck⁵⁷⁴, fue inspirada por tales propuestas, que además, alude el autor, “coincide con las grandes tendencias internacionales de la Política criminal”.⁵⁷⁵ Propuestas que fueron introducidas, incluso, en el proyecto alternativo del Código penal alemán de 1966. Ello ha conducido a la progresiva retirada y sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, a la reserva de los fallos condenatorios o exención de las penas, en determinadas legislaciones penales, a la configuración de las llamadas consecuencia jurídico-penales no retributi-

571 LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal*, tomo 2o, 3ª edición, traducción de Luis Jiménez de Asúa de la 20a Ed. Alemana, Instituto Ed. Reus, S.A., Madrid, 1927, p. 9-10.

572 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 80.

573 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Fundamento, sentido e finalidade...”, op. cit., p. 103.

574 “Misión principal de la reforma del Derecho penal alemán de 1975 fue ‘la moderna configuración del sistema de sanciones como instrumento válido de la política criminal con el objeto de prevenir delitos futuros, sobre todo mediante la resocialización del delincuente’.” JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal- parte general*, Trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares Ed., Granada, 1993, p. 683.

575 *Ibidem*, p. 687.

vas, a la institucionalización de los denominados establecimientos de terapia social,⁵⁷⁶etc.

Por último, la influencia de la prevención especial se deja sentir también en Francia con la llamada *Escuela de la Nueva Defensa Social*, de Marc Ancel.⁵⁷⁷

7.4.3.1. Comentarios a la prevención especial

A favor de la prevención se pone de relieve la importancia del tratamiento dirigido al sujeto guardando relación con las características de éste. Con la individualización de la pena se ofrece un método científico al estudio del delincuente. Desde su formulación inicial suele ser racional el procurar “evitar la reincidencia del autor, y racional, desde luego, la articulación escalonada de los objetivos intermedios que propone y el modo de llevarlos a cabo según la clase de autor de que se trate.”⁵⁷⁸

Sin embargo, son más las objeciones presentadas contra ella. La pena concebida como un medio de prevención especial choca con dificultades desde diferentes ángulos.⁵⁷⁹ Ya advertía Francesco Carrara, en el siglo XIX que los propósitos de punir y curar, punir y reeducar, punir y corregir, son totalmente incompatibles.⁵⁸⁰

Entre los años 60 y 70 del siglo pasado, la prevención especial es abandonada a consecuencia del avance de las ciencias empíricas que ponen en tela de juicio la ineficacia de la resocialización; y, desde el punto de vista político-social se cuestiona que el tratamiento constituye injerencia o lesión de derechos en los sistemas de valores del delincuente.

La estricta orientación del concepto de resocialización se encuentra ya superada.⁵⁸¹ La resocialización que es unas de las finalidades presentes en la prevención especial evidencia su fracaso empírico. Por un lado, resulta una contradicción que dentro de las condiciones actuales que ofrecen las prisiones se pueda hablar de un eficaz tratamiento resocializador, aún cuando “existen

576 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 154.

577 Véase, ANCEL, Marc, *La défense sociales nouvelle*, 3ª edición, Ed. Cujas, París, 1991.

578 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 155.

579 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, trad. de la 2ª Ed. alemana de 1976, por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 14.

580 Cf. MORSELLI, Elio, “A função da pena à luz da moderna criminologia” op. cit., p. 42.

581 HASSEMER, Winfried, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? Op. cit., p.322.

razones fundadas para suponer que- por lo menos en la ejecución tradicional de la pena privativa de libertad- el cumplimiento de una pena estimula la recaída en el delito.”⁵⁸²

También, no se puede considerar que la pena consista sólo en la prevención especial, en el caso que se constate la innecesariedad de la readaptación social de sus autores. Nos preguntamos de cómo se puede justificar, en estos casos, la imposición de una pena?. Indudablemente que el fundamento de la prevención especial fracasa en estos casos. Pensemos, por ejemplo, en los delincuentes de cuello blanco o en la mayoría de los que cometen delitos económicos, financieros o tributarios. Si la pena se justifica exclusivamente bajo la prevención especial, las penas no se aplicarían en la mayoría de estos casos. Hassemer, por su parte, utiliza como ejemplo el fracaso de la prevención especial en el juicio dirigido contra los guardias el muro de Berlín y su imposibilidad empírica de resocialización. Nos preguntamos, también, qué función de prevención especial puede tener la pena en el caso de los delitos imprudentes o en los delitos ocurridos en excepcionales circunstancias?. Es el caso, como ocurre por ejemplo “en el homicidio doloso cometido en una situación especialmente conflictiva, no existe prácticamente el peligro de una reincidencia.”⁵⁸³ Evidentemente, en ninguno de estos dos casos se pone en evidencia posibles reincidencias.

De otro lado, ¿hacia qué sociedad se debe dirigir la resocialización?. Bajo connotaciones político-sociales no habría, aparentemente, problemas si es que los valores del individuo coinciden con los valores que impone el Estado. Pero, ¿qué es en el caso de que no coincidiesen?, Vgr. El insumiso.⁵⁸⁴

Cuando se propone reconducir a alguien para comportarse de acuerdo con los postulados de una sociedad determinada, el Derecho penal pasa a servir de instrumento de reconducción a un pensamiento único y, en otros casos, al mantenimiento del Status Quo de determinados Estados totalitarios. Visto así, se puede orientar las consecuencias del delito a lo subjetivo, lo que puede llevar a que sirva de arma para la sumisión de enemigos políticos.⁵⁸⁵ En

582 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, op. cit., p. 15.

583 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, op. cit., p. 15.

584 Vg. Hay que poner de relieve que en la realidad Latinoamericana existen marcadas diferencias culturales, mayormente en los países de ancestrales presencia indígena, donde en la mayoría de los casos aún mantienen sus costumbres ancestrales. Caso de México, Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador, Brasil, etc.

585 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Fundamento, sentido e finalidade...”, op. cit., pp. 105-106.

este sentido ponemos como ejemplo el Código Penal Ruso de 1926 y la legislación nazi, los cuales bien reflejan la idea de conducción política de la sociedad a la eliminación de la disidencia.

Todo ello implica la instrumentalización del hombre hacia los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto a su dignidad como persona, lo cual es inconcebible dentro de un Estado de derecho.

Comenta al respecto, García-Pablos,⁵⁸⁶ que las ideas básicas de “peligrosidad” y “resocialización” merecen muchos reparos. La de “peligrosidad” parece desgarrar al hombre e infunde serias sospechas. Trata, al delincuente, como a un “sub-hombre”, que parte como una especie de “declaración de guerra” de la sociedad al criminal, de un “estado de guerra”, olvidando los deberes de solidaridad y corresponsabilidad que aquella, e incluso un dato práctico de que las mismas exigencias “defensistas”, recomiendan todo lo contrario: que la sociedad “asuma” y “acepte” al delincuente. La idea de “peligrosidad”, por su parte, deviene degradante, al no hacer ninguna referencia a ninguna condición específica del ser humano, sino a una cualidad negativa que puede existir también en las cosas y en los animales.

Desde el punto de vista garantístico, existen problemas si es que las sanciones se miden por la necesidad de resocialización del agente del delito. Bajo este criterio se puede llegar a aplicarse penas de duración indeterminada mientras se esté a la espera del éxito del tratamiento. En este sentido, no existe más límite que el que marca la necesidad de la pena a la efectiva resocialización del sujeto. Evidentemente deja una grieta abierta para que delitos considerados leves sean castigados, incluso, con penas indeterminadas al constatarse en el delincuente su potencial peligrosidad. Este criterio es entendible desde el momento en que al criterio objetivo del delito, como presupuesto de la sanción, se contraponen el subjetivismo de la peligrosidad del delincuente; a la teoría del delito, por la teoría del delincuente. Agrega Stratenwerth,⁵⁸⁷ que a estos fines la culpabilidad carece de toda función. Al disminuirse la valoración entre el delito y la culpabilidad del sujeto por el hecho realizado, contraponiéndose ante ello el determinismo y la peligrosidad, el resto es historia: penas desproporcionadas al hecho e indeterminadas en el tiempo.

586 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., pp. 157-158.

587 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, op. cit, p. 15.

Después de todo, aunque con muchas críticas la finalidad resocializadora permanece vigente como función de la pena por algunas legislaciones penales⁵⁸⁸ e incluso tienen reconocimiento Constitucional.

7.5. Teorías mixtas o eclécticas

7.5.1. Líneas Generales

Ante el fracaso de las Teorías retributivas y las teorías preventivas, concebidas unilateralmente, surgen las teoría mixtas. Su mérito, en el momento, consistió en conciliar exigencias retributivas y preventivas asentando la importancia de cada una en determinados momentos.

Las llamadas soluciones “mixtas” o “eclécticas” son consideradas como dominantes en el debate doctrinario actual.⁵⁸⁹ Evidenciaron que el ofrecimiento de las propuestas individuales no podían convencer ni justificar la intervención penal sin los postulados que ofrecía la otra.

Distinguen entre el *fundamento* de la pena y el *fin* de la misma; entendiéndose al primero como la base de donde se debe partir; y, al segundo, como lo que se desea con la aplicación de la pena. La pena, como fundamento, parte de la relación que el sujeto tiene con su hecho realizado. Se deja de lado el fundamento que establece la prevención general ya que en su fundamento la pena se mide en relación con el propósito intimidador y no en relación a la responsabilidad individual por el hecho realizado. En cuanto a la prevención especial, se deja de lado su fundamento basado en la necesidad de resocialización del agente, ya que los límites no están marcados, pudiéndose llegar a aplicar penas de duración indeterminadas mientras se está a la espera de éxito del tratamiento.

Pero, el negar el fundamento de la pena bajo connotaciones preventivas no quiere decir que se prescindiera de los “fines” que ellas persiguen, ya que “el Derecho penal, como factor ordenador de la convivencia, con el propósito teórico de mejorarla no puede consistir en un mero sistema de retribuciones.”⁵⁹⁰

En la doctrina alemana, a las Teorías de la Unión, se les denomina *Spie-
lraumtheorie* o *Rahmentheorie*,⁵⁹¹ por tener que conciliar exigencias derivadas

588 Véase, art. IX del Título preliminar del Código penal peruano.

589 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, *Curso de Derecho penal, Pare general*, op. cit., p. 83.

590 Ibidem, p. 84.

591 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 165.

del principio de “culpabilidad” y de “prevención”. Vistas así, comenta García-Pablos⁵⁹² que ellas “reclaman una pena proporcionada a la culpabilidad, en el marco de la culpabilidad, si bien dentro de este ámbito admiten puedan operar los principios preventivos; lo que a efectos de la medición de la pena significa: pena ajustada a un fin, pero sólo en el marco que ofrece la “retribución justa”; la pena justa o, dicho de otro modo: la retribución, será el “límite máximo” de la prevención”.

En estas teorías mixtas o eclécticas conciliadoras han perdido vigencia la *intimidación* y la *inocuidación*, conforme a los planteamientos de von Liszt, permaneciendo sólo en pie la finalidad de *resocialización*, aunque con fuertes críticas.⁵⁹³ Las teorías mixtas o eclécticas son diversas, como refiere Silva Sánchez:⁵⁹⁴

“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 el papel predominante se le asigne a la prevención general o a la prevención espacial; 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, puede apreciarse un retorno a construcciones en la que el criterio básico es el preventivo-general. 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)”.

Para Roxín, en particular, exponente de la “Teoría dialéctica de la Unión”, la pena, en principio, no puede superar en su gravedad el grado de culpabili-

592 *Ibidem*, p. 165.

593 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 198.

594 *Ibidem*, p. 201.

dad del delincuente. Sólo a partir de este límite se pueden establecer los fines de prevención general y prevención especial.

Roxín distingue tres etapas en los fines de las penas: la *conminación legal abstracta*, que es la pena contemplada en la ley y que opera en la forma de la prevención general; la *realización de la justicia* o medición judicial de la pena, en la cual la pena opera “para la protección subsidiaria y preventiva general e individual- de los bienes jurídicos y demás prestaciones estatales, a través de un mecanismo respetuoso para la autonomía de la personalidad y que, a dictarse ella, se limita a la medida de la culpabilidad”;⁵⁹⁵ finalmente, la etapa de la *ejecución penal*, en la que predomina la prevención especial tendiente a llevar a cabo, en lo posible, la resocialización del penado.

Roxín, intenta diferenciar a su teoría de las teorías de la unión, a las cuales denomina “Teorías Retributivas de la Unión”, ya que en su propuesta la idea de retribución no cabe como fin atendible junto a las finalidades preventivas.⁵⁹⁶ Sin embargo, destaca en su postura a la culpabilidad como infranqueable en el proceso de aplicación y limitación de la pena. Entiende, el autor, que el principio de culpabilidad tiene una “función liberal absolutamente independiente de toda retribución.”⁵⁹⁷ Con ello, al desterrar toda idea de retribución, su posición concilia sólo la prevención especial y la prevención general. Así las cosas, resulta posible la aplicación de la pena en donde no se hace necesaria la resocialización del penado, en razón de la prevención general. En el supuesto que existiese conflicto entre la prevención general y la prevención especial, demandando cada una un grado dispar de pena, la situación se resuelve otorgando prevalencia a la prevención especial, pero sin excluir del todo a la prevención general.

595 ROXIN, citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, op. cit., p. 174.

596 ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, op. cit., p. 100.

597 ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I*, op.cit., p. 100. Agrega Roxin, que “[...] hoy se acentúa todavía con frecuencia que sólo se debería hablar de una “auténtica” teoría unificadora o mixta “en sentido tradicional” cuando los fines de la preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se contemplarían en el marco trazado por la retribución. Esta teoría hay que rechazarla [...] ya por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra ésta [...] y de ahí actualmente resulte tan difícilmente defendible como ésta”. (p. 94.).

7.5.2. Críticas a las teorías mixtas

Se sostiene que las teorías de la unión no pueden considerarse como un punto concluido en la evolución de las doctrinas legitimadoras de la intervención final, ya que fracasan en la resolución de las antinomias de los fines, ya que aparecen e infravaloran la significación del Derecho penal como institución garantística.⁵⁹⁸

Por otro lado, se destaca la imposibilidad en las teorías de la unión de pretender conciliar postulados eminentemente opuestos como la retribución, de evidente carácter perjudicial al condenado y la resocialización que le beneficia. Agrega Stratenwerth, que: “El sentido de penar determinados comportamientos irregulares difícilmente pueda deducirse de una de las teorías penales que concurren con las otras y por lo demás, tampoco puede lograrse sobre la base de algunas de las teorías ‘de la unión’”.⁵⁹⁹

Para Muñoz Conde,⁶⁰⁰ “toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface a nadie”. No parece que una concepción que intente justificar la pena bajo un fundamento, luego, bajo otro, pueda cobrar una consistencia necesaria a su justificación.

No convence el argumento de que con la puesta en vigencia de la norma el Estado amenaza a la generalidad de las personas, evitando, a manera de prevención general intimidatoria, la comisión de delitos; luego, en el momento de la aplicación de la pena se sostenga que la pena se encuentra limitada por la culpabilidad; para, finalmente, en el momento de la ejecución de la pena, olvidando todo lo dicho anteriormente con la misma pena, se sostenga que la pena tiene por finalidad la resocialización del agente. Se trata, desde luego, de un ejercicio imposible e inconsistente para su justificación.

En las posiciones de Roxin, también se evidencian inconsistencias internas. En primer lugar porque su intento de aislar la retribución de la culpabilidad simplemente no es posible. Ocurre que la retributividad vive en la culpabilidad, esta no es sino su producto único. Nadie en su sana consciencia, desde que alejamos la responsabilidad objetiva aplica punición por el mero castigo,

598 SILVA SÁANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 202.

599 STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, parte general, I*, op. cit., p. 18.

600 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch Ed., Barcelona, 1975, p. 35.

sino en razón de la culpabilidad.⁶⁰¹ La culpabilidad aparece pues como presupuesto inalienable ante las concepciones no retribucionistas, como bien refiere Welzel,⁶⁰² al afirmar sobre la culpabilidad que aún “los contrarios al pensamiento de la retribución recurren [...] también a esa medida”.

Vistas así las cosas, a la propuesta de Roxin, que en nada difiere de las demás concepciones eclécticas, se le pueden hacer todas las objeciones que sobre ellas se sostienen.

