

EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO DEL DERECHO PENAL

*José Ramón Serrano-Piedecasas
Catedrático de D^o Penal de la Universidad
de Las Palmas de Gran Canaria.*

*A Don Marino Barbero Santos maestro de tantos
penalistas españoles*

1. HACIA UN CONOCIMIENTO PENAL INTEGRADO.

1.1. Introducción.

1. La crisis del concepto de Ciencia del Derecho penal heredado del neokantismo es el rasgo más característico de la actual situación del conocimiento científico del Derecho penal. La causa directa de esta crisis se encuentra en la mutación que han sufrido las perspectivas desde las que debe considerarse el objeto del Derecho penal. No es que el objeto haya dejado de ser el Derecho penal, sino que se ha evitado la visión parcial a la que necesariamente lleva el considerarlo únicamente como conjunto de normas, y con el consiguiente abandono de las perspectivas institucional y social del Derecho¹. Ni siquiera KELSEN llegó a mantener que el Derecho agota sus dimensiones ontológicas en un sistema de normas; incluso llega a afirmar que, desde un punto de vista dinámico, el Derecho en su momento de creación y aplicación, "pone el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas"².

¹ BOBBIO, N. "Teoría generale del Diritto come teoria del rapporto giuridico", en *Scritti giuridici in onore della Cedam*, I, Padova, 1983, págs.45 a 58.

² KELSEN, *Teoría pura del Derecho. Introducción al Derecho*, Trad. E.Nilve, 16^a edic., Buenos Aires, 1969, pág.43.

El conocimiento de la realidad jurídica no puede limitarse, en consecuencia, a la construcción de un universo conceptual en el que cada disposición legal ocupe un lugar preciso de contornos bien definidos. La norma jurídico-penal, cualquiera que sea el concepto que se maneje de ella, tiene vocación de trascendencia, está dirigida a dar respuesta a situaciones reales de conflicto. Es por ello que toda pretensión de conocimiento del Derecho ha de tener también presente una perspectiva funcional, analizando la corrección de las opciones legislativas e interpretativas no sólo con criterios internos a la propia norma, sino en base al cotejo entre la función que a la norma se asigna, la que desempeña y la que puede desempeñar.

2. Lo anterior es particularmente predicable del Derecho penal. Como instrumento de control social que es, hay que plantearse en qué medida la función que desempeña corresponde a los intereses cuya tutela se pretende, o se dice pretender, teniendo que prolongar en este caso la investigación hacia los intereses realmente protegidos, aunque no sean los declarados. Esta circunstancia lleva a algunos investigadores a estudiar la "función simbólica" de nuestra disciplina. Los datos empíricos proporcionados por la criminología ponen en duda la eficacia preventiva del Derecho penal. Esto conduce, como afirma TERRADILLOS, a investigar las funciones materiales y no ideológicas que cumple³.

3. Optar por una ciencia del Derecho penal a espaldas de los resultados empíricos obtenidos implica la supeditación de la tutela penal a criterios carentes de fundamento científico o, como expresa GARCÍA RIVAS, a "convertir el quehacer penal en un mero decisionismo y la actividad de los juristas en simple especulación teórica"⁴. La concepción de una "ciencia total del Derecho Penal" (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*,) de Von LISZT recobra así actualidad, como quedó claro para la corriente doctrinal, heterogénea por otra parte, que inspiró al Proyecto Alternativo alemán⁵.

Es necesario, en consecuencia, manejar una metodología científica que permita a la dogmática integrarse con los datos suministrados por la criminología, a fin de seleccionar las alternativas más coherentes. Estas tres vías de acercamiento a la cuestión criminal se han de comportar, por tanto, como disciplinas complementarias e inextricablemente unidas⁶.

4. Una respuesta adecuada al problema de la criminalidad exige el empleo de los tres enfoques: el criminológico, el político-criminal y el penal. Porque dicha respuesta sólo puede ser la conclusión de un proceso que consta

³ TERRADILLOS, J. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, pág.56.

⁴ GARCÍA RIVAS, N. *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pág.104.

⁵ ROXIN, "Franz Von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo", en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Trad. Luzón Madrid, 1949, págs.11 y 12.

⁶ En el mismo sentido ONECA, A., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs.11 y 12.

de tres momentos: un momento explicativo, un momento de toma de decisiones y un momento operativo o instrumental⁷.

No es suficiente que el legislador intente restablecer el equilibrio roto por el delito. Por el contrario, se requiere la observación minuciosa de la realidad delictiva a fin de seleccionar los comportamientos que requieren una reacción del ordenamiento jurídico y, ante esas conductas, conformar respuestas idóneas para alcanzar niveles aceptables de eficacia preventiva. En otras palabras, se hace necesario extraer de los datos que proporciona la criminología los elementos que sirvan de soporte y guía a las decisiones político-criminales⁸. En definitiva, la dogmática jurídico penal constituye la Ciencia Penal por excelencia, siendo la Política Criminal, la Criminología y la Victimología, disciplinas auxiliares sin perjuicio de su respectiva autonomía.

1.2. La dogmática.

Concepto y funciones.

5. Von LISZT escribía en 1861⁹: “Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia”. Un siglo más tarde se sigue insistiendo en esta idea, por todos KLUG lo resume de esta forma: “erradicar del sistema Penal las contradicciones internas, procurar que sus categorías sean entre sí interdependientes y comprensivas, significa proteger las garantías de la persona de las desagradables sorpresas que provienen de los supuestos tácitos”¹⁰. Es decir, entre otras funciones, la Dogmática jurídico-penal “garantiza los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado”¹¹.

A pesar de tal evidencia, los esfuerzos encaminados a procurar una adecuada sistematización de nuestra ciencia no han sido siempre bien recibidos. Es frecuente escuchar críticas calificando el discurso dogmático de ininteligible, alejado de la realidad o cuando menos superfluo¹². En realidad, lo que con frecuencia se critica es una forma de hacer dogmática y no la propia existencia de la Teoría del delito. En efecto, durante la década de los setenta se señalaba

⁷ GARCÍA-PABLOS, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid 1988, Págs. 121 y ss.

⁸ TIEDEMANN, *Estado actual y tendencias de la Ciencia jurídico-penal y de la Criminología en la República Federal de Alemania*, Trad. Terradillos, en C.P.Cr., 1981, pág.275

⁹ Von LISTZ, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, en *Strafrechtliche vorträge und Aufsätze*. T.I. Berlin 1970, pág.218.

¹⁰ KLUG, *Juristische Logik*, Berlin-Heidelberg-New York, 1982, pág.195

¹¹ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona 1975, pág.136.

¹² SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Silva Sánchez. Madrid 1991, pág.31

con razón, la poca consideración que el pensamiento dogmático tenía con los últimos avances provenientes de las ciencias sociales y en particular con la criminología.

6. En la actualidad la obra programática de ROXIN “Política Criminal y sistema de Derecho Penal”¹³ subsana estas deficiencias al construir un “sistema abierto” del Derecho Penal en el que se da entrada a las decisiones valorativas de la Política Criminal. Sistema, por otra parte, orientado a la resolución de problemas jurídicos concretos. “Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, en tanto que, escribe JESCHECK, las exigencias sistemáticas suponen el entramado lógico cuya perfección posibilita la consecución de tales fines”¹⁴. Así pues, a la construcción lógica de la ciencia penal debe vincularse por necesidad la teleológica, salvo que se quiera convertirla en un simple ejercicio escolástico¹⁵.