En segundo lugar, la presentación que Roxin hace del hipotético conflicto entre la prevención especial y la prevención general queda sin solución, en la medida que no llega a ofrecer un *marco de referencia* definitivo para la pena, constituyendo un claro síntoma de la incompatibilidad de la pretendida unión.

Pero, a pesar de todas estas objeciones, el planteamiento de Roxin admite la convivencia de todos estos factores todo el tiempo, desde la elaboración de la norma hasta su ejecución, pasando por su conminación, pero con preponderancia de uno u otro fin dependiendo de su momento. Aún así no queda resuelta la incompatibilidad de propósitos entre prevención y retribución, que además, van a convivir durante todos los momentos de la pena.

7.6. Posiciones actuales

Luego de las innumerables críticas vertidas sobre las teorías preventivas concebidas unilateralmente y sobre las teorías de la unión, las corrientes abolicionistas y funcionalistas ven crecer sus fundamentos legitimadores.

7.6.1. El abolicionismo

Las corrientes abolicionistas sostienen que el Derecho penal evidencia su incapacidad como instrumento de Control Social,⁶⁰³ y que, por el contrario, constituye un instrumento criminalizador. Por ello, se propone, en primer lugar, la abolición del Derecho penal cediendo su posta bajo instancia del control privado.

Con respecto a las corrientes abolicionistas apoyadas bajo el pensamiento Marxista,⁶⁰⁴ “así como del interaccionismo simbólico expresado en las Doctri-

601 Así en ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*, trad. de Juan del Rosal y Ángel Torio, Uteha, Buenos Aires, 1960, pp. 501-502.

602 WELZEL, HANS, *Derecho penal Alemán, Parte General*, op. cit., p. 282.

603 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 16 y ss.

nas del “etiquetamiento” (*labelling approach*)”,⁶⁰⁵ pone en entredicho la función estigmatizante y criminalizadora del Derecho penal que sirve a la mantención de una estructura social vigente que segrega a los más que son los marginados. En este contexto, “se caracteriza por considerar que el delito no es una realidad natural previa a la norma que lo precede, sino el resultado de un proceso de criminalización que se lleva a cabo por órganos e instancias del control social tales como el legislador, la policía, los abogados, los fiscales, los jueces, los funcionarios de prisiones, etc., y a través del cual se “etiqueta” a un comportamiento como delito o se “estigmatiza” a su autor como delincuente”.⁶⁰⁶

Ante esta realidad, se emprenden a la tarea de transformar las bases del modelo social que criminaliza y estigmatiza, prescindiendo, a la vez, del sistema penal,⁶⁰⁷ por ser *ineficaz, selectivo y criminógeno*.⁶⁰⁸

604 La tesis marxista explica el Derecho positivo como medio de defensa de la clase dominante, de la clase burguesa y del capitalismo. Afirmación ésta que ya encuentra su base en los fundadores del marxismo científico. Bajo estos principios, explican el crimen como consecuencia de las condiciones económicas competitivas y de la explotación económica, que paulatinamente tendrá a desaparecer en una estructura socialista de la sociedad. Sin embargo, no se ignora que, incluso, en una sociedad comunista, aunque no haya nadie a quien reprimir en el sentido de “clase”, habrán algunos individuos que cometan excesos, a los cuales habrá que hacer frente. Incluso, el mismo Ferri, sostuvo en su momento que: “Decir que con el socialismo desaparecerán todas las formas de delito, es una afirmación que deriva de una generosa idealidad sentimental, pero que no se funda en la rigurosa observación crítica”. FERRI, Enrico, *Socialismo e criminalità*, Torino, 1883, p. 51. Las mismas objeciones contra el abolicionismo propugnado por el socialismo, a inicios del siglo pasado, en ZERBOGLIO, A., *El socialismo y sus objeciones más comunes*, Madrid, 1904, p. 184 y NAVARRO DE PALENCIA, Alvaro, *Socialismo y derecho criminal*, Madrid, 1919. Este último autor, sostiene: “En efecto, aún suponiendo como cierto que la organización socialista dulcifique grandemente las costumbres con la desaparición de un nutrido índice de estímulos para el mal, la posibilidad más o menos numerosa y remota de algunos casos de repugnancia o negación de tales derechos es y será siempre una realidad que la observación y la ciencia no pueden negar sin recurrir en ceguera o en absurdo”. (p. 80).

605 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 19.

606 ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 193.

607 Cfr. HULSMAN/CHRISTIE/MATHIESEN/SCHEEBER/SREINERT/DE FOLTER, *Abolicionismo penal*, Trad. Ciofardini, M.A., Bondoza, M.L., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 49 y ss.

608 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Loc. cit., p. 20.

Visto así el estado de cosas proponen la abolición del sistema penal y el traspaso de su control bajo instancias privadas, “basadas en el principio del resarcimiento civil del daño, a la que se añadirían ciertos procedimientos de arbitraje”.⁶⁰⁹

Evidentemente, aunque no se tome como referencia absoluta, algunos puntos levantados por la teoría del *labelling approach* deben ser aprovechados; la oculta realidad de un sistema penal estigmatizante y la existencia de una desigualdad social que se evidencia, aún más, en el seno del aparato judicial. Estos aspectos negativos deben ser considerados a favor de una humanización del sistema penal, dentro de un Estado social.⁶¹⁰

Mucho se ha hablado sobre el carácter utópico e insuficiente, poco significativo y demasiado limitado para sustentarse dentro de la criminalidad violenta.

Comenta Silva Sánchez:⁶¹¹

“[...] el abolicionismo suele argumentarse 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, en un segundo momento, y a partir de la cuesta en cuestión de aspectos concretos, se rechaza todo el conjunto del sistema. 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. Muy por el contrario, se ejemplifican casos tribales, 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”.

No hay que desconocer, a lo largo de la historia, lo positivo que resulta la asunción del monopolio del *ius puniendi*, por parte del Estado, neutralizando a la víctima y su venganza privada.⁶¹² Por otro lado, la discusión en torno a la

609 Ibidem, p. 21.

610 Ibidem, p. 20.

611 Ibidem, p. 21.

612 Cfr. Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, (1981) “Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico”, en *RFDUC (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Nro. 63, otoño, 1981, pp. 7-42, p. 26: “... si prescindí-

abolición del Derecho penal, y téngase presente que no sólo de la pena de prisión, resulta discutible ya que implicaría el sacrificio de los límites a la intervención punitiva del Estado.⁶¹³ Ése sería el peligro a lo que nos llevaría el abolicionismo radical, de la exclusiva tutela social sin límites garantistas, aunque pudieran ser planteamientos bienintencionados. Es el Derecho penal un instrumento del cual nos podemos confiar al erigir sobre él las garantías irrenunciables que limitan el poder punitivo estatal.

Después del todo la idea abolicionista no deja de ser una idea interesante.⁶¹⁴ Ya lo decía Radbruch, siempre al terminar una conferencia, “el futuro del Derecho penal no será un Derecho penal mejor, sino un futuro sin Derecho penal”. Sin embargo, hoy por hoy es necesario recurrir a la pena y la represión para imponer las normas básicas de convivencia siempre que se utilice con criterios de justicia e igualdad.

Pensar en la abolición del Derecho penal por otro tipo de reacción frente al delito implicaría otra forma de sociedad, con otros parámetros solidarios, otras formas de vivir o de entender la vida, con otros parámetros de igualdad real de los cuales, por desgracia, no los tenemos hoy ni se avizora en un futuro próximo. Quizá por ello la frase de Roxin nos suena como un vaticinio para

ramos del Derecho penal, no sería fácil encontrar un sistema de control menos represivo, ni menos arbitrario, ni más selectivo. 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”.

- 613 Sobre ello se ha escrito mucho, Véase en la literatura alemana a KAISER, G., “Abolitionismus -Alternative zum Strafrecht?”, en Küper, W. (Hsg) Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pp. 1043-1044; en Italia, PAVARINI, M., “*Introduzione*” a *Nils Christie Abolire le pene?*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 1985, pp. 19-21. En Sudamérica, PÉREZ PINZÓN, A.O., *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, Ed. Temis, 1989, pp. 26-32; MARTÍNEZ, M., *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1990, p. 116; ZAFFARONI, E.R., *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990, p. 83.
- 614 En lo que sí es evidente, esta postura abolicionista no ha prosperado, pero siembra mecanismo de solución de conflictos con características propias del Derecho civil, como el arbitraje y la reparación del daño. Si ello es así, es evidente que el Derecho penal ha extendido competencia sobre hechos que dentro del control social, en última ratio, no eran de su incumbencia. Si el Derecho penal sólo atiende comportamiento «intolerables» para la convivencia en sociedad, lo que en control social se identifica como “última ratio”, estos llamados de solución del conflicto no tendrían a sustentarse.

este nuevo siglo: “no será posible una supresión del Derecho penal, el Derecho penal todavía existirá dentro de cien años”.⁶¹⁵

Pero el sostener su permanencia no implica el que no se adecue a los cambios sociales que traen consigo nuevas formas de criminalidad, por ejemplo, la delincuencia organizada, el terrorismo internacional, la defensa del medio ambiente, etc. Con ello asistimos a un Derecho penal distinto del tradicional.

Si bien es cierto que la postura abolicionista no se ha impuesto, ha sembrado, por el contrario, mecanismos de solución de conflictos con características propias del Derecho civil como el arbitraje y la reparación del daño -en cuanto al proceso se refiere- en determinados delitos.

Aún así, el Derecho penal, en la actualidad, no muestra síntomas de extinción, más por el contrario nos encontramos, eso sí, ante un Derecho penal distinto al tradicional. No sólo se ha extendido competencia sobre hechos que dentro del control social, en última ratio, no eran de su incumbencia hasta hace muy poco, como en el medio ambiente; sino que también atiende a los nuevos sucesos que traen consigo los nuevos cambios sociales, las llamadas nuevas formas de criminalidad: la delincuencia organizada, el terrorismo internacional, los delitos informáticos, etc. Decimos por ello que durante este siglo seguiremos hablando del Derecho penal, pero de uno muy distinto, transformado por la influencia de los cambios que traen consigo los nuevos tiempos.

7.6.2. Las posiciones funcionalistas

Las corrientes funcionalistas se orientan en dos vertientes: una de corte radical, en la línea de Jakobs (prevención general positiva), en la que se concibe a la pena como contradicción al quebrantamiento de la norma y estabilizando a la misma, generando su confianza, credibilidad y fidelidad al Derecho;⁶¹⁶ la segunda, de corte moderada (prevención general positiva desde postulados garantistas), que concilia la prevención general con los postulados garantísticos, limitadores del *ius puniendi*, en la línea de Roxin.

615 ROXIN, Claus, “El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo”, en *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, pp. 434 y ss.

616 JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed, Berlín/New York, Edit. Walter de Gruyter, 1991, pp. 476 y ss.

617 Véase, LUHMAN, Niklas, *Sociedad y sistema: La ambición de la teoría*, Ed. Paidós-Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

7.6.2.1. *Prevención general positiva*

Las bases ideológicas en esta postura se encuentran en la teoría del sistema social de Nicklas Luhmann⁶¹⁷ y en las ideas del daño social que preconiza Talcott Parsons.⁶¹⁸

Con Talcott Parsons, el control social pasa por la “domesticación del ciudadano” constituyendo un proceso de neutralización de las conductas desviadas. En este contexto Sierra López, comenta que en este sentido, “el Estado capitalista aparece como un Estado interventor en las relaciones entre sus ciudadanos, para mantener la armonía del sistema social. El individuo debe estar socializado, aceptando y asumiendo las reglas del consenso social”.⁶¹⁹ Agrega Sierra López,⁶²⁰ que en este orden de cosas, “el castigo perderá su significado tradicional de expiación o inocuización, para adquirir una función de integración al sistema, de forma que mantenga la estabilidad del mismo”.

Nicklas Luhmann, por su lado, parte de considerar a la sociedad como un “sistema independiente” del individuo. A ello, los cambios que produce el ciudadano se traducen en el sistema, lo cual genera nuevas expectativas ante los miembros del sistema, quienes asimilan o rechazan las expectativas producidas, pero no de forma individual, sino como un sistema social completo. Agrega Sierra⁶²¹ que, “la selección y asunción de las expectativas individuales, se realiza a través de roles, que son los productores de la armonización del sistema. Este se explicará y tomará su razón de ser, sólo a través de su funcionalidad”.

Aplicando estos planteamientos al Derecho penal, Jakobs sostiene que el Derecho como sistema se legitima desde su aceptación por el sistema social. La pena, en este orden, cumple una función de prevención general que se traduce en el mantenimiento de las expectativas de la fidelidad del ordenamiento jurídico. Aquella fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto no cumple su rol personal a favor del desarrollo equilibrado del sistema, aún encontrándose en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada, por lo que es posible una actuación conforme a la expec-

618 SIERRA LOPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*, op. cit., p. 54.

619 Ibidem.

620 Ibidem.

621 SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*, op. cit., p. 54.

tativa que dicho rol juega en la sociedad. Luego de ello se dice que el sujeto lleva a cabo una actuación contraria a la norma.⁶²² Lo que se lesiona, luego, no son bienes jurídicos,⁶²³ sino la norma misma y la consecuente confianza institucional de los individuos depositadas en ella. La pena, por tanto, llega a estabilizar la norma debilitada, o en otras palabras estabiliza la confianza en el ordenamiento jurídico alterado por el comportamiento delictivo.⁶²⁴

Según Jakobs, discípulo de Welzel,⁶²⁵ la misión del Derecho penal es asegurar la vigencia de los “valores ético-sociales positivos de la acción”; y, en lo que respecta a la misión de la pena Estatal es la prevención general confirmando el reconocimiento normativo.⁶²⁶ La lesión de la norma, en Jakobs, es el elemento decisivo del Derecho penal.⁶²⁷ De ahí, que la misión del Derecho penal, que opera a través de las consecuencias jurídicas del delito, tenga natu-

622 JAKOBS, Günter, *El concepto jurídico-penal de acción*. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992, Traducida por Manuel Cancio Meliá, p. 14; del mismo autor, *El principio de culpabilidad*. Conferencia impartida en la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Mayo de 1992, Trad. De Manuel Cancio Meliá, p. 29.

623 “Un hecho penal - [...] – no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo en Derecho penal, como no enseña la punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien. De nuevo, de forma paralela a lo anterior, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de delitos se encuentran con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma.” JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*, trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000, p. 13.

624 “[...] la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este – si se quiere – fin de la pena siempre.” JAKOBS, Günther, *Ibídem*.

625 WELZEL, Hans, *Derecho penal Alemán, Parte General*, op. cit., p. 15. Este autor considera que la finalidad última del Derecho penal es influir en la conciencia individual para fortalecer los valores jurídicos fundamentales y aceptar su vigencia. Los bienes jurídicos, con Welzel se convierten en tema secundario. Lo fundamental para el Derecho penal es asegurar los valores ético-sociales de la acción y “sólo asegurando los elementales valores sociales de la acción se puede lograr una protección de bienes jurídicos realmente duradera y eficaz”.

626 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 100; en este mismo sentido ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I*, op. cit., p. 91; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 204.

627 JAKOBS, Günther, *Loc. cit.*, p. 13.

raleza ético-social porque prohíbe y castiga la violación de los valores expresos en la norma. En este contexto, la pena se tiene que imponer así existan razones de prevención general o prevención especial que no la justifiquen.

Estas posiciones no han estado exentas de críticas desde diferentes ángulos destacándose la desatención que se hace del bien jurídico y de los límites que debe tener la pena, entre otros.

7.6.2.2. *Comentarios a la prevención general positiva*

En primer lugar, diremos que algunos autores han visto en esta posición el resurgimiento de concepciones puramente retributivas,⁶²⁸ por cuanto en su estructura sigue la tradición metodológica neokantiana.

Hace ya algunos años, se ha puesto de manifiesto, incluso, que en los máximos exponentes del retribucionismo clásico no han estado ausente las finalidades sociales como fines de la pena, aunque sea de forma secundaria. Hassemer,⁶²⁹ advierte la posibilidad de interpretar que incluso en Kant la justicia no es un fin, sino “condición de la vida social en común”. Silva,⁶³⁰ por su parte, advierte que ese contenido social de la pena se ve en Hegel a través de la idea del “restablecimiento del derecho”.

A partir de estas finalidades secundarias deducibles, la prevención general positiva inicia sus planteamientos, pero no entendidas en el *sentido clásico*⁶³¹ del término de *la justicia absoluta*, sino teniendo como finalidad objetivos empíricamente admitidos por el sistema social: la estabilización de la norma y la confianza en la misma. En palabras de Silva Sánchez:⁶³²

628 KAUFMANN, Arthur, “Über die gerechte Strate”, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlín/New York, pp. 425-431, 1996, p. 429.

629 HASSEMER, Winfried, *Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz*, NStZ, 1989, pp. 553-559, p. 555, nota 29.

630 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 203.

631 Para los Clásicos la misión de la pena consistía en alcanzar la «justicia absoluta», de contenido metafísico (reflexión abstracta del principio), independientemente de cualquier fin empírico. La pena, entonces, era entendida como pura «retribución». En este sentido Kant, sostenía que la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto. Después de todo, lo cierto es que en Kant había una preocupación por una «pena justa», tanto desde el punto de vista del hecho como del sujeto por el hecho realizado. Este ideal de justicia por el hecho realizado marca el desarrollo del principio de culpabilidad: sólo se responde por el hecho realizado y en la medida de la culpabilidad del sujeto.

632 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Loc. cit., p. 205.

“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. Bajo esta interpretación una “sanción penal justa” debe guardar correspondencia con la idea que sobre la misma tenga la sociedad; esto, inicialmente, genera confianza en el derecho al establecer la norma, de ahí su característica preventiva-integradora. Agrega Silva que “esta idea de castigo justo habría de ser satisfecha pues, de lo contrario, se corre el riesgo de no mantener la confianza en el Derecho, de no estabilizar la norma y de que, consiguientemente, se produjeran situaciones indeseadas”.

Sin embargo, a pesar de que la prevención general positiva inicia sus planteamientos a partir de las tesis retributivas, no adopta de ellas los límites que establece la culpabilidad, negándola, por el contrario. El concepto de culpabilidad desaparece, contraponiéndose sobre el mismo, el reproche que pesa sobre el autor por actuar en contra de los valores reconocidos en la norma jurídica. En este orden, se olvida el Derecho penal de su función propia en cuanto instancia de control formal que está condicionada por diferentes límites y garantías.⁶³³

Al respecto, comenta Hassemer, que con Feueabach se entendía que la pena debía cumplir con un fin.

“Al principio de culpabilidad se le otorgaba una función limitadora y no fundamentadora de la pena; y dentro de estos límites era posible pretender consecuencias empíricas favorables (corrección, intimidación). En cambio, hoy en concepto de prevención tiende a convertirse en un modelo de intervención que supera y descualifica como obstáculos para una orientación social efectiva los principios de proporcionalidad, igualdad de trato, o legalidad (es decir, los principios del Derecho penal formalizado...”⁶³⁴

Indudablemente, el prescindir de parte de los límites que se imponen al *ius puniendi*, conduce a la “legitimación y desarrollo de una política criminal

633 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel (1996), *Curso de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 89.

634 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 35.

carente de legitimación democrática”,⁶³⁵ accesible al establecimiento de un Derecho penal simbólico, a pedido del consumidor. Vista así las cosas, la posición de Jakobs constituye un sistema acrítico y defensor de un *status quo* sistémico,⁶³⁶ “es pura apología del sistema”.⁶³⁷ De ahí su connotación harto peligrosa de denotada raigambre eticista, al pretender conseguir mediante la pena una prevención fundamentadora de los valores del sistema (prevención de integración), una influencia en la conciencia ético-social del ciudadano y en su actitud interna frente al Derecho.⁶³⁸

Además, en lo fundamental para un Derecho penal garantístico, resulta que se desatiende al objeto de protección jurídico penal; el bien jurídico. Se castiga, entonces, por el hecho de revelarse contra la norma en vez de la afección a un bien jurídico.⁶³⁹ Lo que sucede luego es que cuando se defiende la norma independiente de su contenido no hay ninguna seguridad jurídica. La norma en sí misma puede adquirir cualquier contenido, cualquier valor.⁶⁴⁰ Puede estar reflejando un Estado democrático u ocultando un Estado totalitario, es decir, no se avizora ninguna pretensión de verdad absoluta.

Para entender la propuesta de Jakobs sólo hace falta un ejemplo: mientras en un Derecho penal que tiene como misión la defensa de bienes jurídicos se protege el bien jurídico de la vida; en cambio, en un Derecho penal que busca

635 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel, Loc. cit., p. 89.

636 La culpabilidad como categoría jurídica necesita su atribución ala presencia de un injusto. Piénsese, por ejemplo, en la elaboración típica de los gobiernos de facto; más aún, en la antijuricidad, la justificación de excesos represivos, detenciones ilegales, secuestros, desapariciones, torturas o cualquier otro atropello desde el poder. De ahí, el peligro de elaborar un Derecho penal sólo desde los fines de la pena prescindiendo o minimizando a los fines del Derecho penal. Fácilmente, regímenes totalitarios encontrarían justificado sus recursos penales.

637 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., pág. 500.

638 MIR PUIG, Santiago, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *Poder y control*, Nro. 0, 1986, págs. 51-52.

639 ZUGALDÍA ESPINZAR, José, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., p. 77; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de criminología*, op. cit., p. 709.

640 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, Loc. cit., p. 103, sostienen que “naturalmente no es esto lo que pretende esta teoría como tampoco lo pretende ninguna de las teorías preventivas actualmente existentes en nuestro ámbito cultural; pero, en cierto modo, este es un peligro al que están expuestas cuando fundamentan las normas penales con la confirmación del reconocimiento normativo”.

la estabilidad de la norma sólo y únicamente se busca ello: “la confirmación de la norma”. Nos preguntamos: ¿y qué del valor vida?

Ciertamente que con esta posición de misión del Derecho penal se puede justificar la intervención de cualquier sistema. Sostiene Hassemer que “naturalmente no es esto lo que pretende esta teoría como tampoco lo pretende ninguna de las teorías preventivas actualmente existentes en nuestro ámbito cultural; pero, en cierto modo, este es un peligro al que están expuestas cuando fundamentan las normas penales con la confirmación del reconocimiento normativo”.⁶⁴¹ De ahí la necesidad del elemento referencial al bien jurídico que evidencia o pone al descubierto lo que realmente se protege con el derecho.

El análisis sistémico aporta, eso sí, un nuevo marco teórico a la legitimación del castigo que atribuyera a la misma la dogmática tradicional. Si el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad, lo tenido por “bueno y correcto”, la pena “simboliza” la necesaria reacción social: aclara y actualiza ejemplarmente la vigencia efectiva de los valores violados por el criminal, impidiendo que se entumescan; refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos; fomenta y encausa los mecanismos de integración y de solidaridad social frente al infractor, y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema.

Pero, bajo esta concepción de sistema es fácil entender el discurso empleado por Jakobs de un Derecho penal de enemigos (*feindstrafrecht*), expresión que de por sí evoca a la teoría de Carl Schmitt sobre amigo y enemigo, que tuvo como base el sistema político de la Alemania nazi. El problema surge cuando se quiere precisar el alcance de tal definición (“enemigo”), ya que en estos tipos de sistemas no hay límites que valgan. V. gr., recuérdese a los asociales y los judíos, enemigos para el nacionalsocialismo. Esto tiende a evitarse en un Derecho penal de ciudadanos en el que las garantías están presentes y limitan el poder punitivo estatal.

7.6.2.3. Prevención general positiva desde postulados garantistas

Expuesta la prevención general positiva y su crítica, en su primera interpretación, compete ahora el análisis de la misma, desde postulados garantísticos.

641 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 103.

Así Roxin, reconoce que la finalidad de la pena es la Prevención General positiva, por cuanto la pena busca la restauración de la paz pública y la reafirmación de las reglas de convivencia. Pero, también reconoce en la pena una *función integradora* que se desarrolla con la prevención especial. Por otro lado, reconoce a la culpabilidad como un límite de la pena.

Roxin, sostiene que “en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos”. Ellos consisten en “el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el “ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal” y “el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica”.⁶⁴²

Pos su parte, Hassemer, sostiene que la prevención general no debe entenderse bajo connotaciones intimidatorias, sino para asegurar a las normas,⁶⁴³ e influir en los de más procesos de control social no formalizados. Agrega Hassemer, que “este aseguramiento de las normas se puede producir a través de la criminalización o de la agravación de las sanciones ya existentes, pero también con la descriminalización o con la atenuación de las penas”⁶⁴⁴. Las normas, bajo este contexto, no se estabilizan en las personas ni en los grupos por la intimidación, sino, al contrario, en el convencimiento social de que son idóneas para mejorar la convivencia.⁶⁴⁵

A esta posición denominada “Prevención general positiva”, Hassemer,⁶⁴⁶ la somete a las siguientes garantías: los *finés de la pena tradicionales*, como la resocialización y la intimidación general, tienen presencia en este nuevo enfoque, aunque sea de forma secundaria, ya que constituyen medios que persiguen las normas fundamentales; la *justicia penal* no es entendida de forma

642 Cf. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I*, op. cit., p. 92. De forma semejante HASSEMER, Winfried, “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2^a Época, n.3, p. 317-331, UNED y Marcial Pons, Madrid, pp. 324-325.

643 Como lo hemos manifestado anteriormente, el bien jurídico se desatiende cuando se protege a la norma independientemente de su contenido, con lo que se corre el riesgo de que la norma adquiera cualquier contenido de valor.

644 HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Casa Ed., S.A., Barcelona, 1984, p. 393.

645 *Ibidem*.

646 HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 200.

abstracta, sino como satisfacción del colectivo social sobre esa idea de justicia, con lo que se llega a la estabilización de la norma. Desde luego, el prescindir de entender la justicia en este sentido podría conllevar a que se pueda alcanzar una estabilización de la norma desde el plano teórico, mas no en la realidad social. Esta justicia penal tiene que referirse al caso concreto y estar limitada por la *culpabilidad* del sujeto.

Con este planteamiento la teoría de la prevención general, entendida correctamente, se funde con las limitaciones impuesta al sistema jurídico-estatal, ya que sólo dentro de estos límites- la culpabilidad- puede el sistema jurídico-penal ayudar a la estabilización de las normas sociales.⁶⁴⁷

Según este enfoque, la víctima no es sólo la persona individual lesionada, sino que el delincuente afecta la “categoría penal de la víctima”, que en sentido normativo somos todos nosotros. Así que para la supervivencia de esta estructura normativa, se hace necesaria la enérgica corrección del agente demostrando la intolerabilidad del quebrantamiento de la norma.

Bibliografía utilizada en este tópico: ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Trad. por Juan do Rosal e Angel Torío, Buenos Aires: Uteha, 1960; ANTÓN ONECA, José. “Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 al 1945”, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1944; ANTÓN ONECA, José. “Los fines de la pena según los penalistas de la lustración”, em *REP*, Madrid: REP, 1964; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal/Iure 1990; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1986; BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Pena e estado”. *En bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1982; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal e criminológico”, em *RFDUC (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Nro. 63, otoño de 1981. Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de*

647 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 27.

criminología. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; HASSEMER, Winfried. *Fundamentos do Derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984; HASSEMER, Winfried. “Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz”, em *NStZ - Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Munchen: C.H. Becksche, 1989; HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo e responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; HASSEMER, Winfried. “¿Por qué e con qué fin se aplican las penas? (sentido e fin de la sanción penal)”, em *Revista de Derecho penal e criminología*, 2ª Época, n.3, p. 317-331. Madrid: UNED e Marcial Pons, 1999; HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989; HEGEL, G.W.F.. *Filosofía do derecho*. 5ª ed., Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968; JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª ed., Berlín/New York: Edit. Walter de Gruyter, 1991; JAKOBS, Günther. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, conferência proferida em *Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*, trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000; JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., Trad. José Luis Manzaranes Samaniego, Granada: Comares, 1993; KANT, Immanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978; KAUFMANN, Arthur. “Über die gerechte Strate”, em *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. Berlín/New York: W. de Gruyter, 1996; LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1990; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1996; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1996; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1998; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas do delito*. Madrid: Tecnos, 1991; MORSELLI, Elio. “A função da pena à luz da moderna criminologia” em *Revista brasileira de ciências criminais* n. 19, julho a setembro de 1997, p. 39-46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo;

MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997; SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad e el nuevo código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, parte general, I*. Tradução da 2ª Ed. alemã de 1976, por Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal. Parte General, T. II*. 5ª ed., Lima: Ediciones Jurídicas, 1986; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

CAPÍTULO VIII

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

8.1. Introducción. 8.2. Presencia en la legislación penal 8.3. Peligrosidad social frente a peligrosidad criminal. 8.4. Presupuestos y fundamentos de las medidas de seguridad post delictuales; 8.4.1. La realización de un hecho previsto como delito; 8.4.2. La concurrencia de la peligrosidad criminal como fundamento de la medida de seguridad; 8.5. GARANTÍAS QUE REVISTE LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD; 8.5.1. Legalidad de las medidas de seguridad; 8.5.2. Jurisdiccionalidad de la aplicación de las medidas de seguridad; 8.5.3. Garantía de ejecución de las medidas de seguridad; 8.5.4. Peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad; 8.5.5. Culpabilidad como baremo de las medidas de seguridad.

8.1. Introducción

La pena, que había caracterizado a la Escuela Clásica como única reacción frente al delito, tuvo compañía con la introducción de las medidas de seguridad por el positivismo. No se quiere decir, con ello, QUE la Escuela Clásica desconocía la existencia de los “inimputables”, por lo menos en la hipótesis de enfermedades mentales; y que además desconocían la “condición de peligrosidad” de los sujetos.

La Escuela Clásica, al estar construida sobre los fundamentos de una responsabilidad penal basada en el libre albedrío y en la culpabilidad individual resolvía el asunto de los inimputables ingresándolos en centros hospitalarios: era evidente, según su construcción, que estos sujetos no tenían capacidad de decisión en contra del derecho, es decir, no tenían capacidad de libertad.

En el caso de los sujetos peligrosos, también se les intervenía, pero sólo desde el momento en que la peligrosidad se manifestaba en la comisión de un

hecho delictivo, en cuyo caso la consecuencia era el ingreso a prisión. Por el contrario, el Derecho penal no intervenía contra los sujetos simplemente por caracterizarse en ellos la peligrosidad; era necesario, sumado a ese estado, la comisión de un delito.

A los problemas que genera inicialmente la situación del inimputable, contra los cuales la respuesta de la pena quedaba sin sentido, por no tener la capacidad de comprender la ilicitud de sus actos, aparece la Escuela positiva.⁶⁴⁸ La Escuela positiva desecha el libre albedrío y la culpabilidad del sujeto relacionado al hecho cometido y contrapone el determinismo para explicar, sobre la base de concepciones naturalísticas, la causalidad de los hechos individuales. El Derecho penal, hasta ese momento centrado en el resultado del hecho cometido vuelca su interés hacia la persona del delincuente.⁶⁴⁹ Aparece, en este contexto la formulación del concepto de “peligrosidad”⁶⁵⁰ y se establece frente a la misma un mecanismo de respuesta consistente en la medida de seguridad. La medida de seguridad, con este enfoque, se relaciona con la peligrosidad del sujeto y no con la culpabilidad.

Los injustos realizados por incapaces o menores de edad, aunque no fuesen considerados culpables, constituían objeto de interés del Derecho penal, por su finalidad de prevenir la criminalidad. La medida de seguridad contra la peligrosidad se pretende legitimar ante la probabilidad de comisión de un delito. La finalidad última es la rehabilitación social del delincuente,

648 En este sentido: “El fracaso de la pena concebida con un fin exclusivamente retributivo para atajar cierta clase de delincuencia – aquella que era obra de los habituales – o la protagonizada por los menores o los inimputables, hizo nacer, a finales del siglo XIX un nuevo recurso punitivo basado en la prevención de futuros delitos. Nacen así las medidas de seguridad conectadas a la peligrosidad del delincuente y concebidas para conjugar la posible comisión de nuevos hechos delictivos.” VIVES ANTÓN, Tomás S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., p. 528-529.

649 En este sentido, anota RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito* (trad. portuguesa de L. Cabral de Moncada) 6a Ed., Arménio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, p. 320: “Del mismo modo que en el moderno derecho laboral se reconoce no ser la fuerza del trabajo separable del hombre, sino ser ella el propio hombre visto bajo cierto punto de vista, así el moderno Derecho penal social igualmente reconoce no ser el delito algo separable del criminoso, sino ser el propio criminoso. Para el nuevo Derecho penal vigora también este lema: ‘no el delito, pero el criminoso’.”