7. Como pone de manifiesto HASSEMER¹⁶ la dogmática jurídico-penal formula las reglas para la decisión de un caso a un nivel de abstracción medio, situándose entre la ley y el caso. Por una parte, determina y da contenido a las normas legales. Busca el sentido que poseen los preceptos penales y analiza los ámbitos que el legislador no ha regulado. Por otra parte, la dogmática crea nuevas reglas de decisión que se generalizan, convirtiéndose en reglas válidas para otros casos de la misma naturaleza. De esta manera se crea un sistema transparente que puede ser invocado por quien parte de la ley y quiere completar el marco que aquella formula abstractamente, y por quien parte del caso y quiere encontrar las reglas generales que contribuyan a su solución. La dogmática procura seleccionar lo importante y desechar lo irrelevante, en otras palabras, reducir la complejidad.

La valoración del intérprete.

8. La dogmática permite una interpretación bastante uniforme de las normas jurídicas. Pero esta afirmación no puede ignorar que el intérprete posee valoraciones previas que condicionan el sentido y el resultado de su trabajo¹⁷. La lógica jurídica no se presenta ya como lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que el intérprete concibe su tarea, de la idea que él se hace del Derecho y su funcionamiento.

¹³ Introducción y Trad. Muñoz Conde, Barcelona 1972

¹⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. Muñoz Conde, Barcelona 1981, pág.264.

¹⁵ SERRANO-PIEDECASAS, “Crítica formal del concepto de la omisión”, en *ADPCP*, Septiembre-Diciembre 1993, pág.982.

¹⁶ HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Trad. Muñoz Conde/Arroyo, Barcelona, 1984, págs.250 y 251.

¹⁷ ESSER, “La interpretación”, trad. Rodríguez Molinero, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, págs.46 y ss.

Prevalece la interrelación entre el interprete y el objeto de conocimiento. El interprete no se ocupa exclusivamente de concretar el sentido de la norma que aplica al caso, sino que tiene, además, la posibilidad y necesidad de otorgar significado a un gran número de conceptos jurídicos indeterminados, como son los elementos normativos, las cláusulas generales, etc. respecto a los cuales es inevitable su protagonismo creativo¹⁸.

De esta manera adquiere plena vigencia la caracterización de RADBRUCH de la interpretación como el “resultado de un resultado”. La técnica hermenéutica se selecciona a partir de la valoración de los resultados a que conduce¹⁹. Esta afirmación es válida si se trata de una interpretación “científica”, pero también lo es si tiene carácter judicial, cuando un órgano jurisdiccional trata de resolver “de hecho” un supuesto concreto. En este caso puede llegar, inclusive, a deformar la realidad histórica.

La ciencia del Derecho no solo se ocupa de las normas jurídicas, sino que debe proyectarse hacia el dato empírico. Al mismo tiempo, e inevitablemente, aparecen las cuestiones axiológicas, la referencia al mundo de los valores. Por este motivo la ciencia del Derecho no puede ser unidimensional sino que debe dar cabida a las tres dimensiones del mundo jurídico, un orden normativo, otro sociológico y, por ultimo, el mundo de los valores (orden axiológico)²⁰.

9. La lógica jurídica se presenta como una argumentación que depende de la manera en que el intérprete concibe su tarea. Ello conduce a rechazar de plano la pretensión que pudiera tener el legislador penal, el científico o el docente en el sentido de obtener verdades absolutas. Las teorías de la argumentación señalan la conveniencia de conformarse con llegar a solucionar las distintas controversias que se presentan, haciendo valer un compromiso entre valores, que pueden ser aceptados en un medio y un momento dados²¹. Pero la renuncia a la consagración de verdades absolutas, resultado de cualquier proceso científico que pretenda visos de seriedad, no supone conformarse con la corrección formal de los procesos de argumentación. La solución contraria llevaría a reducir la ciencia del derecho a una ciencia formalizada, sin más sentido que una coherencia. aparente pero no material.

Un análisis exclusivamente formal debe ser rechazado en todo caso. Quien se limita al análisis formal olvida que el legislador dicta normas para resolver conflictos sociales y no por una mera inquietud abstracta o científica. Esta norma jurídica, destinada a resolver conflictos, está sirviendo a intereses y valores muy determinados, que están en la realidad y no desaparecen por el

¹⁸ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Trad. Garzón Valdés, Madrid 1967, págs.137 y ss.

¹⁹ RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Trad. Recasens Siches, Madrid, 1930, pág.156.

²⁰ GOLDSCHMIDT, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 6ª edic., Buenos Aires, 1985, pág.30.

²¹ PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Trad. Díez Picazo, pág.177.

hecho de que el intérprete, limitado a una visión formal, renuncie a estudiarlos. Quien se aferra análisis formal se vuelve neutral respecto a los intereses que se esconden detrás de las normas jurídicas y colabora, consciente o inconscientemente, en la consolidación de esos intereses. Tanto la labor del legislador como la del intérprete son reflejo de una concepción global, con mayor o menor apoyo científico, pero cargadas de ideología.

En relación con estas afirmaciones no puedo olvidar la estrecha relación que se viene dando desde siempre entre paradigma político y método de la ciencia del derecho penal. La dogmática de BELING, es traducción, en nuestra disciplina, del modelo originario liberal. Las aportaciones metodológicas de LISZT lo son del Estado social de Derecho, y la criminología crítica refleja el intento de incorporar categorías propias del materialismo histórico al análisis de la cuestión criminal²². Esto no es más que una prueba de que las valoraciones e ideas políticas previas del intérprete influyen en su tarea interpretativa.

Pero ello no implica que se pueda establecer una identificación total entre opciones ideológicas y técnicas en el estudio del Derecho. Y ello porque la ideología jurídica tiene un objeto más o menos definido, en el que las decisiones fundamentales, que condicionan todas las demás, ya han sido tomadas por el legislador. La interpretación jurisprudencial siguiente, y la tarea científica anterior y posterior terminan condicionadas en lo fundamental por la opción elegida por el legislador. En definitiva, la ley impone sus límites con mayor eficacia que las normas no jurídicas.

Adecuación del análisis dogmático a la Constitución.

10. El estudio del Derecho, aunque no se limite a la consideración de la norma jurídica y admita los datos empíricos y la existencia de cuestiones ideológicas, no puede evadirse de su objeto, un sistema jurídico presidido por la Constitución, que según la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA asegura la unidad del ordenamiento, como unidad de sentido, esencialmente sobre la base de un "orden de valores" materialmente expresado en ella²³.

El modelo estatal constitucionalmente conformado determina el ámbito de este trabajo, en la medida en que circunscribe la esfera de actuación del legislador ordinario. Y, en consecuencia, cualquier intento de interpretación y de construcción jurídica científica habrá de moverse dentro de los confines de ese modelo, según la "libertad de movimientos" lo permita. Esa libertad es más amplia, lógicamente, en constituciones como la española, que tienden a unir lo formal y lo material.

²² BARATTA, "Criminología crítica y Derecho penal alternativo", en *Rev. Internationale de Droit Pénal*, nº1, 1978, págs.43 y ss.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma jurídica", en Pedrieri-García de Enterría. *La Constitución española de 1978*, Madrid 1980, pág.138.

En efecto, el Tribunal Constitucional y la doctrina están de acuerdo en subrayar el valor directamente normativo del texto constitucional, que emana del art. 9.1 del mismo. Este valor normativo no está reducido a la vigencia de aquel grupo de derechos cuya tutela es directamente exigible ante los tribunales, sino que impone además que los principios sean siempre interpretados conforme a la Constitución. Es decir, el contenido de la Constitución no sólo delimita la actuación del legislador sino que también delimita el campo de actuación del interprete²⁴.

De esta manera, hay que señalar que la parte central de la asignatura, es decir, la construcción de la teoría jurídica del delito y de la pena, tiene que responder a las exigencias constitucionales²⁵. En otro caso serían aportaciones realizadas de espaldas al Derecho. Así, se puede constatar en la doctrina científica la tendencia a la revisión y reconstrucción de las categorías fundamentales a la luz de las normas constitucionales. Esfuerzo que ha orientado, prácticamente, toda la producción doctrinal sobre los proyectos de reforma penal acometidos desde la publicación de la Constitución española en 1978.

El esfuerzo de inserción de la dogmática en el modelo político jurídico conformado por la Constitución no es sólo una opción técnica, sino que tiene un profundo significado político. Aún mas, como afirma BARBERO SANTOS, la patente conexión entre política y Derecho penal no representa sólo una guía para la interpretación histórica, sino que puede y debe ser entendida como una clave en la configuración del sistema penal de un país²⁶. La dogmática, al asegurar la correspondencia entre la decisión judicial y el programa de decisiones establecido por la ley, cumple la misión de garantizar la unión de los subsistemas que integran el sistema jurídico. Pero, lo que queda totalmente claro es que dicha misión no puede ser acometida con posibilidades de éxito, prescindiendo de los resultados obtenidos por las ciencias sociales, cuya relación con el Derecho pasa a un primer plano.

²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", en *Ensayos penales*, México 1994, pág.91.

²⁵ ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal en la Constitución", en *Rev. Jurídica de Castilla La Mancha*, nº1, 1987, págs 97-108; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "Garantías en la Constitución ante la suspensión de los Derechos fundamentales" en *Sistema*, nº42, págs.57 a 78; BUSTOS/HORMAZABAL, "Pena y Estado", en *Papers*, nº13, págs.13 y ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996; MIR PUIG, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", 2ª edic. Barcelona, 1979; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985; TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid 1981.

²⁶ BARBERO SANTOS, "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma", en *Sistema*, nº10, págs.99-113.

1.3. La Criminología.

Concepto y evolución del pensamiento criminológico.

11. La criminología –según KAISER– es el conjunto ordenado de saber empírico sobre el delito, el delincuente, los comportamientos socialmente desviados y el control de dichos comportamientos²⁷.

Este “objeto de estudio”, así definido, es hoy aceptado por la generalidad de la doctrina. No obstante, los contenidos de conocimiento y métodos de análisis utilizados no siempre han sido los mismos. En efecto, la criminología clásica, impregnada de un fuerte positivismo redujo su objeto de análisis al estudio del delito y del delincuente. LOMBROSO y GAROFALO proponían un modelo explicativo del hecho delictivo fundado en las características personales del delincuente (Biología criminal); en cambio FERRI entendió que las causas del delito eran externas al delincuente y, normalmente tenían su origen en las sociedad (Sociología criminal). De esta forma, desde los inicios, se presentaron las dos grandes tendencias de la Criminología que llegan hasta nuestros días²⁸.

12. A partir de la segunda mitad de este siglo cobran notable auge los estudios de sociología, y el influjo de los planteamientos sociológicos norteamericanos en la Criminología. Tales corrientes determinan la ampliación del objeto y estudian, junto al delito y el delincuente, todo mecanismo de control social, referido tanto a los procesos de criminalización primaria, es decir, los procesos de construcción legislativa de la definición de las conductas como delito, como a los de criminalización secundaria, o de aplicación de las leyes a las personas que son condenadas. De esta forma, se propone un modelo funcional que trata de demostrar que el fenómeno de la criminalidad se encuentra estrechamente ligado a las propias disfunciones del sistema²⁹.

13. Sin embargo, estas teorías de corte funcionalista, la teoría de la anomia y las teorías subculturales, serán objeto de una dura crítica por permanecer atrapadas en las redes del positivismo³⁰, pues la criminalidad sigue viéndose como un acontecer objetivo y neutral. También en la década de los cincuenta se desarrolla en Estados Unidos la perspectiva del etiquetamiento (*labelling approach*) que produce lo que se denominó un cambio de paradigma. El estudio del delito debía concentrarse no en la acción, sino en la reacción social. El problema no era el sujeto (que actuaba) sino los agentes sociales (que controlaban)³¹. Esta perspectiva, junto a la influencia de otros movimientos como la antipsiquiatría,

²⁷ KAISER, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. Trad. Zimmermann, Madrid, 1983,

²⁸ *Ibid.* págs.49 y ss.

²⁹ BUSTOS/HORMAZABAL, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, 1997, págs. 24 y ss.

³⁰ MATZA, *Delinquency and drift*, New York, 1964, págs.33 a 59.

³¹ LARRAURI, *La herencia de la Criminología Crítica*, Madrid, 1991, págs.101 y ss.

y otras corrientes caracterizadas por desconstruir el mundo social, iban a proporcionar la simiente a partir de la cual surgiría la nueva teoría de la desviación.

14. La lectura de las teorías norteamericanas recibidas en Inglaterra a finales de la década de los sesenta viene condicionada por el clima político de la época, caracterizado por el surgimiento de la “nueva izquierda” (*new left*). La oposición al positivismo y la atención al control social conforman los dos pilares sobre los que se iban a sentar las bases para la “nueva teoría de la desviación” que se desarrolló por la nueva generación de sociólogos ingleses agrupados en una plataforma unitaria llamada *National Deviance Conference*. (NDC)³². A todos ellos les unía un total escepticismo respecto de las asunciones reinantes en el tema del delito. Así se cuestiona el denominado “consenso social”, la naturaleza patológica de la acción desviada, el carácter objetivo de las estadísticas, el delito común, el fin correccionalista de la política criminal, etc.

La radicalización de la perspectiva del etiquetamiento, que se había iniciado con la nueva teoría de la desviación, fue proseguida por los “nuevos criminólogos” en una dirección marxista, y en detrimento de las otras posiciones anarquistas o liberales presentes en la NDC. La publicación de la Nueva Criminología en 1973 por parte de TAYLOR-WALTON-YOUNG representa el inicio de la Criminología Crítica. La irrupción de estas propuestas está provocada por acontecimientos que revelan profundas contradicciones en el seno mismo de la sociedad³³. Es así que la denominada Criminología crítica es fruto de la reflexión que merecen tales contradicciones en el específico campo de la desviación social y de los fines de la pena. La Criminología crítica contrapone al planteamiento bio-sociológico de la Criminología tradicional uno macro-sociológico, al relacionar los comportamientos desviados con las estructuras sociales³⁴.

15. No obstante, pronto se comenzó a cuestionar esta orientación por introducir un nuevo determinismo social producto de una labor criminológica ceñida a un estricto análisis de las condiciones estructurales. Asimismo, el propio YOUNG reconoce que en la década de los sesenta se produjo una inversión de los postulados positivistas y se adoptó una actitud romántica e idealista respecto al delito.³⁵

³² Participantes claves en los orígenes de la NDC son: Roy Bailey, Stanley Cohen, Mary McIntosh, Ian Taylor, Laurie Taylor y Jock Young.

³³ BERGALLI, “El pensamiento crítico y la Criminología”, en *El pensamiento criminológico* T.I, Barcelona 1983, pág. 183.

³⁴ BARATTA, “Criminología crítica e crítica del diritto penale (Introduzione alla sociologia giuridico-penale)”, en *Quaderni della rivista La Questione Criminale*, nº5, Bologna, 1982, págs. 230 y ss.

³⁵ YOUNG, “Left idealism, reformism and beyond: from new criminology to marxism”, en B.Fine (comp.) *Capitalism and the rule of law: from deviancy theory to Marxism*. 1979. pág. 12.

Se podría afirmar, que en el día de hoy, el pensamiento criminológico vive una especie de contrarreforma³⁶. Por un lado, se rechazan las antiguas posiciones que preconizan la alternativa de una sociedad donde no exista necesidad de criminalizar conductas; y, por otro, se acepta que el Derecho penal, no protege exclusivamente los intereses de las clases dominantes, sino que manifiesta, también, logros democráticos.