650 SIERRA LÓPEZ, María Del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 87.

incluso así no cometiese un injusto, sino simplemente se evidencia su probabilidad de comisión a futuro (peligrosidad social). Las medidas de seguridad luego se caracterizarían por ser desproporcionales al delito e indeterminadas en el tiempo.

Lo cierto es que el positivismo conlleva a la llamada “Defensa social” y al criterio de la “peligrosidad social” adoptándose, bajo ese sistema, las llamadas medidas de seguridad predelictuales.

8.2. Presencia en la legislación penal

La primera formulación en la legislación penal de las Medidas de seguridad fue obra de Carlos Stoos, traducida en el proyecto de Código penal Suizo de 1893,⁶⁵¹ las mismas que se anexan al sistema de penas. La pena limitada por las exigencias extraídas del principio de culpabilidad, no podía hacer frente a situaciones de determinados criminales peligrosos. Stoos, ante ello, introduce en la Parte General del Anteproyecto del Código penal Suizo un sistema de medidas que se aplican atendiendo a la peligrosidad del delincuente⁶⁵². Aunque ya desde el principio se ponen de manifiesto los riesgos e incertidumbres que generaría esta reacción penal atendiendo exclusivamente al criterio

651 DIAS, Jorge De Figueiredo. *Opus cit.*, p. 141: “La consciencia dogmática de la existencia de una categoría de sanciones criminales como algo diferente de las penas sólo despuntó, efectivamente, con el Proyecto de CP suizo de Carl Stoos (1893) y el “Contra-Proyecto” de v. Liszt y Kahls (1911); a pesar que no debe ser olvidado, con anterioridad, el requisitorio de Ferri – y los de Despines y Lombroso – en favor de un sistema de medidas de *defensa social* que sustituyese el sistema de penas tradicional. No significa esto que, en ordenamientos penales anteriores, no existieran ya sanciones que, en términos dogmáticos modernos, serían reconducidas a las medidas de seguridad; [...]”; También en, VIVES ANTÓN, Tomás S., *Loc. cit.*, p. 529; GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 356; y MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 655: “[...] cuando Carl Stoos propone la previsión de medidas de seguridad en el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893, éstas se configuran como algo totalmente distinto de las penas en su fundamento y orientación, [...]”; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Ed. Grijley, Lima, 1997, p. 657.

652 GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel Y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, *op. cit.*, p. 14.

gaseoso de la peligrosidad frente a los principios básicos de un Estado de derecho.⁶⁵³

En la legislación Alemana, las medidas de seguridad se incorporan al Derecho positivo por la Ley de Delincuentes comunes de 24 de noviembre de 1933.

En España, éstas se incorporan a su legislación mediante el Código penal de 1928. En el artículo 97 de dicho cuerpo legal no se precisaba claramente el fundamento de las medidas de seguridad que se relacionaban con la peligrosidad social del sujeto y con el sistema de Defensa Social que se adoptó con los vagos, bebedores habituales, toxicómanos, etc. La adopción de un sistema relacionado con la peligrosidad social y la defensa social implica la adopción de las medidas de seguridad predelictuales. Así, luego, aparecen un sinnúmero de legislaciones dispersas que contemplan la prevención del delito sin la necesidad de la presencia de un injusto; entre ellas la “Ley de vagos y maleantes” de 4.8.1993; y, la “Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4.8.1970.

8.3. Peligrosidad social frente a peligrosidad criminal

El criterio de Defensa Social y Peligrosidad Social a que conduce el sistema positivista trajo consigo un sinnúmero de desviaciones y excesos. Así, por ejemplo, la citada Ley de vagos y maleantes de 4.8.1933 y la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4.8.1970, ambas establecidas en España, establecían como fundamento de las medidas de seguridad la llamada “Peligrosidad social”⁶⁵⁴, y no la peligrosidad criminal del sujeto. Ante tal circunstancia, las llamadas medidas de seguridad predelictuales se justificaban cuando se prevé que un sujeto debido a su peligrosidad social pudiera ocasionar un “daño social”.⁶⁵⁵

653 VIVES ANTÓN, Tomás S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., p. 528-529: “Desde un principio se pusieron de manifiesto los riesgos e incertidumbre que una reacción penal asociada, exclusivamente, a la personalidad del delincuente, podía tener para los principios básicos de un Estado de Derecho.”

654 POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Medidas de seguridad incoicizadoras para delincuentes peligrosos?”, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, del Instituto Peruano de ciencias penales, Edit. Grijley 2001, p. 485

655 DE LANDECHO, Carlos “Peligrosidad social y peligrosidad criminal”, en *Peligrosidad Social y Medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 248 y ss.

Con la adopción del sistema de la peligrosidad social, actualmente excluida del Derecho penal, se contemplaba la posibilidad de adoptar las medidas predelictuales, ante lo cual no era necesaria la presencia de un hecho delictivo, sino simplemente la existencia de un pronóstico de realización a futuro.

En España la LPRS de 4 de agosto de 1970 no escapó de las críticas por adoptar el sistema de defensa social frente a los vagos, bebedores habituales, toxicómanos, etc. Felizmente el actual Código penal de 1995 deroga este dispositivo ya que pone en entredicho los principios constitucionales que se derivan del Estado de derecho.⁶⁵⁶

Por otro lado, el adoptar el sistema de *peligrosidad criminal* en las medidas de seguridad implica el reconocer como presupuesto de la misma un “injusto típico.”⁶⁵⁷ Ello es consecuencia de que las mayoría de los ordenamientos Constitucionales de nuestro entorno jurídico contemplan una completa gama de principios que se derivan del Estado de Derecho. Nuestro Derecho penal, en este orden, se corresponde con un Derecho penal de hecho y no de autor.⁶⁵⁸

8.4. Presupuestos y fundamentos de las medidas de seguridad post delictuales

Las medidas de seguridad corresponden su aplicación tanto a inimputables como a semiimputables.⁶⁵⁹ Las más modernas legislaciones de nuestro

656 BARREIRO, Agustín Jorge, “El sistema de sanciones en el código penal español de 1995”, en *La reforma de la justicia penal (estudios homenaje al prof. Klaus Tiedemann)*, Coord. Juan-Luis Gómez Colomer; José Luis González Cussac, Edit. Universitat Jaume I, Castelló, págs. 77-135, pp. 104-105.

657 Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 36.

658 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Medidas de seguridad inocuidadoras para delinquentes peligrosos?”, op. cit., p. 487, agrega el autor que “eso quiere decir que sólo puede sancionarse a un sujeto por lo que hace y no por lo que es, o sea, por sus acciones delictivas ya realizadas y no por meros pensamientos ni disposiciones subjetivas a cometer un delito o un daño social, no materializados en acción”.

659 Vg., el art. 95 del nuevo Código penal español contempla como presupuesto el que: 1. El sujeto se encuentre comprendido en uno de los supuestos de inimputabilidad —exentos de responsabilidad criminal a los numerales 1º, 2º y 3º del art. 20: este artículo contiene los supuestos de quienes al tiempo de cometer la infracción criminal no puedan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, “a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica” (No. 1), o por encontrarse “en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (...) o bajo la influencia de un síntoma de

entorno jurídico penal establecen su referencia a la realización de un “injusto típico” y a la “peligrosidad criminal”, como presupuestos y fundamentos de las medidas de seguridad, respectivamente.

8.4.1. La realización de un hecho previsto como delito

Aunque es más técnico el empleo de la palabra “injusto típico”, como consecuencia del denominado “principio del hecho” (o más exactamente, “de conducta” o de “la acción”).⁶⁶⁰ Sólo las medidas que tengan como presupuesto un *injusto típico*⁶⁶¹ son compatibles con un Estado de Derecho (peligrosidad criminal), y no las que se fundamentan en la peligrosidad social del individuo ya que ello conlleva a aceptar las medidas de seguridad predelictuales. Algunos autores pretenden relativizar la presencia del injusto típico al identificarlo como un “síntoma” más a tener para evidenciar la peligrosidad: “un síntoma que puede ser desvirtuado o confirmado por otros”.⁶⁶² Esta posición nos ubica muy próximo a una “peligrosidad social”; es decir, las medidas de seguridad justificarían su aplicación ante la presencia de cualquier “síntoma”, incluido el delito, que evidencie la peligrosidad social a ocasionar un daño social.

La aplicación de las medidas de seguridad sin la necesaria presencia objetiva del “injusto típico” y, teniendo como único fundamento el indeterminado e inestable criterio de la “peligrosidad” convierte a la libertad individual, en un principio gaseoso, concediendo licencia al Estado, arbitrario o no, a hacer uso de los más inesperados atropellos contra las libertades.

abstinencia” (No. 2); o, a quienes, «por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad» (No. 3), **2** También se aplican las medidas de seguridad en los supuestos de semiimputabilidad (eximientes incompletas), en relación con los numerales 1º, 2º y 3º del art. 20.

660 POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Medidas de seguridad incoizadoras para delinquentes peligrosos?”, *op. cit.*, p. 488.

661 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental, V. II, Teoría general del delito y punibilidad*, 2ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1984, p. 9 y ss.: En palabras del autor, “que el *hecho punible* (o, como dicen otros, “el hecho previsto en la ley como delito”) en que de modo necesario ha de basarse legalmente la imposición de las medidas, se llame o no *delito*, es tema de discusiones inacabables, por fortuna sin consecuencia de importancia, al menos mientras las palabras no sean una trampa para la burla de las garantías demoliberales. Se trata, de todas maneras, de un injusto típico, que es el núcleo de todo delito, en el pleno y estricto sentido de la palabra, si bien la culpabilidad es incompleta y la *opinio doctoris* la considera generalmente insubsistente”.

662 CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general, I, Introducción*, 5ª ed., basada en el nuevo Código penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1996, p. 38.

En este contexto, la exigencia previa de un “injusto típico” para la imposición de una medida de seguridad cumple una triple función garantizadora, conforme señala Rodríguez Mourullo:⁶⁶³ en primer lugar, refuerza el pronóstico de peligrosidad ya que el sujeto demuestra su capacidad criminal traducido en el injusto cometido; en segundo lugar, fortalece la vigencia del principio de legalidad ya que las medidas de seguridad se aplican sólo cuando concurren los requisitos establecidos en la ley; en este caso, unos de los requisitos lo constituye la presencia de un injusto, conforme a las legislaciones de nuestro entorno cultural; y finalmente, minimiza la función preventiva estatal en su lucha contra la criminalidad.

En conclusión, el factor “injusto típico”, sumado al factor “peligrosidad criminal” deben ser concebidos como integrantes indisoluble constituyente del presupuesto y fundamento de las medidas de seguridad, por ser compatible con la garantía penal de un Derecho penal de acto.

8.4.2. La concurrencia de la peligrosidad criminal como fundamento de la medida de seguridad

En un Estado de derecho sólo la peligrosidad criminal cualifica con precisión la peligrosidad referida a un juicio de pronóstico de que el sujeto llevará a cabo un injusto penal en el futuro. La peligrosidad criminal, la que se revela únicamente en la realización del injusto típico, constituye el fundamento de las medidas de seguridad; de suerte que constatado un injusto típico sin estar presente la peligrosidad criminal o no se evidencie en el sujeto un pronóstico de probabilidad de comisión a futuro, la imposición de la medida de seguridad carece de fundamento. Señala Muñoz Conde,⁶⁶⁴ que “conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental”.

La observancia exclusiva a la peligrosidad del agente para la imposición de una medida de seguridad, sin el correlato que impone el principio de legalidad del presupuesto objetivo del injusto penal deviene en inconstitucional: con ello, es posible que, bajo un discurso de política criminal efectiva se construyan estados de peligrosidad que en nada respondan a los criterios de una política criminal de necesidad.

663 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Medidas de seguridad y estado de derecho”, en AA.VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, págs. 363-364.

664 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, op. cit., p. 50.

La referencia del hecho objetivo (injusto penal) debe servir única y exclusivamente como referencia de la peligrosidad criminal del autor, pues ya como lo hemos comentado, la sanción, cualquiera sea su naturaleza, que tenga como único presupuesto el criterio de la peligrosidad resulta inconstitucional por estar nuestro Derecho penal asentado sobre las garantías del Estado de derecho y de las cuales se deducen un Derecho penal de hecho,⁶⁶⁵ en contraposición con las que impone un Derecho penal de autor.

8.5. Garantías que reviste la regulación de las medidas de seguridad

Al igual que con las penas, las medidas de seguridad deben revestirse de determinadas garantías los mismos que deben ser tenidos en cuenta en su formulación jurídica, dentro de un Estado social, y democrático de derecho. Garantías tales como la del principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, garantía de ejecución, la peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad y el principio de proporcionalidad.⁶⁶⁶

8.5.1. Legalidad de las medidas de seguridad

El principio de legalidad de las medidas de seguridad prohíbe que se pueda imponer a un inimputable o semiimputable, una medida de seguridad no prevista como tal en la ley penal. De cierto que el alcance del principio de legalidad en materia de medida de seguridad debe ser interpretado ampliamente comprendiendo a todos los demás principios que se derivan del mismo: a) La existencia de una ley que establezcan las medidas de seguridad, establecidas mediante un procedimiento regular preestablecido; b) La existencia de una ley previa (lex previa); de ello se deriva la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales en general; c) Las medidas de seguridad, en su formulación, deben de expresarse de la manera más clara, inequívoca y exhaustiva posible (lex certa); y d) La aplicación de la medida de seguridad por el Juez no debe rebazar los marcos establecidos por ley (lex stricta). Este principio prohíbe la aplicación por analogía de las medidas de seguridad. Ello se debe a que en la mayoría de las Constituciones políticas de nuestra cultura

665 La estructura sistémica del delito imperante en la actualidad parte de la acción del sujeto. Sólo sus hechos, y no lo que es o piensa, constituyen el fundamento de la sanción: tanto penas como medidas de seguridad.

666 BARREIRO, Agustín Jorge, "El sistema de sanciones en el código penal español de 1995", op. cit., pp. 104-105.

jurídica la prohibición de la analogía en materia penal es considerada como una garantía de la función jurisdiccional.

8.5.2. Jurisdiccionalidad de la aplicación de las medidas de seguridad

Se deriva de esta garantía el que nadie puede ser sometido al peso de una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso y a una sentencia que lo determine. El juez o Tribunal competente serán los llamados a aplicarla según los marcos establecidos legalmente.⁶⁶⁷

8.5.3. Garantía de ejecución de las medidas de seguridad

Implica que las medidas de seguridad ha de ejecutarse en la forma legalmente establecida. La garantía de ejecución debe orientarse a la adecuación permanente de la medida de seguridad a la evolución de la personalidad del sujeto, como al estricto condicionamiento de la misma por la subsistencia del pronóstico de peligrosidad que inicialmente la justificó.

En algunas legislaciones no constituyen problemas positivos la regulación de las medidas de seguridad. Sin embargo, las carencias o limitaciones económicas de determinados estados hacen imposible que los propósitos que se persiguen con ellas se materializen en términos objetivos.

8.5.4. Peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad

El fundamento de las medidas de seguridad se basa en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un injusto penal. Ello es así, porque nuestro Derecho penal es un derecho de acto y no de autor. Ello permite limitar a la política criminal en la construcción de estados de peligrosidad, como anteriormente lo hemos comentado.

8.5.5. Culpabilidad como baremo de las medidas de seguridad

Actualmente la doctrina divide su postura en relación a este punto. En cuanto a que si la medida de seguridad obedece a un presupuesto predelictual o

667 V. Gr. El art. V del título preliminar del C.P peruano establece que “solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en forma establecida en la ley”.

post delictual, la doctrina parece conciliar sus tesis a favor de esta última. Aunque algunas voces actuales persistan minimizar el presupuesto del hecho objetivo (injusto) considerándolo como un “síntoma” más de la peligrosidad criminal.⁶⁶⁸ Sin embargo, las tesis discordantes se centran en la defensa de quienes por un lado sostiene que las medidas de seguridad deben ser consecuentes con el principio de proporcionalidad, por lo cual al imponerse una medida, esta no puede resultar ni más gravosa ni de mayor duración de la pena que abstractamente debe corresponder al echo delictivo en el caso de que el sujeto fuere imputable.⁶⁶⁹ Por otro lado, se encuentran las tesis que pregonan la proporcionalidad de las medidas de seguridad con relación a la peligrosidad del sujeto.