16. Quizás sea HASSEMER quien pondera con mayor acierto la herencia proveniente de la Nueva Criminología: la cual no sólo se acomoda a la pujante “orientación a las consecuencias” que actualmente se exige al Derecho penal, sino que, además, “sustenta una política criminal reformista que se separa tanto de la resignación biológica como de las teorías socioestructurales revolucionarias, que apuestan por una política criminal productiva de transformaciones sociales ... (y) ... constituyen la promesa fundamentada de que la política criminal y la aplicación del Derecho penal pueden producir resultados positivos, sin necesidad de esperar a que tengan lugar transformaciones sociales de conjunto”³⁷

Función y método.

17. La Criminología debe cumplir una función legitimadora y crítica, al cuestionar la realidad de muchos de los mitos sobre los que descansa el actual Derecho Penal. En este sentido puede llegar a cumplir una función decisiva en la evolución del conjunto de la Ciencia Penal³⁸. Mientras el Derecho penal se preocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen al interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica³⁹.

18. En cuanto al método, la Criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria. La Criminología parte del estudio de los datos de la realidad y aplica una pluralidad de métodos de otras disciplinas científicas. La dependencia metodológica ha hecho que en determinados sectores se le negara el carácter de ciencia. Sin embargo, la misma debe ser relativizada en cuanto existe una última fase de integración de los conocimientos proporcionados por las distintas disciplinas que se realiza en función de planteamientos que le son propios a la Criminología. En suma, la investigación criminológica no es una mera investigación multidisciplinaria, sino integrada, realizada por investigaciones con una formación especializada.

³⁶ LARRAURI, op.cit. pág.188.

³⁷ HASSEMER, op.cit. pág.58.

³⁸ BERDUGO/ARROYO/GARCIA RIVAS/FERRE/PIEDecasas, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1996, pág.89.

³⁹ SACK, “Einführung”, en *Sack-Lüderssen, Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die Selectiven Normen der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. págs. 7 a 34.

1.4. La Política Criminal.

Concepto

19. Las dos acepciones más usuales de lo que se entiende por Política criminal se deben a Von LISZT⁴⁰. Según una de ellas, se trata del compendio sistemático de los medios eficaces en la lucha contra el delito, la misma puede ser entendida como actividad del Estado; según la otra, se trataría de una actividad científica dirigida a la valoración y crítica del Derecho penal vigente y a la proposición de futuros contenidos.

A través de la Política criminal el Estado establece la orientación de todo el sistema penal, que comprende no sólo la definición de qué comportamientos considera delictivos, sino también cuál es la finalidad de la pena y cuáles son los medios que se han de emplear para poder alcanzar dichos objetivos. Mediante la actividad político-criminal se formaliza el control social a ejercer sobre los comportamientos desviados que se consideran delictivos⁴¹.

La segunda acepción resulta más precisa y amplia que la anterior. Tiene como objeto: a) Estudiar la determinación de los fines que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del derecho penal; b) sistematizar, en función de los fines y principios preestablecidos, los medios disponibles para el control de los comportamientos desviados; y c) examinar las distintas fases del sistema penal en función de los criterios marcados en los momentos anteriores⁴².

Método

20. En cuanto al método utilizado se pueden señalar tres fases distintas de análisis: orientación de la creación legislativa, de la labor dogmática y crítica del Derecho penal vigente⁴³.

En primer lugar, compete a la política criminal la formulación de las alternativas teleológicas, a lograr mediante el recurso al Derecho penal. La política criminal elabora los principios a los que ha de adecuarse el Derecho penal, en función de aquellas alternativas. En segundo lugar, selecciona los medios, lo que se traducirá, ante todo, en los correspondientes y contrapuestos procesos de criminalización y descriminalización que constituyen hoy el ámbito privilegiado del contraste de opciones no sólo técnicas sino, sobre todo, políticas. Por último, le corresponde la tarea del examen de los efectos de cada una de las alternativas seguidas. Se ocupa de la constatación de sus limitaciones y la denuncia de los obstáculos tanto externos como internos que

⁴⁰ Von LISZT, "Kriminalpolitische Aufgaben", en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* T.I, Berlin, 1905, reimpresión 1970, pág.290

⁴¹ BERDUGO/ARROYO/GARCIA RIVAS FERRE/PIEDECASAS, op.cit. pág.85.

⁴² Ibid. pág.85.

⁴³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Vol.I, Madrid 1996, págs. 99 y 100

condicionan su eficacia. Determinará, en suma, si se han conseguido los efectos pretendidos, o la aparición de consecuencias no queridas que, inclusive, pueden estar en abierta contradicción con las buscadas.

Política Criminal y Criminología

21. Este es el ámbito de colaboración entre política criminal y criminología. Ámbito, que podría definirse sucintamente como el de una política criminal con base criminológica⁴⁴. La elaboración de una política criminal al margen de los datos aportados por una investigación empírica, supondría la utilización ciega de la norma penal. La proposición contraria no sería, sin embargo, válida: no todas las conclusiones a que llega el saber criminológico han de tener traducción inmediata en la ley penal, ya que a ello pueden oponerse principios penales consolidados. Principios que son producto de la evolución del pensamiento penal y que se encuentran oportunamente consagrados en nuestra Constitución⁴⁵. Las estrategias político-criminales tienen que pasar por necesidad por el cedazo de la garantía de esos derechos, sin que este criterio de justicia pueda quedar suplantado en aras de razones pragmáticas o utilitaristas. En suma, estas garantías se imponen por encima de la eficacia del derecho penal, pues son básicas en un Estado social y democrático de Derecho⁴⁶.

Política Criminal y Dogmática jurídico penal.

22. Los efectos prácticos de las sanciones penales constituyen un importante objeto de estudio dentro de la indispensable colaboración que debe existir entre política criminal y criminología. Así lo entendía Von LISZT, cuando definía la política criminal como el “conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito, por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas”⁴⁷. Sólo el estudio de los efectos de la pena puede suministrar una correcta perspectiva sobre la realidad del control social que ejerce el Derecho penal. y sólo a través de ellos puede quedar justificado el *ius puniendi* estatal, pues su legitimación, por afectar derechos esenciales de la persona, radica en sus efectos positivos.

23. La política criminal, en consecuencia, no se limita a postular la adopción de determinadas alternativas legislativas sino que, realiza un segui-

⁴⁴ GARCÍA PABLOS, op.cit. pág.120.

⁴⁵ DELMAS-MARTY, *Le flou du Droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986.

⁴⁶ BERDUGO y Otros, op.cit. pág.87.

⁴⁷ Von LISZT, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T.I, Berlin, 1905, reimpresión 1970, pág.292

miento constante de las mismas. De esta manera, permanece siempre atenta al análisis de su incidencia en la realidad, para que la aplicación práctica no traicione los fines perseguidos. En este sentido, la doctrina alemana habla de “Orientación a las consecuencias” –*Folgenorientierung*– concebida como necesidad de que legislador, tribunales y encargados de la ejecución de la pena conozcan realmente sus consecuencias y puedan valorarlas como deseadas o no deseadas. Sólo así, advierte HASSEMER, se puede superar el nivel de la mera expiación –en el que no se necesitan mayores estudios empíricos– y plantearse objetivos preventivos⁴⁸.

Al respecto se ha afirmado en ocasiones que la política criminal no supone sólo cotejo, en términos de eficacia, de la norma penal y de sus efectos reales con las alternativas políticas, sino que debe también someter a examen a éstas. Hacerlo sería, obviamente analizar ciertas opciones ideológicas de muy diverso origen en base a las respuestas que ellas presentan frente al fenómeno criminal. Pero atribuir este marco a la política criminal ha de considerarse excesivamente ambicioso.