Dentro de los defensores de la primera tesis (peligrosidad al hecho), con algunas variantes terminológicas, Muñoz Conde⁶⁷⁰ se inclina por admitir preferentemente al principio de culpabilidad como límite a la imposición de una medida de seguridad. En palabras del autor, “[...]me inclino porque el principio de culpabilidad, incluso paradójicamente, pueda servir de límite para la imposición de una medida de seguridad, en la medida en que se entienda que la idea de proporcionalidad, traducida en límites temporales fijados legalmente, también es, en cierto modo, una idea inmanente a la idea de culpabilidad.”

El considerar a la culpabilidad como presupuesto de las medidas de seguridad resulta comprensible ya que aproxima identidad entre las penas y las medidas de seguridad. Consecuentemente, las medidas de seguridad no podrán ser ni más ni menos gravosas ni de mayor duración de la pena que correspondería al autor en caso de ser imputable, con ello se vuelve nuevamente al principio de culpabilidad, situación que se desdibuja, ya que por detrás de la expresión “proporcionalidad”, lo que se pretende es una forma de limitación del poder del Estado frente a los inimputables.⁶⁷¹

668 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Sub Art. 6”, en Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO (Director)/ Agustín BARREIRO (Coordinador), *Comentario al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 40 y ss.

669 El art. 6.2, del Código penal español consagra el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

670 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, *Plenario de 03.09.1999 del XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho penal y Criminología*, Montevideo, p. 13.

671 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, *Op. cit.*, p. 12.

Sin embargo, autores como Figueredo Días,⁶⁷² sostienen que las limitaciones a las medidas de seguridad deben darse en el sentido que otorga el principio de proporcionalidad.

En efecto, es comprensible entender una cierta reserva en admitir a la culpabilidad como límites de las medidas de seguridad, por dos razones: la primera, conlleva el riesgo de identificar a la culpabilidad como categoría dogmática. En este sentido, se trata de un concepto meramente dogmático que se emplea para atribuir responsabilidad. La segunda, implica que en la actualidad se empieza a cuestionar la culpabilidad como categoría dogmática por cuanto su empleo terminológico admite varios sentidos.

Bibliografía utilizada en este tópico: CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, parte general, I*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1996; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental, V. II, Teoría general del delito e punibilidad*. 2ª ed., Bogotá: Ed. Temis, 1984; GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel e ALASTUEY DOBÓN, M. Cármen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *Curso de derecho penal español. Parte general*, dirigido por Manuel Cobo do Rosal. Madrid: Marcial Pons, 1996; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal e control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985; MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, plenario de 03.09.1999 do XI Congreso Latinoamericano e III Iberoamericano de Derecho Penal e Criminología. Montevideo: 1999; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000, 4ª Ed.), *Direito penal, parte general*. 4ª

672 DIAS, Jorge De Figueiredo, Opus cit., p. 158-159: “Las exigencias de defensa social ante la criminalidad constituyen, también ellas, un postulado del Estado de Derecho y de una política criminal eficiente y racional, por un lado. Por otro lado, [...] siendo la culpabilidad la buena forma de limitación del poder sancionador del Estado, no es todavía la única. Si lo fuera, el principio de culpabilidad [...] tendría que ser un principio jurídico-constitucional de todo el ordenamiento jurídico sancionador (civil, administrativo, etc.), y no lo es. Otras formas existen, en verdad, que no la de la exigencia de culpabilidad en sentido jurídico-penal de limitación del poder del Estado, también ellas pudiendo y debiendo ser reconducidas a expresiones de la eminente dignidad de la persona”. Es lo que sucede, nominadamente, con el *principio de proporcionalidad* [...] que preside, como señaló ya, a la aplicación de cualquier medida de seguridad.”

ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; POLAINO NAVARRETE, Miguel e POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Medidas de seguridad inoquizadoras para delinquentes peligrosos?” em *Revista peruana de doctrina e jurisprudencia penales*. n. 2, Lima: Grijley, 2001; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Diretor) e JORGE BARREIRO, Augustín (Coordenador). *Comentários al Código Penal*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997; SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad e el nuevo código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CAPÍTULO IX

SEMIIMPUTABILIDAD, MONISMO Y DUALISMO

9.1. Los supuestos de semiimputabilidad; Un problema no resuelto; 9.2. La reaproximación a un sistema unitario; 9.2.1. La crisis del sistema de doble vía; *a. La inexistencia de la figura del semiimputable; b. La afirmación del Estado de Derecho; c. El fraude de etiquetas*; 9.2.2. El sistema vicarial. Una forma de reducción del problema; 9.2.3. Las matizaciones actuales; *a. Los fines de prevención especial de las penas y de prevención general de las medidas de seguridad; b. La culpabilidad como baremo de la medida de seguridad*; 9.3. ¿De qué sistema unitario estamos hablando? La carretera circular y la escalera.

9.1. Los supuestos de semiimputabilidad. Un problema no resuelto

El concepto de imputabilidad todavía no está dotado de una absoluta uniformidad. Pero, es cierto que hay un gran número de intentos que hacen con que, al final, se pueda reconocer la presencia de algunos elementos imprescindibles a su configuración.

La imputabilidad se traduce, en general, como capacidad de culpabilidad, correspondiendo a la capacidad (genérica, psicológica y biológica) de comprender el carácter ilícito del hecho realizado y, además, a la capacidad (genérica, psicológica y biológica) de comportarse en acuerdo con esta comprensión.

673 “La imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de “semiimputabilidad” que se halle entre la imputabilidad y la inimputa-

Estas bases elementales de la imputabilidad no bastan, entre tanto, para la producción de seguridad jurídica, y ello porque las capacidades descritas son generalmente de difícil demostración. Para Roxin,⁶⁷³ la matización de la capacidad de control de algunos sujetos imputables, es lo que hace reconocerlos como semiimputables. En puridad, los identifica no como una categoría apartada al lado de los imputables e inimputables, sino como una variación del supuesto de imputabilidad. Para González Rus⁶⁷⁴ semiimputabilidad es “no la supresión total o la abolición de las facultades cognitivas o volitivas del sujeto [...] sino una más o menos sustancial aminoración de las mismas.”

Así que quedan supuestos en que, aunque no falte al sujeto capacidad de comprensión del ilícito o posibilidad de comportarse en acuerdo con ella, estas capacidades están comprometidas parcialmente. En estos supuestos ciertamente estamos delante de una matización sino de la imputabilidad, por lo menos, de la capacidad de su demostración.

Las hipótesis de contestación penal del sistema absoluto de doble vía no están preparadas para tales situaciones. En realidad no se puede aplicar la misma pena al sujeto plenamente consciente del delito realizado que al no la posee. Tampoco se le puede imponer solamente la medida de seguridad como consecuencia, ya que en cierta medida, el sujeto, al contrario que los inimputables, conocía – aunque parcialmente - la ilicitud de su comportamiento.

Estos supuestos de semiimputabilidad evidentemente no tenían solución justa ni adecuada dentro del sistema dualista, lo que hizo que la doctrina avanzara más en la búsqueda del desarrollo de la teoría de las consecuencias del delito.

bilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma. En consecuencia, cuando aún existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad[...].” ROXIN, CLAUS. (1997) *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª Ed. alemana, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas, Madrid, p. 839).

674 GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ. (1999), “Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad.” En *Actualidad penal*, n. 2, 11 a 17 de enero de 1999, p. 22.

9.2. La reaproximación de un sistema unitario

La polémica instalada respecto de los objetivos de la pena provocó un primer intento de reaproximación concretado en la *Terza Scuola* de Alimena e Carnevalle y en la Escuela sociológica de Von Liszt, que pueden ser considerados los precursores más remotos de una nueva migración hacia un sistema unitario de respuesta penal.⁶⁷⁵ Sus propuestas – principalmente las de Von Liszt - fueron muy criticadas, ya que su efectiva realización supondría un Estado totalitario.⁶⁷⁶

En efecto, los modernos impulsos de un Derecho penal que mira hacia sus consecuencias, tiene como consecuencia que continuamente se vuelve a plantear los propósitos y los efectos de las consecuencias penales. Por ello, en la actualidad, nadie se atreve a negar los objetivos de prevención especial y general de las penas.

Se pone comúnmente de relieve el objetivo resocializador de las penas que, a fin de cuentas, coinciden con los de las medidas de seguridad.

Esto ya se encuentra reflejado en la jurisprudencia española, conforme ejemplifica la sentencia del Juicio del Jurado de la Audiencia Provincial de Albacete de n. 1/1.999, donde se reconoce expresamente que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (TODAS), están orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”; lo que significa que si se impone una pena, esta debe estar orientada a la reeducación y reinserción social; si se impone una medida de seguridad privativa de libertad ha de ocurrir igual y si se impone una medida de seguridad no privativa de libertad, también ha de tender a lo mismo;[...]”

675 En ese sentido: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador); *et alli*, Opus cit., p. 355 : “En efecto, los modernos impulsos de un Derecho penal que mira hacia sus consecuencias, hace con que continuamente se vuelva a plantear los propósitos y los efectos de las respuestas penales. Por ello es que hoy nadie se atreve a negar los objetivos de prevención especial y general de las penas.”

676 En este sentido SIERRA LÓPEZ, María Del Valle. Opus cit., p. 119: “Las críticas a la teoría de von Liszt se centraron en la ambigüedad y excesiva amplitud del término. Consecuir todos los fines de prevención y retribución en la pena sólo era viable desde los planteamientos de un Estado totalitario.”

Por otro lado, en el ámbito de las medidas, se reconoce el problema sobre la fragilidad de sus límites. Es decir, se percibe la incompatibilidad del Estado de Derecho ante la situación de mantenimiento de las medidas de seguridad hasta que cese la peligrosidad, puesto que hay situaciones donde al inimputable se le aplicará una consecuencia delictiva más dañina (internamiento por más tiempo, por ej.) que al imputable.

Al final, como señalan Muñoz Conde y García Arán⁶⁷⁷ y Luzón Peña,⁶⁷⁸ la función de la norma penal hoy es reconocidamente la protección de bienes jurídicos y eso se produce a través de las finalidades preventivas especial y general expresas tanto en la pena cuanto en la medida de seguridad.⁶⁷⁹

Hay que plantearse entonces si estas matizaciones conducen o no a una vuelta al pasado en términos de sistema de responsabilidad penal.

9.2.1. La crisis del sistema de doble vía

En puridad, la doctrina en general apunta hacia la existencia de una “crisis del sistema doble vía”, que se manifiesta a partir de la incapacidad de solucionar adecuadamente los supuestos de semiimputabilidad, además de su fragilidad expresa en admitir la perversión del sistema a través de las desviaciones de utilización de sus instrumentos.

a. La inexistencia de la figura del semiimputable

Los supuestos de semiimputabilidad son construcciones que no reflejan una realidad concreta. A lo mejor, bajo todos los criterios que se pueda utilizar para identificarlo, las únicas conclusiones posibles son que el agente es motivable en contra del hecho delictivo en concreto, o no lo es.⁶⁸⁰

677 “Los fines de la pena coinciden en realidad con los del Derecho penal y se inscriben en la genérica función de protección de bienes jurídicos.” MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. Opus cit., p. 568.

678 “La norma jurídicopenal, frente a lo que actualmente se repite con frecuencia, en las sociedades democráticas no tiene una función de mero *control social* (de ‘conductas derivadas’) o, aún peor, de pura dominación o represión, sino que cumple o intenta cumplir la *función de protección* de bienes jurídicos importantes, [...]” LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL (1996), *Curso de Derecho penal, Parte General I*, Ed. Universitas, S.A. : Madrid, p. 68.

679 “El logro de la finalidad preventiva – general y especial – asignada a las penas y medidas de seguridad es el procedimiento por el que las normas penales intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos.” LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL (1996), Opus cit., p. 69.

Los Tribunales lo matizan bajo la idea de semiimputabilidad, debido a su incapacidad de identificar, en algunos casos, lo que efectivamente ha pasado. No se puede olvidar que el proceso es una reconstitución del hecho delictivo, que sólo es posible en el plan objetivo y que todo lo que pertenece al ámbito subjetivo de la responsabilidad penal, incluso la imputabilidad, sólo puede ser identificable a través de análisis de lo que hay de objetivo. Muchas veces, los análisis de los especialistas psiquiatras o psicólogos no pueden afirmar con seguridad la capacidad de motivación del sujeto. De ese modo, si no hay una base sobre la cual se pueda sostener las afirmaciones de inimputabilidad, hay indicios de que el sujeto no procesa la motivación de modo ordinario. Es decir, se reconoce una semiimputabilidad como término medio.

La consecuencia es que no se puede aplicar ni la pena misma, como se hace a los imputables, puesto que se reconoce la peligrosidad de su incapacidad de motivación añadida al comportamiento contrario a derecho (pronóstico de futuros delitos), tampoco son aplicables las medidas de seguridad, ya que en estos casos de lo que se trata no es exclusivamente prevención especial, sino también, en cierta medida, prevención general negativa y positiva.

Al final, las soluciones se encuentran en una mezcla de las dos. Se matiza la aplicación de la pena, sea en grados, en los sistemas en que los hay, sea en fracciones de la pena, donde lo manejan así, pero añadiendo la medida de seguridad que corresponde a su peligrosidad. Con esto se produce una contradicción en las justificativas de las consecuencias del delito.

680 En este sentido: QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMIN Y PRATS CANUT, J. MIGUEL. (1999) *Manual de Derecho penal, parte general*, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 556: “Siempre ha sido difícil el tratamiento penal de las situaciones de semiimputabilidad, ante todo porque el concepto mismo de semiimputable es bastante artificioso, ya que en puridad, aun con sus dificultades conceptuales, *la imputabilidad existe o no existe*. Si difícil es, tal como en si lugar vemos, buscar unas bases sólidas sobre las que construir el concepto de imputabilidad, y ello se hace usando ideas tan hábiles como las de libertad, motivación, actuación con arreglo a sentido, distinción entre significados positivos y negativos, resulta imposible pretensión la de construir un concepto como el de semiimputabilidad que pretende reducir parcialmente esos mismos elementos. En suma pues, la semiimputabilidad no tiene otra explicación técnica que la de servir de solución de pretendida justicia material y proporcional para aquellos casos en los que los Tribunales penales abriguen dudas sobre al concurrencia de la imputabilidad, mas en modo alguno es viable la construcción de un concepto que, dicho en palabras vulgares, etiquetaría penalmente al ‘medio-loco’ o al ‘medio drogadicto’ o al ‘medio carente de conciencia de la percepción’[...]”.

“La situación no puede ser más paradójica: primero se le dice al delincuente que la pena que se le va a imponer viene limitada por su culpabilidad y que esta pena, entre otros fines, tiene como “fin primordial” su reeducación y reinserción social: luego se le dice que para conseguir esta meta es necesario, además, una medida superior en gravedad y extensión a la pena propiamente dicha.”⁶⁸¹

Esto pone de relieve, desde luego, que la artificial creación del concepto de semiimputabilidad lleva inexorablemente al problema de la consecución de una respuesta satisfactoria a las finalidades del Derecho penal sin sobrepasar la barrera de las garantías individuales.

b. La afirmación del Estado de Derecho

Hay que tener en cuenta que para la aplicación de medidas de seguridad y de penas simultáneamente es necesario respetar todas las garantías del Estado de Derecho.⁶⁸² Es decir, se debe atender a todos los principios desarrollados por las construcciones que se fueron sucediendo en estos ámbitos, analizando los propósitos de prevención especial, prevención general positiva y negativa e incluso de retribución, cuyo rótulo, por estigmatizado, ha sido negado por muchos autores. No obstante, como señala García Arán,⁶⁸³ esta idea aún es parte de la realidad jurídico penal.

Con la concepción tradicional del modelo dualista se cuestiona la base del Estado de Derecho ya que se limita la pena a la culpabilidad del sujeto y se añade, a continuación, una respuesta ilimitada, regulada tan sólo por su peligrosidad. Sin embargo, Figueiredo Dias⁶⁸⁴ discrepando de esta idea, apunta

681 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo”. En *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, p. 60.

682 En este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Idem*, p. 86. “[...] las garantías jurídico-formales del Estado de Derecho deben ser observadas tanto a la hora de imponer una pena, como de imponer una medida.”

683 “Aunque la doctrina penal se empeñe en considerar superada la retribución como un *objetivo* a perseguir que pueda prevalecer sobre otras orientaciones de la pena, lo cierto es que la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social del responsable y, en suma, el sentimiento de venganza, sigue estando considerablemente arraigado en la sociedad actual, sin que la mayoría de fuerzas políticas realice excesivos esfuerzos por evitar tal clase de discurso.” GARCÍA ARÁN, Mercedes. (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Aranzadi Ed., Pamplona, p. 43.

684 DIAS, Jorge De Figueiredo. *Opus cit.*, p. 158.

los argumentos con que en general se critica el sistema dualista. Y lo hace en estos términos:

“... la realidad es que cualquier sistema dualista en la acepción ahora definida [...] está hoy sujeto a una crítica pesada, centrada sobretudo en la consideración de que, bajo esta forma, se ponen irremediamente en causa el principio de culpabilidad y los fundamentos político-constitucionales en que este se asenta. No hay sentido, se argumenta, en aplicar una pena estrechamente vinculada al *principio da culpabilidad*, para después completarla o complementar con una medida de seguridad que, por definición, no está limitada por culpabilidad y se basa en una calidad “naturalística” de la personalidad del agente como es la de su peligrosidad social.”⁶⁸⁵

La burla al sistema de garantías también es evidenciada por Muñoz Conde:

“Si la medida privativa de libertad puede ser de mayor duración que la pena propiamente dicha, e incluso de duración ilimitada, entonces está claro que el sometido a ellas puede llegar a ser de peor condición que el condenado con una pena. Pero si la medida privativa de libertad puede además imponerse para ser ejecutada una vez cumplida una pena de la misma naturaleza, entonces no sólo se grava más al condenado, sino que se produce una auténtica burla de los principios y garantías del Estado de Derecho.”⁶⁸⁶

De esto, se puede invocar la construcción retribucionista, que ha contribuido con la limitación de la respuesta penal, estableciendo los límites de la culpabilidad como referencia para la aplicación de la pena, que no puede, en cualquier caso, superarla.

Por su parte, también los postulados preventivos imponen su limitación por el ámbito de la intervención mínima, es decir, que el Derecho penal debe ser limitado por la necesidad de resocialización del sujeto penado y de necesidad de prevención general.

685 N.A. Trad.- “Bien, la verdad es que cualquier sistema dualista en la acepción acabada de precisar [...] está hoy sujeto a una crítica pesada, centrada sobre todo en la consideración de que, por esta forma, se ponen irremediamente en duda el principio de culpabilidad y los fundamentos político-constitucionales en que este reposa. No hace sentido, se argumenta, aplicar una pena estrictamente sujeta al *principio de culpabilidad*, para después la complementar con una medida de seguridad que, por definición, no está limitada por la culpabilidad y se funda en una cualidad “natural” de la personalidad del agente como es la de su peligrosidad social.”

686 MUÑOZ CONDE, Francisco. (1985), Opus cit., p. 57.

Además, modernamente, la referida resocialización no tiene el carácter de mera “reeducación” en cuanto manipulación del individuo, sino mejor, debe tener en cuenta bien los factores desocializadores de la cárcel, bien los derechos fundamentales del hombre. Así señala Baratta:

“La ‘reinserción’ del desviado, en cuanto idea orientadora de las intervenciones institucionales, podría ser realizada bajo dos condiciones. La primera consiste en que sea definitivamente abandonada la ilusión de poder ‘reeducar’ en el interior del sistema penal [...]. La segunda condición es que el concepto de ‘reinserción social’ sea interpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado de derecho y, en particular, del principio *dinámico* de igualdad y del principio de dignidad del hombre.”⁶⁸⁷

Cualquier respuesta penal que sobrepase estos límites vulnera el Estado de Derecho. Y para Muñoz Conde y García Arán es en nombre de esta afirmación del Estado de Derecho, es decir, de la constante lucha que se trava contra la pérdida de garantías individuales que “se propone hoy dotar a las medidas de seguridad, en general, a cualquier tipo de sanciones, que de hecho en nada se diferencian de una pena, de los mismos límites y garantías de carácter material y formal que se exigen para al imposición de una pena.”⁶⁸⁸

c. El “fraude de etiquetas”

Fueron precisamente los supuestos de semiimputabilidad los que permitieron la identificación de situaciones denominadas como “fraude de etiquetas”. Así señala Antolisei:

“Las críticas no se dirigen sobre las medidas de seguridad que se aplican aisladamente a los inimputables menores de edad o enfermos mentales; se refieren a las medidas que se *acumulan* con las penas, o sea, a las referentes a los delincuentes particularmente peligrosos (habituales, profesionales y por tendencia), por una parte; por otra, a los condenados a una pena atenuada por menor edad o semienfermedad mental.

687 BARATTA, Alessandro, (1984). “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. En *Cuadernos de política criminal*, n. 24, , Edersa Ed.es de Derecho reunidas, Madrid, p. 547.

688 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Opus cit., p. 61.

689 ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal, parte general*, Traducción española del original “Manuale di Diritto Penale”, por Juan del Rosal y Ángel Torío. (1960), Ed. Uteha, Buenos Aires, p. 578-579.

Por lo que refiere a las medidas de seguridad establecidas para el primer grupo de delincuentes, se aduce que estos acuerdos son totalmente semejantes a las penas, de las que no difieren sino por particularidades secundarias, casi insignificantes y en su mayor parte queridas por quienes las han establecido: sustancialmente son la misma cosa, por tener idéntico contenido.”⁶⁸⁹

Con el uso del sistema dualista puro, a los sujetos no motivables completamente - o, al menos, a aquellos que no se les puede probar la capacidad completa de motivación por la norma pero, considerados peligrosos - debía imponérseles pena y medida de seguridad. Pero, lo que pasaba es que se les imponía la pena - limitada temporalmente - y después de cumplida esta, se venía la aplicación de la medida de seguridad - esta sí, ilimitada.

Advierte Jorge Barreiro:

“El sistema dualista, de penas y medidas de seguridad, tiene el inconveniente o riesgo de conducir a la intolerable doble privación de libertad respecto a una misma persona, cuando se da la concurrencia entre pena y medida de seguridad privativas de libertad. La doctrina penal ha llegado a hablar de las graves consecuencias de un fraude de etiquetas, y que bajo la nomenclatura de una pena y de una medida de seguridad se puede llegar a la doble privación de libertad respecto a un mismo sujeto por un mismo hecho.”⁶⁹⁰

En el mismo sentido sigue la advertencia de Muñoz Conde y García Arán:

“[...] las medidas de seguridad [...] pueden ser representadas asépticamente [...] como medidas “benefactoras” dirigidas a “curar” al peligroso, porque ése es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado “fraude de etiquetas”, es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos.”⁶⁹¹

Al final, se trata de un hábil mecanismo dirigido a burlar la prohibición de las condenas perpetuas, puesto que el reconocimiento de la peligrosidad del

690 JORGE BARREIRO, Augustín. (2000), “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”. En *Actualidad penal*, n. 23, 5 a 11 de junio de 2000, p. 507-508.

691 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Opus cit., p. 656.

sujeto, en determinados Estados intervencionistas, podría llevar a alejar indefinidamente de la sociedad a los enemigos del sistema.

“La doctrina penal alude a la crisis del sistema de doble vía cuando se trata de las medidas de seguridad privativas de libertad: en el caso de concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad, dando lugar a una doble privación de libertad respecto a un mismo sujeto, aunque esta objeción se puede subsanar con la entrada en juego del sistema vicarial; y porque, en la práctica es muy difícil distinguir entre pena y medida de seguridad privativas de libertad, si la medida se ajusta a las exigencias de ejecución penitenciaria. Esto último ha dado lugar a que la doctrina penal se refiera al “fraude de etiquetas”, del que empezó a hablar KOHLRAUSH (*Sicherungschaft*, ZStW 44, 1924, p. 33).⁶⁹²

Independientemente de que se nomine pena o medida de seguridad, la realidad es que el internamiento por período ilimitado efectivamente contiene una condena perpetua disfrazada y que este problema fue detectado hace mucho tiempo.

Con el fraude de etiquetas se rompe evidentemente el límite del principio de culpabilidad, como alerta Roxin:⁶⁹³

“Un derecho penal de la culpabilidad pierde toda su credibilidad cuando, a través del simple hecho de rotularlas de “medidas”, impone a su albedrío enclaustramientos de larga duración sin cualquier respeto por los límites del Estado de derecho, con relación a los cuales y solamente por ellos es digno conservarse el principio de culpabilidad.”⁶⁹⁴

Así, la admisión de supuestos de esta naturaleza pone de relieve un claro retroceso en la escala evolutiva del Derecho penal, y por ello, es inadmisibles.

692 JORGE BARREIRO, Augustín. Opus cit., p. 507-508, nota 54.

693 ROXIN, CLAUD. (1998) *Problemas fundamentais de Direito penal*, 3a Ed. traducción para el portugués por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ed. Vega, Lisboa, p. 42.

694 N.A. Trad.- “Un Derecho penal de la culpa pierde toda su credibilidad cuando, a través del simple hecho de rotularlas de ‘medidas’, impone su albedrío aprisionamientos de larga duración sin cualquier respeto por los límites del Estado de derecho, en relación a los cuales y sólo por ellos es digno conservarse el principio de la culpa.”

695 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Opus cit., p. 660.

9.2.2. El sistema vicarial. Una forma de reducción del problema

Según Muñoz Conde y García Arán,⁶⁹⁵ el sistema vicarial consiste básicamente en “evitar que la duración de la pena y de la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de libertad. Básicamente, el sistema vicarial consiste en comenzar por la aplicación de la medida y computar el período de internamiento como cumplimiento de la pena; la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista por el Código penal para el delito”, el que, sin duda, limita considerablemente los excesos que puede ocasionar el dualismo.

Para Figueiredo Dias,⁶⁹⁶ este sistema resuelve satisfactoriamente las contradicciones del mecanismo dualista. Sin embargo, no se trata de una solución definitiva, sino mejor síntoma de la necesidad, cada vez más intensa, de retorno a una respuesta unitaria al delito.

Evidentemente, el sistema dualista puro, al admitir estas situaciones de perversión de los mecanismos de respuesta penal, no tenía cabida en un Estado social democrático de Derecho. Con la intención de complementar y resolver o, al menos, minimizar los problemas planteados por los supuestos de semiimputabilidad, se aplica el sistema vicarial.

Para Sierra López⁶⁹⁷ el sistema vicarial es una vía intermedia de compromiso entre el monismo y el dualismo, pero que implica en la superación de estos dos sistemas.⁶⁹⁸ Sin embargo, el mencionado sistema es, en puridad, una

696 “O problema do dualismo [...] está [...] em lograr uma correta articulação entre a pena e a medida de segurança [...]. Essa articulação é alcançável através de um equilibrado sistema de *vicariato na execução*.” N.A. Trad.- “El problema del dualismo [...] está [...] en lograr una correcta articulación entre la pena y la medida de seguridad [...]. Esa articulación es alcanzable a través de un equilibrado sistema de *vicariato en la ejecución*.” DIAS, Jorge De Figueiredo. Opus cit., p. 159.

697 SIERRA LÓPEZ, María Del Valle. Opus cit., p. 123: “[...] la vicarialidad aparece como una situación de ‘compromiso’ entre los sistema dualista y monista, como un sistema que manteniendo los presupuestos del sistema dualista – pena y medida, culpabilidad y peligrosidad – conduce de hecho, en su puesta en práctica a un sistema monista [...]”

698 Idem, p. 126: “Esta vicarialidad surgió como sistema de superación del dualismo y del monismo – pues se demostró que un sistema dualista sería poco claro en la ejecución, aunque el mismo tiempo también el monista no lo sería en la condena - .”

matización del sistema dualista,⁶⁹⁹ puesto que al final, trabaja con dos especies de consecuencias del delito: las penas y las medidas de seguridad. La aplicación de este sistema se produce de manera más racional ya que determina el cumplimiento inicial de la medida de seguridad, cuyo período de internamiento será después rebajado del total de la pena que queda por cumplir, de modo que no se puede sobrepasar el total de pena, que responde a la culpabilidad como límite y, al mismo tiempo, se atiende a las necesidades de internamiento en razón de la peligrosidad.

Es cierto que se podría argumentar que, a lo mejor, al concluir el período de internamiento donde no se logra la cesación de la peligrosidad del sujeto, no se le podría mantener bajo prisión o internamiento, volviendo por ello a constituir un peligro para la sociedad. Pero, esto no es distinto de las hipótesis en que la pena, aplicada aisladamente, no logra sus propósitos de resocialización del sujeto, supuesto este que ocurre comúnmente y que no nos choca en absoluto. Los índices de reincidencia están ahí para demostrarlo y nadie va a sostener que por esta razón, se deba mantener detenidos a los sujetos que han cumplido su condena.

9.2.3. Las matizaciones actuales

Como hemos apuntado, hoy día se pretende buscar una aproximación entre las hipótesis de penas y de medidas de seguridad. Figueiredo Dias⁷⁰⁰ apunta la inexistencia de diferencias fundamentales entre penas y medidas de seguridad, sino apenas en el ámbito de la preferencia entre las funciones de prevención. Afirma:

“[...] en materia de finalidades de las reacciones criminales, no existen diferencias *fundamentales* entre penas y medidas de seguridad. Diferente es tan sólo la *forma de relacionamiento entre las finalidades de prevención general y especial*. En la pena, la finalidad de prevención general de integración asume el primer e indiscutible lugar, en cuanto finalidades de prevención especial de

699 La propia Sierra López lo reconoce de modo implícito, cuando apunta en el elenco de las críticas que se suele hacer a la propuesta vicarial, el abandono del dualismo. “Las objeciones al sistema vicarial se centraron en el ámbito de sus consecuencias jurídicas. Si se ejecuta en primer lugar la medida de seguridad y se abona su tiempo de cumplimiento al de la pena, se llegará a quebrantar el sistema dualista, y conducirá a una vuelta al monismo en la ejecución.” *Ibidem*, p. 124.

700 DIAS, Jorge De Figueiredo. *Opus cit.*, p. 154.

cualquier especie solamente actúan en el interior del marco que se construye dentro del límite de la culpa, pero en base exclusiva de aquellas finalidades de prevención de integración. En la medida de seguridad, diferentemente, las finalidades de prevención especial (de socialización y de seguridad) toman lugar absolutamente dominante, no quedando todavía excluidas consideraciones de prevención general de integración bajo una forma que, a muchos títulos, se aproxima de las (o mesmo se identifica con las) *exigencias mínimas de tutela del ordenamiento jurídico.*”

Esto se produce porque la pena ha adquirido tintes preventivo especiales muy intensos, principalmente en el momento de la aplicación de las penas, derivados de las hipótesis de peligrosidad que se reflejan en las medidas de seguridad. Es prácticamente unánime la opinión de que la pena aplicada hay de ser la mínima necesaria para obtener una respuesta preventiva general y especial.

Para algunos autores, como Muñoz Conde y García Arán,⁷⁰¹ la primacía de este o aquel objetivo de la respuesta penal es una cuestión relacionada con el momento que está bajo análisis, es decir, la prevención general prevalece en el ámbito de la aplicación judicial de la consecuencia del hecho delictivo en cuanto que la prevención general suele prevalecer en el ámbito de su ejecución.⁷⁰²

701 “El conflicto entre prevención general y prevención especial en la determinación *judicial* de la pena es prácticamente irresoluble si se pretende conseguir ambos objetivos a la vez *en ese momento*. El conflicto entre prevención general y especial es el conflicto entre el interés de la colectividad y el interés del individuo que el ordenamiento jurídico debe resolver *en su conjunto*, pero que no puede confiar a la decisión sobre la pena concreta aplicable al individuo concreto: en ese momento, o prevalece el individuo o prevalece la colectividad.” GARCÍA ARÁN, Mercedes. (1997), *Opus cit.* p. 66.

702 “No se puede hablar, por tanto, de una función única, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece. *En el momento de la amenaza penal*, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de *prevención general negativa*, pues se intimida a los miembros de la comunidad, [...] predominando *en la aplicación de la pena* la idea de *retribución* o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo [...] prevención especial, [...]” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Opus cit.*, p. 55.