La ciencia del Derecho penal es, ante todo, ciencia del Derecho y las alternativas propias del legislador o del intérprete no pueden ser traducción mecánica de su ideología ni defensa incondicionada de los intereses que él estime relevantes. El Derecho no es sólo Justicia, sino que, como nos recordaba RADBRUCH, es también ordenación de la vida en, es “un Orden”⁴⁹. Y las pautas conformadoras de ese orden encuentran consagración en la Constitución. La elaboración y formulación de esas pautas no puede ser el objetivo de la política criminal, a no ser que queramos disolver este concepto en el más amplio de política, privándose de toda operatividad y desconociendo la especificidad de lo jurídico. Lo que sí hace la política criminal es poner en evidencia los resultados a los que pueden llegar ciertas decisiones políticas, resultados que en la esfera penal pueden representar lo contrario de lo que se pretenda. Sin embargo, nótese que se trata de una crítica emitida desde la esfera penal y elaborada con su material científico propio.

Ha de entenderse, pues, que la política criminal se formula, fundamentalmente, en términos de eficacia y se valora por su funcionalidad, por su idoneidad para hacer efectivo un programa penal determinado⁵⁰. Pero la eficacia no puede entenderse como búsqueda a ultranza de éxitos preventivos procurando el utópico objetivo de una sociedad sin delitos.

24. La política criminal se basa en un catálogo de intereses predeterminado constitucionalmente, pero también en una serie de derechos y en un

⁴⁸ HASSEMER, op.cit. pág.35

⁴⁹ RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 4ª edic.. Madrid, 1959, pág.196

⁵⁰ ZIPF, *Kriminalpolitik*, 2ª edic. 1980, págs, 4 y 5

código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, y será tanto más correcta cuanto más capaz sea de dotarlos de vigencia. En este contexto es donde hay que examinar la idoneidad de otras alternativas político criminales. Merece la pena referirse a las propuestas del funcionalismo que, Niklas LUHMANN incorpora a la teoría del derecho. En efecto, se recurre a criterios de eficacia e instrumentalidad, que puedan brindar un soporte legitimador al aparato penal más acorde con el concepto de *Welfare State* en crisis: “toda organización social conoce el *management by exception*. Este modelo se puede transferir a la política de forma ampliada, en el sentido de una actividad excepcional de los recursos de poder”⁵¹.

La aplicación de estos criterios suponen que la función de las instituciones democráticas no es ya la de servir de vehículo de la voluntad popular, sino la de seleccionar de entre las demandas sociales sólo aquellas que son compatibles con las decisiones ya tomadas por el aparato político-administrativo⁵². El Estado de Derecho queda así reducido a una entidad que reúne en su seno a las distintas ramas de un único sistema de administración⁵³.

25. Con ello lo que se está preconizando es un no disimulado proceso de funcionalización de la ley penal frente a un *status quo* que se acepta y pretende reforzar. De ahí, y en estrecha conexión con razones anteriormente expuestas, el relanzamiento, sobre todo en el área anglosajona, de las teorías de la prevención general, fenómeno potenciado a su vez por la aparente claridad que en ellas introduce el, tan en boga, análisis económico del Derecho penal⁵⁴.

La justificación del poder que, en el marco del capitalismo decimonónico, adoptó en la fábrica la forma de necesidad técnica vuelve a esgrimirse hoy extrapolándola a otras organizaciones sociales⁵⁵. En realidad la pretensión no es nueva y debe situarse en el marco de las teorías realistas o sociológicas, que siempre han intentado la legitimación del Derecho represivo por su eficacia. Pretendidamente superado el pensamiento ilustrado, se afirma que la sociedad post-industrial ha de orientarse por el criterio de la eficacia, ignorando que la eficacia no equivale a extensión ilimitada del control represivo.

Los intentos de intensificar la reacción penal basados en consideraciones sistémico-funcionales, que certeramente han puesto de relieve el fracaso del mito de la resocialización, olvidan que éste puede deberse, ante todo, a la idoneidad de la institución carcelaria para lograrlo y al incumplimiento, por parte de los poderes públicos, de la exigencia de dotar a la igualdad de

⁵¹ LUHMANN, *Macht*, Stuttgart, 1975, pág.197.

⁵² GARCIA MENDEZ, *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, 1987, pág.78.

⁵³ SERRANO-PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona 1988, pág.76.

⁵⁴ ROTTEMBERG, *The economics of crime and punishment*, 2ª edic. Washington. 1976, pág.384.

⁵⁵ MELOSSI, “Las estrategias de control social en el capitalismo”, en *Papers*. 1980 N°13, págs.165 a 196.

un contenido material. De tener presentes estos dos puntos, las consecuencias del pensamiento funcionalista habrían de apuntar al recorte de la intervención penal y no a su extensión, y a la potenciación de los elementos de integración, más que a la marginalización dirigida al logro de una mayor cohesión social en torno a la norma⁵⁶.

2. LA TEORÍA DEL DELITO COMO UN SISTEMA ORDENADO DE CONOCIMIENTOS.

2.1. Introducción.

1. Desde los ataques de Von KIRCHMANN contra el carácter científico de la "Jurisprudencia"⁵⁷ se ha intentado probar el carácter científico del Derecho "fijando como criterios de estricta científicidad la metodología y la sistemática e indicando que ambos están presentes en la jurisprudencia moderna"⁵⁸ De esta manera se procura construir un sistema de conocimientos y juicios de validez objetiva, que merezca la calificación de científico.

La teoría del delito es una forma de sistematizar el Derecho penal. Pero hay que tener presente, como inevitable punto de partida, que existe una "equivalencia de construcciones dogmáticas"⁵⁹. En otras palabras, que pueden justificarse diferentes localizaciones sistemáticas. Lo fundamental sigue siendo el respeto a los principios y garantías resultantes de la forma de Estado constitucionalmente consagrada. Al intérprete se le exige que critique los preceptos jurídicos que atenten contra estos principios, y que realice su tarea orientada por ellos. Respetando este punto de partida, la opción sistemática queda en un segundo plano pues todas las teorías resuelven, con mayores o menores diferencias, problemas que se les presentan y suelen dar, en definitiva, soluciones similares. La teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esta comunicación⁶⁰.

2. Una concepción de la teoría del delito que guarde relación con los imperativos constitucionales, ha de intentar superar una caracterización puramente formal de la infracción criminal. Ello no supone, obviamente, que la determinación del contenido del Derecho penal haya de realizarse al margen del ordenamiento positivo, sino que, partiendo de él, ha de trascender el nivel de análisis formal, pues, como recuerda BRICOLA⁶¹, la teoría del delito debe tener

⁵⁶ BARATTA, "Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistematica", en *Dei delitti e delle pene*, N°1 1984, pág.21.

⁵⁷ Sobre la tesis de Kirchmann véase MUÑOZ CONDE, "Introducción...", op. cit pág. 104 y ss.

⁵⁸ ENGISCH, *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, Trad. Rodríguez Molinero, madrid, 1986, pág. 8

⁵⁹ Ibid. Pág.35.

⁶⁰ HASSEMER, *Fundamentos...*, op.cit., pág.253.

⁶¹ BRICOLA, "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto*, XIX, Torino, 1974, pág.12.

como objeto exclusivo el derecho positivo, pero no como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y a cuya modificación estructural debe cooperar el jurista sin que con ello exceda los límites de su competencia⁶².

Un mínimo de racionalidad en la utilización del Derecho penal trae como consecuencia la afirmación de que, según hemos visto, si las acciones penales se caracterizan por su contenido aflictivo, su utilización debe reservarse para las conductas que produzcan una grave perturbación de la vida social. El rasgo que diferencia las acciones que son consideradas delictivas de los comportamientos antijurídicos objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico radica, por tanto, en su gravedad. Gravedad que reposa en un doble juicio de valor que recae sobre la importancia del bien jurídico (valoración positiva) y sobre la gravedad del ataque (valoración negativa) y que, sistemáticamente, tendrá reflejo en el contenido del tipo del injusto. El resultado de este doble juicio de valor ha de ponerse en relación con los medios de que dispone el Estado para asegurar el funcionamiento y desarrollo del sistema social⁶³.