De otro lado, las medidas de seguridad también exigen un límite, pues no se puede concebir que los individuos completamente motivables reciban una respuesta penal (pena) limitada por la culpabilidad y aquellos que realizaron un hecho idéntico, pero sin comprenderlo reciban una respuesta ilimitada, “hasta que cese la peligrosidad”. Así, estos supuestos van a buscar un concepto limitador en la culpabilidad, referido básicamente en la pena.

Se procura atender a los supuestos de semiimputabilidad con la misma orientación de política criminal que se aplica a las hipótesis de imputabilidad o inimputabilidad. Además de la importancia inherente a la prevención general en el momento de la aplicación de las consecuencias del delito, también se reconoce la primacía de la prevención especial en el ámbito de su ejecución.

Así por ejemplo, en España, se admite que una vez cumplida la medida de seguridad y obtenida la resocialización del sujeto a través de la cesación de su peligrosidad, queda sin cumplir la pena que le corresponda.

Jorge Barreiro identifica una clara tendencia monista en el Código Penal español de 1995, cuando señala:

“El CP de 1995 se adscribe al modelo de dualismo (pena y medida de seguridad) tendencialmente monista, restrictivo en cuanto al ámbito de aplicación de las medidas de seguridad (previstas sólo para los sujetos inimputables y semiimputables) y con la novedad de integrar en el CP (Título IV del Lib. I: arts 95-108) un sistema global relativo a las medidas de seguridad, abandonando la dispersión y la técnica de legislación especial (Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) que había sido tradicional en el Derecho penal español.”⁷⁰³

En el mismo sentido, Muñoz Conde y García Arán identifican en las tendencias actuales que se está llegando, de hecho, a un monismo.⁷⁰⁴

703 JORGE BARREIRO, Agustín. Opus cit., p. 513.

704 “Se llega así, de hecho, a un Derecho penal monista en el que las penas y medidas de seguridad, aunque distintas en sus presupuestos, se unifican en su ejecución, creándose un sistema combinado de penas y medidas, en el que éstas sólo son, en principio, aplicables como sustituto de la pena cuando el sujeto del delito no sea responsable del mismo, pero sí peligroso, aunque siempre guardando la debida proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido, no pudiendo ser más gravosas ni durar más que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6, 2 Cp). Excepcionalmente, la medida de seguridad se puede también imponer también juntamente con la pena, cuando sean de distinta naturaleza y, por tanto, compatibles en su cumplimiento simultáneo o, en el caso de que

Esto proviene del reconocimiento de idénticas finalidades de la pena y de la medida de seguridad a que alude Quintero Olivares,⁷⁰⁵ pues, si con las dos se pretende la resocialización y con la medida de seguridad ya se ha obtenido, la eventual aplicación de la pena vulnera al principio de intervención mínima.

a. Los fines de prevención especial de las penas y de prevención general de las medidas de seguridad.

Evidentemente, las teorías relativas demuestran que a la peligrosidad del agente debe responder la medida de seguridad, con el propósito de tratarlo y reintegrarlo al seno de la comunidad.

El mismo sentido se aplica a la pena puesto que ésta no puede ser simplemente un mal que corresponde “parnasianamente” a otro, sino que debe tener un propósito más auspicioso. Se propone entonces que su propósito es la resocialización del individuo cuyo comportamiento se ha desviado de los pretendidos socialmente.

Claro que este propósito como único sentido de la pena puede llevar a situaciones que la crítica no tardó en apuntar. De un lado se cuestiona qué sentido tiene entonces la aplicación de la pena en supuestos donde el sujeto no necesita de ninguna clase de resocialización, es decir, cuando está perfectamente integrado en su comunidad? Por otro lado, se pretende ver además, en que dirección se resocializa el individuo y se cuestiona ¿los verdugos nazi no estaban perfectamente integrados en su comunidad?

Estos planteamientos llevan a concluir que no sólo de prevención especial vive la pena, pero que no se la puede desconsiderar, principalmente, en el ámbito de la ejecución. Si el sistema penal como un todo tiene como misión la

ambas sean privativas de libertad (internamiento psiquiátrico y prisión para un enfermo mental semiimputable), haciendo cumplir en primer lugar la medida y luego computando su tiempo de duración de la pena (*sistema vicarial*);” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Opus cit.*, p. 61.

705 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *et alli*, *Opus cit.*, p. 557: “A nuestro modo de ver, todo el esquema teórico del dualismo se apoya en ficciones carentes de rigor necesario, pues ni existen en realidad diferencias de finalidades entre las penas y las medidas. El dualismo ‘puro’ se puede mantener en la medida en que se defienda la pena retributiva como algo distinto de la medida ‘educadora o inocuidadora’, pero, si, se confiere a ambas misiones similares [...] resultará secundario el que a un sujeto se le aplique una pena o una medida, pues lo realmente importante, y así entramos en la senda del monismo político-criminal, será el contenido, función y duración del tratamiento.”

reducción de la criminalidad, en los supuestos de ejecución de la consecuencia criminal, cualquiera que sea el mecanismo elegido - pena o medida de seguridad - hay que pretenderse la resocialización del autor del delito.

Por ello no se puede negar que las penas han incorporado aspectos que originalmente han pertenecido a las medidas de seguridad.

También es verdad que las medidas de seguridad cumplen funciones que provienen de las formulaciones originales de las penas.

Es reconocido generalmente que las penas cumplen una tarea de prevención general negativa, consistente en desmotivar al individuo en general para que no repita comportamientos idénticos a aquél que produce la consecuencia penal. Lo mismo sucede con las medidas de seguridad, puesto que la aplicación de una medida distinta de la pena, para las personas cuya capacidad de culpabilidad es de diferente orden a de las consideradas capaces de sufrir la pena, también refuerza su convicción de que para estos individuos que no tienen la capacidad obnubilada no será necesaria la aplicación de la pena. En este sentido sostiene Muñoz Conde:

“Si en un momento histórico determinado se consideró que el enfermo mental, el menor de edad, o el que actúa en error inevitable de prohibición no eran culpables y, por lo tanto, no debían ser castigados con una pena, ello no se hizo para debilitar la prevención general, sino precisamente por lo contrario: porque el efecto intimidatorio general y la fe de los ciudadanos en el Derecho se robustecen al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás que son la mayoría que no se encuentra en dicha situación.”⁷⁰⁶

Así se puede concluir que tanto la pena cuanto la medida de seguridad están cargadas de funciones semejantes en lo que refiere a los aspectos de la prevención.

b. La culpabilidad como baremo de la medida de seguridad.

Finalmente, en el ámbito de la aplicación de la medida de seguridad, la limitación de su aplicación de conformidad con el sistema vicarial, produce también una aproximación de las penas y de las medidas de seguridad.

En efecto, la culpabilidad como parte subjetiva del delito, hace suponer la aplicación de la pena.

De otro lado, no se puede olvidar que más que un elemento del delito, la culpabilidad también se encuentra en el ámbito principiológico, considerada como un baremo limitador de excesos, que sirve bien para evitar las aplicaciones desmedidas de consecuencias delictivas o bien para prohibir la responsabilidad penal meramente objetiva.

El principio de culpabilidad fue desarrollado por la Escuela Clásica y evidentemente no se puede encontrar en los escritos de los penalistas de este período cualquier referencia a las medidas de seguridad porque estas fueron posteriores históricamente a ello.

De cualquier forma, no se puede dejar de reconocer su aplicabilidad a esta forma de respuesta penal, por el contrario estaríamos hablando de un retroceso en el progreso científico penal y abriendo campo justo para los excesos cometidos en el ámbito de la Escuela Positiva que llevaron, por ejemplo, al Derecho penal de autor.

La culpabilidad, por tanto, tiene aplicabilidad en el ámbito de la medida de seguridad bajo la forma de principio limitador del Derecho penal. Esto porque, sería una situación demasiado paradójica ver el sistema jurídico penal responder limitadamente a los hechos delictivos realizados por personas que tienen absoluta conciencia de estar contrariando el ordenamiento jurídico, y responder ilimitadamente a aquellos que no lo pueden comprender o reaccionar de acuerdo con esta comprensión.

Se reconoce hoy que la culpabilidad limita también la aplicación de la medida de seguridad que no puede ser más gravosa que la pena a que correspondería el supuesto si el sujeto fuera imputable.

Entonces, como una balanza que hay que mantenerse equilibrada, cuyos platos sostienen de un lado el hecho delictivo cometido y de otro su consecuencia penal, la culpabilidad sirve de referencia tanto a la pena como a la medida de seguridad.

Sin embargo, autores como Figueiredo Dias⁷⁰⁷ apuntan en el sentido de que esta limitación de la medida de seguridad debe darse por el principio de proporcionalidad y no a través de la culpabilidad.

707 DIAS, Jorge De Figueiredo, *Opus cit.*, p. 158-159: "Las exigencias de defensa social ante la criminalidad constituyen, también ellas, un *postulado del Estado de Derecho y de*

En efecto, es comprensible una cierta reserva en admitir la culpabilidad como límite de las medidas de seguridad, por dos razones. La primera, que la expresión conlleva el riesgo de confusión con la culpabilidad como elemento del delito, que sirve, sin duda, sólo para los supuestos de imputabilidad. La segunda, que en la actualidad se empieza a cuestionar la culpabilidad como categoría en el ámbito del delito, una vez que es un concepto muy fluido⁷⁰⁸ y que admite los más distintos contornos,⁷⁰⁹ como puso de relieve Muñoz Conde en su trabajo presentado en el XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho penal y criminología.

Entretanto, aún parece preferible hablar de principio de culpabilidad. Esto porque, se trata de la culpabilidad como principio y no como categoría del delito, siendo que lo que se suele criticar en la doctrina moderna es esta última.

Además, la expresión proporcionalidad tampoco es capaz de generar seguridad semántica, pues ¿a qué proporcionalidad se refiere en el ámbito de la medida de seguridad? ¿Qué la medida sea proporcional al delito que su peligrosidad apunte como posible de nueva realización? ¿Al delito que ha realizado? ¿A su grado de peligrosidad?

una política criminal eficiente y racional, por un lado. Por otro lado, [...] siendo la culpabilidad la forma buena de limitación del poder sancionador del Estado, *no es todavía la única*. Si lo fuera, el principio de culpabilidad [...] tendría que ser un principio jurídico-constitucional de *todo* el ordenamiento jurídico sancionador (civil, administrativo, etc.), y no lo es. Otras formas existen, en puridad, que no la de la exigencia de culpabilidad en sentido jurídico-penal de limitación del poder del Estado, también ellas pudiendo y debiendo ser reconducidas a expresiones de la eminente dignidad de la persona. Es lo que sucede, nominadamente, con el *principio de proporcionalidad* [...] que preside, como señalé ya, a la aplicación de cualquier medida de seguridad.”

708 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, Plenario de 03.09.1999 del XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho penal y Criminología, Montevideo, p. 4: “[...]podemos cuestionar en la categoría de la culpabilidad una realidad latinoamericana llena de desigualdades e injusticias sociales, en la que el poder hegemónico se concentra en muy pocas manos y siempre en perjuicio de mayorías que no llegan a tener ni siquiera lo mínimo necesario para su supervivencia.”

709 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, Opus cit., p. 5: “Creo que obviamente el concepto de culpabilidad ubicado en el sistema nazi o en la Alemania democrática, es un concepto que admite diferentes contenidos.”

Por trás de la expresión “proporcionalidad” lo que se pretende es una forma de limitación del poder del Estado frente a los inimputables, que es reconocido por Muñoz Conde como una “tarea prioritaria del Estado de Derecho.”⁷¹⁰

Y esa forma de limitación de la intervención estatal es justamente expresada bajo la forma de no permitir que los límites temporales de la medida de seguridad sobrepasen aquellos que serían fijados en base a la culpabilidad para la hipótesis de que el sujeto fuera imputable. Se conduce, de este modo, de vuelta al principio de culpabilidad.⁷¹¹

El principio de culpabilidad, como expresión más elaborada donde está contenida la idea de proporcionalidad es una expresión, por lo tanto, más adecuada a servir de límite a todas las categorías de respuestas penales a las realizaciones delictivas.

9.3. ¿De qué sistema unitario estamos hablando? La carretera circular y la escalera

Impelido principalmente por las dificultades provenientes de los supuestos de semiimputabilidad, cada vez más las consecuencias delictivas del Derecho penal se aproximan a un sistema unitario, donde la respuesta a los supuestos tiene misiones, características y dimensiones semejantes. Muñoz Conde viene desde mucho tiempo defendiendo que un sistema unitario incluso es obediente a las modernas tendencias del Derecho penal.⁷¹²

710 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, *Opus cit.*, p. 12.

711 En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, *Opus cit.*, p. 13: “[...] me inclino porque el principio de culpabilidad, incluso paradójicamente, pueda servir de límite para la imposición de una medida de seguridad, en la medida en que se entienda que la idea de proporcionalidad, traducida en límites temporales fijados legalmente, también es, en cierto modo, una idea inmanente a la idea de culpabilidad.”

712 “En el fondo, la equiparación de la finalidad de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir a un sistema monista que superase la contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Ello sería, por lo demás, perfectamente coherente con un planteamiento funcionalista en el que el efecto de una institución aporta siempre su fundamento.” *Idem*, p. 59.

Cuando se reconoce en las medidas de seguridad limitaciones de principios desarrolladas teniendo en vista los imputables, hay que admitirse una aproximación de la forma de la pena.

De otro lado, cuando se reconoce en la pena objetivos resocializadores, estos objetivos se muestran muy cercanos de los que se suele admitir para las medidas de seguridad.

El propio concepto moderno de resocialización tiene el sentido de permitir una integración social del penado, es decir, una recuperación de su valor social, de su capacidad de vivir soportando las reglas sociales, aunque discordando de ellas. No se tiene la idea de reeducación o de sumisión del penado, sino mejor se parte de un modelo de resocialización que tiene en cuenta la dignidad del hombre y el principio dinámico de igualdad.⁷¹³

Se podría pensar que está en curso un proceso de retroacción a algo ya vivido como una vuelta al punto de partida de donde no se debería haber salido. Como una carretera circular. Al final, sólo hay una manera de responder al delito, independientemente del rótulo que se le pueda dar. Habría de reconocerse un rotundo fracaso en la experiencia de las medidas de seguridad.

Pero, si se detiene con un poco más de cuidado en la respuesta que existe hoy y se traza un paralelismo para con las consecuencias penales de la *Escuela Clásica*, no hay duda de que las consecuencias del delito son completamente distintas.⁷¹⁴ No se puede simplemente quitar del ámbito jurídico las medidas

713 En este sentido, BARATTA, Alessandro. Opus cit., p. 547: “La ‘reinserción’ del desviado, en cuanto idea orientadora de las intervenciones institucionales, podría ser realizada bajo dos condiciones. La primera consiste en que sea definitivamente abandonada la ilusión de poder «reeducar» en el interior del sistema penal [...]. La segunda condición es que el concepto de «reinserción social» sea interpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado de derecho y, en particular, del principio *dinámico* de igualdad y del principio de dignidad del hombre. Dichos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades [...]. En este sentido, «reinserción» no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación.”

714 En el sentido del distanciamiento actual de la concepción unitaria *clásica*: “Quedan lejos, y con muy escaso eco, los intentos de que el Derecho penal debía luchar contra el delito mediante un único recurso punitivo (*sistema monista*): bien a través de una pena, que asumiera los cometidos propios de la pena y de las medidas de seguridad (ej.: la pena fin de *Von Liszt*), o bien acudiendo a un sistema unitario de medidas de defensa social de carácter preventivo-especial (postulado por el movimiento de política criminal moderno

de seguridad. Ni tampoco las consecuencias que produjo en la propia pena, en lo que refiere a sus objetivos.

El sistema unitario que se podría nominar *clásico*, manejaba una consecuencia jurídica del delito tosca y que se ocupaba tan sólo en responder al hecho típico, es decir, tenía por objetivos el castigar al delincuente y amenazar a los demás.

El sistema unitario *moderno* al que nos acercamos hoy orienta sus respuestas al hecho delictivo principalmente al campo de la recuperación social del que sufre con ellas, además de las formas de prevención general positiva y negativa. Y esa respuesta posee esta orientación quiere se refiera a imputables (pena), inimputables (medidas de seguridad) o semiimputables (pena y medidas de seguridad).