3. Desde otra perspectiva, debe tenerse presente que los citados juicios de desvalor son un producto histórico, en el que convergen una serie de factores determinantes de los criterios de selección de los intereses tutelados y del grado de intensidad de la tutela⁶⁴.

Así, las peculiaridades del modelo estatal, que responden a la influencia de factores culturales, de estructura económica, nivel de desarrollo, etc. determinan la historicidad del concepto de delito. Historicidad que, a su vez, se apoya en el distinto contenido de los modelos sociales y afecta a la totalidad del sistema penal, aunque se manifiesta más acusadamente en ámbitos muy específicos como pueden ser los delitos políticos, los sexuales o los económicos. Entre estos factores, juegan también un papel relevante los componentes irracionales que subyacen en cada sociedad⁶⁵. Ello introduce un componente de irracionalidad en la selección de las conductas que deben ser evitadas, pero debe tenerse en cuenta que los factores de irracionalidad disminuyen en proporción directa al grado de formación cultural de la sociedad. Desde luego, estos factores deben desaparecer tendencialmente si se aspira a un mínimo de coherencia que haga reservar la intervención penal sólo para asegurar los bienes jurídicos estimados imprescindibles.

⁶² HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª edic. 1988, XIII y ss.

⁶³ GARCIA RIVAS, *El poder punitivo.....*, Cuenca 1996, págs. 23 y ss.

⁶⁴ BUSTOS/HORMAZABAL, *Lecciones de Derecho penal*, V.I, Madrid 1997, pág.129.

⁶⁵ Muchas veces, la llamada 'cultura cotidiana' –si es que existe como tal– puede llevar a soluciones irracionales. Como destaca HASSEMER, el Derecho penal se ha mantenido distanciado críticamente de la cultura cotidiana, sobre todo cuando se aprecian fenómenos como las campañas en favor de la pena de muerte, o la condena de la idea de resocialización en el sistema penitenciario (¿Alternativas al principio de culpabilidad?, trad. Muñoz Conde, en CPC, 1982, nº18, pág.480).

4. Ahora bien, el estudio del Derecho penal desde la perspectiva de su consideración como instrumento de control social no puede ignorar los datos que aporta el examen del contenido de los procesos de selección social, tanto en los denominados procesos de criminalización primaria, es decir, la selección de los comportamientos criminales, como de los de criminalización secundaria, es decir, el control ejercido por las distintas instancias que tienen a su cargo la aplicación de la norma penal, fundamentalmente jueces y policías⁶⁶.

Las conclusiones críticas que en muchos casos se derivan de este examen han de tenerse en cuenta al plantearse el estudio de los caracteres generales del delito y sus consecuencias jurídicas.

2.2. La necesidad de un conocimiento sistemático

5. La teoría del delito es la disciplina que se ocupa de la sistematización, interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal⁶⁷. Se trata de un conocimiento inseparablemente vinculado a la idea de *sistema*; es decir, a una ordenación lógica de los conocimientos propuestos. El que la teoría del delito pueda proporcionar seguridad y racionalidad depende en gran medida del nivel de desarrollo que haya sido alcanzado en el estudio del sistema⁶⁸.

En la dogmática jurídico-penal y en la teoría del delito en particular el contenido de los enunciados usados son de tres tipos: términos jurídicos definidos legalmente, términos técnicos dotados de un contenido sumamente abstracto –como el de ‘injusto’ e ‘imputación’–, y conceptos procedentes del lenguaje común a los que se atribuyen determinados efectos jurídicos. Una de las tareas más difíciles en la construcción sistemática de la ciencia penal la constituye, precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre sí independientes y comprensivas. Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos⁶⁹.

En otros términos, la Teoría del delito no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que la componen en un “todo ordenado” y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión de las categorías concretas⁷⁰.

⁶⁶ TERRADILLOS, “Constitución y Derecho penal”, en *RFUC*, 1986, monográfico nº11, págs. 655 a 660.

⁶⁷ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, V.I, Trad. y notas Luzón/ Díaz y García Conlledo/ Remesal, Madrid, 1997, págs. 192 y ss.

⁶⁸ BERDUGO/ARROYO/G.RIVAS/FERRE/PIEDECASAS, *Lecciones...*, op.cit. pág.84.

⁶⁹ SERRANO-PIEDECASAS, “Crítica formal..”, op.cit. pág.982.

⁷⁰ Para una mayor información bibliográfica consúltese SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. Silva Sánchez, Madrid, 1991, pág.31.

6. No obstante, como advierte SCHÜNEMANN, no se puede caer en la tentación de orientar la sistematización de la ciencia penal según un modelo axiomático “cerrado”, en el que la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales de las que pueden derivarse todos los demás enunciados. Muy al contrario, dada la enorme complejidad de la sociedad humana, que hasta ahora ni siquiera ha sido posible ser evaluada empíricamente, se propone un sistema de análisis “abierto”⁷¹. Un modelo, que, en suma, no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él y no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas⁷². Por esta razón, la indeterminación del lenguaje ordinario, que usualmente se ha considerado como un inconveniente a la hora de interpretar determinados elementos normativos del tipo, debe verse como una posibilidad de apertura del sistema a nuevas valoraciones sociales.

7. En definitiva, el razonamiento sistemático es una tarea irrenunciable para una cultura jurídica que pretenda estar libre de contradicciones internas. Sin embargo, la apertura del sistema nos lleva, por otra parte, a no sobrevalorar los logros obtenidos, de modo que la aparición de nuevos problemas deberán provocar una saludable revisión y puesta a prueba de la sistematización alcanzada.

2.3 Aspectos generales en la evolución del objeto y del método.

Conceptos básicos del sistema penal.

8. En la moderna Teoría del delito existe un acuerdo en lo relativo a la denominación de sus elementos substanciales. En efecto, un penalista de los años treinta y otro de los noventa no dudarían en definir el delito como “conducta típica, antijurídica y culpable, además de la eventual integración de otros componentes de la punibilidad”⁷³. Podríamos incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran grandes discrepancias.

Así, la exigencia de una conducta humana evidencia un determinado comportamiento dominado o al menos dominable por la voluntad. De esta suerte, no son acciones en sentido jurídico-penal los efectos producidos por las fuerzas de la naturaleza, los animales o las personas jurídicas; asimismo, los

⁷¹ SCHÜNEMANN, *El sistema moderno...*, op.cit. pág.36.

⁷² Un claro ejemplo lo tenemos con el problema de la definición del Know-How donde se plantean la validez de ciertas formas de razonamiento jurídico propias de ordenamientos influenciados por el positivismo. El empleo de esta metodología acostumbra a razonar a partir del derecho preestablecido. Ante una nueva situación, el método tradicional la interpreta, no desde la relación social de donde procede, sino a través de las normas existentes que puedan comprenderla. Así, en relación con el Know-how, el concepto se construye en base a institutos jurídicos asentados legalmente. Por el contrario, otra forma de razonamiento jurídico, que tiene su precedente en el Derecho romano y en el hoy más próximo Derecho anglosajón, hace preceder al estudio jurídico el análisis de la situación nueva. (SERRANO-PIEDecasas, “Considerazioni sulla tutela penale del Know-how”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, n° 2-3 1990, pág. 522).

⁷³ BERDUGO/ARROYO/G.RIVAS/FERRE/PIEDecasas, *Lecciones...*, pág.105.

meros pensamientos, las actitudes internas o, en definitiva, cualquier acto que escape al control de la voluntad.

En segundo lugar, el principio de legalidad se proyecta sobre la Teoría del delito exigiendo la tipicidad de esa conducta, es decir, que esté prevista en la Ley. Por eso, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.

La exigencia de la antijuridicidad se deriva de que a veces la conducta se realiza bajo condiciones que la justifican. Esas condiciones, denominadas “causas de justificación”, proceden de todo el ordenamiento jurídico.

Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor. Para ello constituye un presupuesto ineludible determinar la imputabilidad o capacidad de responsabilidad del mismo y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen, por ejemplo, la presencia de un error invencible de prohibición o el estado de necesidad exculpante.

9. Las categorías básicas hasta aquí descritas han sido paulatinamente elaboradas por la doctrina a lo largo de décadas de discusión científica. Así el concepto de acción aparece por primera vez en el manual de A.F.BERNER (1857) como fundamento de la teoría del delito. La exigencia de un reconocimiento de la antijuridicidad material independiente del concepto de culpabilidad es formulado por von JHERING en su escrito “*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*” (1867). El concepto de tipo se debe a E.BELING (1906) en su monografía “*Die Lehre vom Verbrechen*”. Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia los aportes de R.FRANK recogidos en su “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*” (1907). Por último, la evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad de este siglo con impulsos tan decisivos como los de Franz von LISZT y Ernest BELING, Max MAYER y Edmund MEZGER, así como los de Hans WELZEL el fundador de la teoría final de la acción. En la actualidad, se impone una noción funcional de la teoría del delito siendo su máximo representante Claus ROXIN.

Fases de elaboración del sistema del Derecho penal.

10. El objeto y en especial el contenido de la Teoría del delito no han sido siempre los mismos. En efecto, dejando de lado las primeras manifestaciones de la dogmática propias de la Ilustración, nos encontramos con tres grandes corrientes metodológicas: la formalista o positivista, en la que encuentra asiento el causalismo, la neokantiana y la finalista producto, ésta última, de una concepción fenomenológica⁷⁴.

⁷⁴ KLUG, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, T.I. Berlin-heidelberg-New York, 1981, pág. 26.

El método neokantiano modifica el enfoque puramente jurídico-formal propio del positivismo jurídico causalista, introduciendo consideraciones axiológicas que llegarán a su pleno desarrollo con el funcionalismo moderado de ROXIN⁷⁵. A su vez, las corrientes de pensamiento formal causalista y la finalista construyen su dogmática sin salirse del terreno ontológico.

11. El ordenamiento jurídico en general y el Derecho penal en particular no pueden ser entendidos al margen de un determinado sistema social. Como afirma BERDUGO, las conductas esperadas en una determinada sociedad son fruto de las relaciones de poder que se dan en la misma⁷⁶. Por tanto, se puede asegurar que el contenido del tipo de injusto atribuido por las distintas corrientes del pensamiento dogmático reflejan la elección de un determinado modelo político. Así, el positivismo formal está en estrecha conexión con la idea de Estado de Derecho en donde el juego del principio de legalidad proporciona seguridad al vincular al Juez a conceptos sistemáticos sencillos y comparables. Más tarde, el finalismo abandona los excesos de abstracción característicos de las etapas precedentes erigiendo el ser real de la acción humana en concepto central de la Teoría del delito⁷⁷. Con ello se refuerza el contenido del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho penal. Por último, la constante valoración político criminal del quehacer dogmático, propia del último tercio de este siglo, posibilita una rigurosa adecuación de la norma penal al contenido material de la Constitución.

12. El formalismo responde a una concepción dogmática propia del positivismo jurídico, siendo sus representantes más conocidos ROCCO, BINDING y VON LISZT. Para todos ellos el objeto de análisis y sistematización de la Teoría del delito no es otro que el Derecho positivo. Se pretende abordar todos los problemas del Derecho penal con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo de la dogmática cualquier valoración social o filosófica. La dogmática aparece así como un producto en exceso formal que no recoge la infinidad de matices característicos del comportamiento humano⁷⁸. El sistema construido de este modo gana en claridad y simpleza a costa de impedir la necesaria adaptación jurídica a la evolución social⁷⁹.

Esta falta de conexión entre la dogmática y la política criminal, la famosa “barrera infranqueable” de von LISZT, se construye en base a un método sumamente abstracto. El mismo consiste en inducir directamente del

⁷⁵ Las últimas corrientes dogmáticas se inscriben en un funcionalismo radical propugnado por Jakobs al introducir el pensamiento de N.Luhmann.

⁷⁶ BERDUGO, *Ensayos penales*, México, 1994, págs. 11 y 12.

⁷⁷ JESCHECK, *Tratado...*, pág.282

⁷⁸ "La tarea de la Ciencia del derecho penal, escribe Von Liszt, no es otra que comprender delito y pena como generalización conceptual y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la Ley", (Lehrbuch, edic. 21/22, 1919, págs.1 y 2.)

⁷⁹ SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Trad. Silva Sánchez, Madrid, 1991, pág.31.

contenido del texto legal aquellos principios que permitirán establecer no sólo el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino también facilitar la solución de las dudas interpretativas o la necesaria tarea de colmar las lagunas legales existentes⁸⁰.

13. El finalismo, elaborado en la década de los treinta por WELZEL, implica una superación del pensamiento logístico y abstracto propio de la época precedente. El objeto de estudio de la dogmática finalista ya no se ocupa de lo contingente como es el Derecho positivo o atiende a valoraciones de contenido sociológico, sino que centra su exclusiva atención en lo que permanece⁸¹. El contenido de esta permanencia lo forma las llamadas “estructuras lógico-objetivas” que son previas a toda regulación jurídica, y aparecen como una propiedad del ser que posee en sí los contenidos de sentido. Ello quiere decir, que las mismas mantienen con cualquier tipo de regulación social o jurídica una relación de necesidad. En otros términos, la “naturaleza de la cosa”, vincula objetivamente las libres posibilidades de regulación del legislador⁸².

Desde una perspectiva filosófica, el finalismo adopta un punto de vista epistemológico radicalmente distinto al seguido por el neokantismo. En efecto, éstos parten de la imposibilidad de separación de objeto y sujeto de conocimiento. KANT distingue entre la materia, que se conoce por datos sensibles, *a posteriori* y la forma que es una función del entendimiento. Las formas mentales, el espacio, el tiempo, son conceptos *a priori*. Por eso, la realidad (la acción, la causalidad, etc) sólo es aprehendida, racionalmente ordenada, en el marco del propio proceso de conocimiento⁸³. WELZEL, en cambio, considera que las categorías que “ordenan” la materia no son las formas de conocimiento: la realidad ya tiene incorporada en sí el contenido de sentido. Por eso, es posible diferenciar el objeto del sujeto que conoce.

WELZEL asegura que el método fenomenológico es precisamente el que permite al individuo descubrir las estructuras permanentes del ser. HUSSERL sostenía que la “intuición esencial” posibilita la aprehensión directa de la esencia de la cosa: en la medida, que la “finalidad” es una característica inmanente del hacer humano admite su visión inmediata.

Lamentablemente este método de verificación, al no ser controlable desde un punto de vista racional⁸⁴, no es fiable ya que queda relegado al

⁸⁰ VIVES ANTÓN, “Dos problemas del positivismo jurídico”, en AA.VV. Escritos penales. Valencia 1979, pág. 349.

⁸¹ SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pág. 45.

⁸² KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln-Berlin-Bonn.München, 1974, pág. 27.

⁸³ RECASENS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, págs. 50 y 51.

⁸⁴ Como afirma Klug, la intuición esencial equivale a “un analogon lírico-conceptual parecido al concepto teológico de la revelación” “Die Reine rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen”, en *Skeptische...*, op. cit. pág. 99.