Se distingue también la amplitud, ya que el sistema unitario *clásico* sólo se ocupaba de responder a la culpabilidad en cuanto que ahora lo que hay es una preocupación para todos los supuestos de hechos típicos y antijurídicos.

Las limitaciones también se puede apuntar como distintas pues el límite único que tenía el sistema unitario *clásico* para imponer sus consecuencias era la culpabilidad. Se limita en un sistema unitario *moderno*, además de por la culpabilidad, por la peligrosidad, por la necesidad de la pena o medida y por el principio de intervención mínima.

La culpabilidad como categoría sirve sólo a limitación de las respuestas penales a los imputables, pero el principio de culpabilidad cercea todas las categorías de consecuencias del hecho delictivo.

La propia expresión del principio de culpabilidad se tornó más amplia, para incluir las ideas de proporcionalidad e igualdad.

Hoy estamos ante de una consecuencia jurídica del delito más amplia horizontalmente pero con más control y menos intensa verticalmente.

En consecuencia podemos señalar que lo que sucedió fue nada más que una acumulación de experiencias que generó distintos y sucesivos grados de conocimiento que se fueron sucediendo en estratos hasta que se llegó al sistema

de la Nueva Defensa Social de *Marc Ancel*." RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (DIRECTOR) Y JORGE BARREIRO, Augustín (Coordinador). (1997), *Comentarios al Código Penal*. Ed. Civitas S.A., Madrid, p. 311.

existente en la actualidad, así como el ascenso en una escalera que aún tiene una larga serie de escalones por subir.⁷¹⁵

Sí que se trata de un sistema dualista que se aproxima a pasos agigantados hacia un sistema unitario, pero, no es aquél sistema unitario ya conocido sino su descendiente mucho más evolucionado, quizás “darwinianamente”, en razón de una variación del proceso de adaptación de las especies.

Bibliografía utilizada en este tópico: ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Trad. por Juan do Rosal e Angel Torío, Buenos Aires: Uteha, 1960; BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *Cuadernos de política criminal*, n. 24, 1984, p. 533-551. Madrid: Edersa - editoriales de Derecho reunidas, 1984; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Fundamentos e aplicación de penas e medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”, em *Aranzadi*. Pamplona: Aranzadi, 1997; GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Imputabilidad disminuida. Determinación e ejecución de penas e medidas de seguridad”. Em *Actualidad penal*, n. 2, 11 a 17 de enero de 1999. Madrid: Actualidad Editorial, 1999; GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel e ALASTUEY DOBÓN, M. Cármen. *Las consecuencias jurídicas do delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; JORGE BARREIRO, Augustín. “Directrices político-criminales e aspectos básicos do sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, em *Actualidad penal*, n. 23, 5 a 11 de junio de 2000, Madrid: Actualidad Editorial, 2000; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal e control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985; MUÑOZ CONDE, Francisco. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, plenario de 03.09.1999 do XI Congreso Latinoamericano e III Iberoamericano de Derecho Penal e Criminología. Montevideo: 1999; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000, 4ª Ed.),

715 En este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. (1985), Opus cit., p. 73: “Queda, sin embargo, aún mucho camino por recorrer en esa larga marcha para superar el sistema dualista tradicional y crear un dispositivo de medidas que el mismo tiempo que eficaz sea respetuoso con los derechos fundamentales sometidos a ellas.”

Dereito penal, parte general. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel, *Manual de Derecho Penal, parte general*. Pamplona: Aranzadi, 1999; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Diretor) e JORGE BARREIRO, Augustín (Coordenador). *Comentários al Código Penal*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. 3ª ed., tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Ed. Vega, 1998; SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad e el nuevo código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenäum, 1972
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Trad. por Juan do Rosal e Angel Torío, Buenos Aires: Uteha, 1960.
- ANTÓN MELLÓN, J. “Ordenamiento jurídico burgués e cuestión social”, em *Historia ideológica do control social*, p. 1-30, Coordenação de Roberto Bergalli e Enrique E. Mari, , Barcelona: Promociones e publicaciones Universitarias, 1989.
- ANTÓN ONECA, José. “Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 al 1945”, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1944.
- ANTÓN ONECA, José. “Los fines de la pena según los penalistas de la lustración”, em *REP*, Madrid: REP, 1964.
- BACIGALUPO, Enrique. “La función do concepto de la norma en la dogmática penal”, em *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1986.
- _____. *Principios de derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal/Jure 1990.
- _____. “Principio de Culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código Penal: presupuestos e fundamentos”, em *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, dirigido por Carlos María Romeo Casabona, Granada: Comares, 1999.
- BARATTA, Alessandro. “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, em *Cuadernos de política criminal*, n. 24, 1984, p. 533-551. Madrid: Edersa - editoriales de Derecho reunidas, 1984.
- _____. *Criminología crítica e crítica do direito penal*. 2ª. Ed., trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora , 1999.

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marques de. *De los delitos e las penas*. Introducción, notas e tradução de Francisco Tomás e Valiente. Madrid: Aguilar, 1969.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVE, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 2ª ed., Barcelona: Praxis, 1999.
- BERGALLI, Roberto. *Sistema penal e intervenciones sociales*. Barcelona: Ed. Hacer, 1993.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 4ª Ed., Lima: Ed. Roa, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito penal. Parte Geral*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- _____. *Manual de direito penal*. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- BLANCO BOZANO, C. Em *La Ley*, Año XXII, Número 5243 de 8 de Febrero de 2001. Madrid: La Ley, 2001.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, vol. I, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Estado e control: la ideología do control e el control de la ideología”, Em *El pensamiento criminológico. Estado e control*, p. 11-35. Barcelona: Ediciones Península 1983.
- _____. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1986.
- _____. *Manual de derecho penal Español. Parte general*. 3ª ed., Barcelona: Ariel, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan e HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Pena e estado”. En *bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1982.
- _____. *Lecciones de derecho penal*, Vol. I. Madrid: Trotta, 1997.

- CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*. Frankfurt: Fischer, 1996.
- CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto e principio constitucionales*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español, parte general, I*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. “El concepto material de culpabilidad”, em *Revista Peruana de ciencias penales*, Año III, Nro. 6. Lima: GC Ediciones, 1995.
- COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general 2ª ed.*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987.
- COHEN, S.. *Visiones de control social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. “Complementariedad de la tutela penal e la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde las perspectivas do derecho penal”, em *Las fronteras do código penal de 1995 e el derecho administrativo sancionador*, en Cuadernos de derecho judicial, p. 439-496. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999;
- ESER, Albin, “Una justicia penal «a la medida do ser humano. Visión de un sistema penal e procesal orientado al ser humano como individuo e ser social»”, em *Revista de Derecho penal e Criminología*, 2ª Época, n. 1, p. 131-152. Madrid: UNED, 1999.
- FARIA, Cássio Juvenal. “Medidas provisórias e Direito penal”, em *coleção Temas atuais de Direito Criminal, volume 2*, pp. 175-190, Coord. Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 175-178.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental, V. II, Teoría general do delito e punibilidad*. 2ª ed., Bogotá: Ed. Temis, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 1997.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1989.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, Parte general*. 15ª ed. revista e atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; SILVA JÚNIOR, José; NINNO, Wilson; BETANHO, Luiz Carlos y
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco e estructura de la norma penal”, em *Estudios penales e criminológicos*, 1992/1993, Tomo XVI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1993.
- _____. “Fundamentos e aplicación de penas e medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”, em *Aranzadi*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal e criminológico”, em *RFDUC (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Nro. 63, otoño de 1981. Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- _____. “Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*”. En *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, p. 249-259 Coord. por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.
- _____. *Tratado de criminología*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- _____. *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Imputabilidad disminuida. Determinación e ejecución de penas e medidas de seguridad”. Em *Actualidad penal*, n. 2, 11 a 17 de enero de 1999. Madrid: Actualidad Editorial, 1999.
- GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador), BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel e ALASTUEY DOBÓN, M. Cármen. *Las consecuencias jurídicas do delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos do Derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. “Symbolisches Straf recht und Rechtsgüterschutz”, em *NSfZ - Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Munchen: C.H. Beck-sche, 1989.

_____. *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires: Ed. Ad-hoc, 1995.

_____. *Persona, mundo e responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. “¿Por qué e con qué fin se aplican las penas? (sentido e fin de la sanción penal)”, em *Revista de Derecho penal e criminología*, 2ª Época, n.3, p. 317-331. Madrid: UNED e Marcial Pons, 1999.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEGEL, G.W.F.. *Filosofía do derecho*. 5ª ed., Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

HIRSCH, Hans Joachim. “El Principio de Culpabilidad y su función en el derecho penal”, em *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N. 5, Enero-Junio de 1995. Lima: Ed. GC, 1995.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. v. I. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal parte general. Fundamentos e teoría de la imputación*. 2ª ed. corrigida, trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª ed., Berlín/New York: Edit. Walter de Gruyter, 1991.

_____. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, conferencia proferida em *Seminario impartido en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*, trad. de Teresa Manso Porto, Sevilla, 2000;

JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed., Trad. José Luis Manzanaran Samaniego, Granada: Comares, 1993.

JORGE BARREIRO, Augustín. “Directrices político-criminales e aspectos básicos do sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”,

- em *Actualidad penal*, n. 23, 5 a 11 de junio de 2000, Madrid: Actualidad Editorial, 2000.
- KANT, Emmanuel. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- _____. *Introducción a la teoría do derecho*, versión del alemán e introducción por Felipe González Vicén. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.
- KAUFMANN, Arthur. “Über die gerechte Strate”, em *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. Berlín/New York: W. de Gruyter, 1996.
- LAMPE, Ernst-Joachim. “Systemunrecht und Unrechtssystem”, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 106. Berlin: W. de Gruyter, 1996.
- LANDECHO, Carlos de. “Peligrosidad social e peligrosidad criminal”, em *Peligrosidad Social e Medidas de seguridad (La ley de peligrosidad e rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*. Valencia: Universidad de Valencia, 1974.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “Las víctimas ante el Derecho Penal Español”, em *Estudios Penales e Criminológicos*, XXI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1998.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. “Bem jurídico e Constituição”, em *Direito Penal e Constituição*. Organizado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LISZT, Franz Von. *Das deutche Reichsstrafrecht*, J. Guttentag, Berlín/Leipzig, 1881.
- _____. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2º. 3ª ed., trad. por Luis Jiménez de Asúa da 20ª Ed. Alemã. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal, parte geral*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal, tomo I*. Trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 2ª ed.. Berlin: Duncker & Humblot, 1933.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases do Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976.

_____. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1990.

_____. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1994.

_____. *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1996.

_____. *Derecho Penal Parte General*. 4ª ed., Barcelona: Reppertor S.L., 1998.

MOCCIA, Sergio. “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, p. 73-98, em *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, coordenação de Bernd Schunemann e Jorge de Figueredo Dias. Barcelona: Bosch, 1995.

MORALES PRATS, Fermín. “Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas e función individualizadora”, em *Libro Homenaje al profesor Dr. Angel Torio López*. Granada: Comares, 1999.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima e a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, em *Revista Faculdate da Universidad de Granada*, 1983, Granada: Editorial Universidad de Granada, 1983.

_____. *Teoría de las consecuencias jurídicas do delito*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Curso de derecho penal español. Parte general*, dirigido por Manuel Cobo do Rosal. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo y RUIZ ANTON, L.F.. *Manual de derecho penal. Parte general, I. Introducción e Ley penal*, dirigida por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

MORSELLI, Elio. “A função da pena à luz da moderna criminologia” em *Revista brasileira de ciências criminais* n. 19, julho a setembro de 1997, p. 39-46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *Derecho penal e control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

- _____. “Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad”, plenario de 03.09.1999 do XI Congreso Latinoamericano e III Iberoamericano de Derecho Penal e Criminología. Montevideo: 1999.
- _____. *Edmund Mezger e el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre el causalismo e el finalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. “Presente e futuro de la dogmática jurídico penal”, em *Revista Penal*, n. 6, janeiro (1º semestre) de 2000, p. 44-51, Madrid: Ed. Praxis, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000, 4ª Ed.), *Derecho penal, parte general*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- NUÑEZ, Ricardo C.. *Derecho penal Argentino. Parte general*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1959.
- PEÑA CABRERA, Raúl. “El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)”, p. 37-49, em *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Tratado de derecho penal, Estudio programático de la parte general*. 3ª ed., Lima: Grijley, 1997.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel e POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos?”, em *Revista peruana de doctrina e jurisprudencia penales*. n. 2, Lima: Grijley, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal, Parte general*. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996.
- _____. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- ROCCO, Arturo. “L’oggetto do reato a della tutela giuridica penale”, em sua *Opere Giuridiche*, V.I.. Roma: Foro Italiano, 1932.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María e SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 17ª ed., Madrid: Ed. Dynkinson, 1994.

- RODRIGUEZ RAMOS, Luiz. “Reserva de la ley orgánica para las normas penales”, en *Comentarios a la legislación penal, I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Diretor) e JORGE BARREIRO, Augustín (Coordenador). *Comentários al Código Penal*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Problemas fundamentais de Direito pe.nal*. 3ª ed., tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Ed. Vega, 1998.
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Ed. Ronovar, 2000.
- _____. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal e el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”, em *La Ley*, 1994-4. Madrid: La Ley, 1994.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Moderna Teoría do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SAX, Walter. “Grundsätze der Strafrechtspflege”, em *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin: Duncker e Humblot, 1972.
- SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *Las medidas de seguridad e el nuevo código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992.
- _____. “¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?”, pp. 964-982 em *La Ley*, 1993. Madrid: La Ley, 1993.
- _____. *La expansión do Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Cuadernos Civitas. Madrid: Civitas, 1999.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, parte general, I*. Tradução da 2ª Ed. alemã de 1976, por Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982.
- TELES, Nei Moura. *Direito Penal, vol.1*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 1998.

- TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación do objeto de tutela jurídico penal”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, N. 63, pp. 125-149, Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- URQUIZO OLAECHEA, José. “La Culpabilidad penal”, em *Una Visión Moderna de la Teoría do Delito*, Revista editada por el Ministerio de Justicia do Perú. Lima: Ministério de la Justicia, 1998.
- VARELA, Drauzio. *Estação Carandirú*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Doctrina Penal*, n. 57-58, p. 79-89. Buenos Aires: De Palma, 1992.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos do sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- _____. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- _____. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- WOLTER, Jürgen. “Derechos humanos e protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal”, em *Fundamentos de un sistema europeo do Derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 37-52, coordenação de J.M. Silva Sánchez, B. Schünemann e J. De Figueiredo Dias, 1995. Barcelona: Bosch Editor S.A., 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal. Parte General*, T. II. 5ª ed., Lima: Ediciones Jurídicas, 1986.
- _____. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- _____. *Manual de Derecho Penal – parte general*. 6ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1996.
- _____. *Manual de Derecho penal. Parte general*, T.I. Lima: Editorial Jurídica, 1998.

- _____. “La Globalización e las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”, en *Direito criminal* n. 1., Coleção *Jus Æternun*, coordenação de José Henrique Pierangelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.



EL INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA (INEJ), Fundado en 1995 es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación y la región produciendo e innovando conocimientos a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, reconocidos a nivel nacional e internacional, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

El Prof. Dr. Paulo César Busato (Brasil) y el profesor Sandro Montes Huayapa (Perú) presentan en la obra *Introducción al Derecho Penal*, un estudio minucioso de los fundamentos del Derecho penal para un sistema penal democrático que permite, entre otras cosas, introducimos en la correcta comprensión y aplicación del nuevo Código penal nicaragüense del 2008. Para los autores, especialmente para el profesor Paulo César Busato, el estudio del Derecho penal no debe de empezar por la ley ni tampoco por la estructura dogmática del sistema de imputación, sino mucho más allá. El más allá incluye conocer los principios capaces de limitar la medida de la imputación, conocer las nociones respecto del bien jurídico, conocer las relaciones entre las distintas formas científicas de concebir el mismísimo Derecho penal, entre ellas, conocer criminológicamente lo que él representa en términos de control social y, como no, saber exactamente lo que se quiere con la norma y con la pena.

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica
De la Rotonda Bello Horizonte, 3c al norte, 2c al este, K-I-2. Managua, Nicaragua

Teléfonos (505) 251 52 48 al 49

Telefax: (505) 244 44 77

www.inej.edu.ni

ISBN: 978-99924-21-14-7



978-99924-21-14-7