ámbito de las proposiciones indecidibles. Por esta razón, GALLAS⁸⁵ y la mayoría de los finalistas actuales renuncian sin más a la fundamentación ontológica del sistema conformando una corriente de opinión de signo ecléctico que se conoce hoy con el nombre de “postfinalismo”⁸⁶.

2.4 Especial mención de la Teoría normativo-funcional⁸⁷.

14. Esta teoría se incardina en una concepción del Derecho penal cuyo fin primordial “esta orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.⁸⁸ Desde esta perspectiva, la misión de la dogmática penal reside en desarrollar (sistematizar) las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) mediante un acto con significado (pena).⁸⁹ El significado del acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es referido a la realidad,⁹⁰ sino por una concepción del injusto articulado desde una perspectiva social.⁹¹

Con ello, la tarea que se exige al dogmático consiste en la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto de las posiciones dogmáticas tradicionales. Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo operar, tanto en aquella versión en la que la acción ya no es “expresión de sentido” (sino un mero proceso psico-físico), cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma⁹².

⁸⁵ GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, Berlín 1955, págs. 7 y 32.

⁸⁶ Por todos, HIRSCH, *FS. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988. pág. 309.

⁸⁷ Se corresponde con una concepción monista normativa del injusto cuyo máximo representante es Günther JAKOBS. Existe una recopilación en castellano de los escritos mas significativos de este autor en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, traducción a cargo de Peñaranda Ramos, Suarez González y Cancio Meliá, precedida por una extensa introducción; también en castellano el manual *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 29 edic. alemana de 1991, traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González Murillo; asimismo *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996, traducción a cargo de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Pertenecen entre otros a esta misma corriente doctrinal: FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe* 1992; VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch* 1991; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und zurechnung des Erfolgs* 1988.

⁸⁸ JAKOBS, *Sociedad....*, op.cit. pág. 15.

⁸⁹ JAKOBS, *Derecho penal....*, Prólogo a la primera edición, pág.IX.

⁹⁰ SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* trad. Cancio Meliá, Univ. Externado de Colombia, 1966. pág. 44.

⁹¹ NOTA JAKOBS, *Estudios....*, op.cit. pág. 7.

⁹² *Ibid*, *Estudios....*, op.cit., pág. 7.

15. Este proceso de “reforestación” normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la Teoría pura del Derecho de KELSEN,⁹³ en los trabajos sobre la validez normativa de MAX WEBER y en la teoría de los sistemas de LUHMANN, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático. Valga decir, que al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser.⁹⁴ En otros términos, al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto.⁹⁵ De esta forma, su concepción del Derecho penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este Derecho⁹⁶. Además, queda circunscrito a la elaboración de conceptos formalizados⁹⁷ faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad; considérense, por ejemplo, los conceptos de “injusto”, de “rol” o de “garante” propuestos por JAKOBS: en ellos todo cabe. Por último, ese sistema cerrado conduce a una inevitable argumentación tautológica o circular⁹⁸ que exige, a la postre, ser rellenada de puras decisiones.

Como se dijo, esta concepción se sitúa en la misma línea normativo-positivista de KELSEN al expulsar de la ciencia penal toda consideración

⁹³ La perspectiva de JAKOBS sobre la norma no entra totalmente en contradicción con la mantenida por KELSEN. Según éste, la esencia del ordenamiento jurídico reside en la imposición de deberes: una regla jurídica sólo puede ser aquella que imponga deberes (“*Hauptprobleme der Strafrechtslehre*”, Neudruck Scienta Aalen 1960, pág. 238). Confróntese esta opinión con la mantenida por JAKOBS en torno a la posición de garante.

⁹⁴ El pensamiento orientado a valores en la dogmática opera cuando se procede tipológicamente, no cuando se procede conceptualmente. La incorporación de puntos de vista teleológicos resultan decisivos en orden a la interpretación. Por eso, una dogmática neutra al valor sólo cumple parcialmente su cometido (LARENZ, *Metodología*....., op.cit. págs. 215 a 221).

⁹⁵ SCHÜNEMANN, *Consideraciones*....., op.cit. pág. 47.

⁹⁶ *Ibid.* pág. 46.

⁹⁷ HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, ZStW, 106 (1994), págs. 746 y ss.

⁹⁸ Por ejemplo, el concepto de culpabilidad, ya despojado de toda idea de poder actuar de otro modo, es el resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación (SCHÜNEMANN, *Consideraciones*....., op.cit. págs.46 y 47). Si la teoría de los elementos negativos del tipo prospera a costa de hacer desaparecer la frontera entre la tipicidad y la antijuridicidad, de suerte que la tipicidad no puede comprobarse sin afirmar primero la antijuridicidad y viceversa, el monismo normativo de JAKOBS se sostiene en base a pagar un precio mas oneroso: el concepto de injusto absorbe al de culpabilidad. En este punto, conviene recordar que Merkel al considerar los aspectos subjetivos en la antijuridicidad tampoco pudo establecer una frontera explicita entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

valorativa. Éste, por requerimientos provenientes de las leyes del pensamiento⁹⁹ y JAKOBS, por entender que las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal¹⁰⁰. A la postre, ambos entienden el Derecho en un contexto positivo, al declarar por razones diversas como acientífico o ajeno cualquier principio suprapositivo. Por ejemplo, la idea del Derecho como un sentido material *a priori* de todo Derecho¹⁰¹.

16.- Entre las categorías penales depuradas de todo componente descriptivo se destaca el concepto de “bien jurídico”. Su contenido viene dado por la protección de “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción”¹⁰². Lo que constituye una lesión a un bien jurídico no es la causación de la muerte, sino la oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio¹⁰³. Esa oposición a la norma se traduce en una efectiva quiebra de confianza en su vigencia. Quebrantamiento que no debe entenderse como “un suceso natural entre seres humanos, sino como un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”¹⁰⁴.

La manifestación de esa oposición provoca una perturbación social que no puede ponderarse en consideración a los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas. Al contrario, “sujeto” debe ser reedificado en términos de “persona”, es decir como sujeto mediado por lo social. Brevemente, persona no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible; o, si se quiere, persona es el sujeto portador de roles¹⁰⁵. En este

⁹⁹ El problema no es una cuestión de obediencia o desobediencia a la norma, sino sólo que la discordancia entre la acción particular con la "acción del Estado" debida conforma la condición para verificar el juicio de imputación.

¹⁰⁰ La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización es una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del Derecho penal sólo corresponde determinar cuales son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (JAKOBS, ZSTW 107 (1995) págs. 855)

¹⁰¹ LARENZ, *Metodología*..., op.cit. págs. 59 y 60.

¹⁰² JAKOBS, *Derecho penal*..., op.cit. pág. 45.

¹⁰³ HIRSCH entiende al contrario, que al asesino se le castiga en primer lugar por destruir una vida humana y, en segundo lugar por rebelarse contra la norma. A ello responde JAKOBS: destruir una vida humana per se no es mas que un hecho natural; tan sólo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico “ser humano” en un ser humano que no debe ser matado sin razón (JAKOBS, *Sociedad*..., op.cit. nota nº10, pág. 25.

¹⁰⁴ JAKOBS, *Sociedad*..., op.cit. pág.11. La norma es solo un modelo de orientación para el contacto social (*Derecho penal*... pág.9 y ss.). Fructífera concepción dialogal del Derecho elaborada por Callies (*Theorie der Strafe*”, pág.15 y págs.80 y ss.) la cual, a diferencia por ejemplo de Mir Puig (*Función de la pena*... págs. 25 y ss.), no obtiene por parte de Jakobs la atención y desarrollo que merecía.

¹⁰⁵ *Ibid*, *Sociedad*..., op.cit. págs. 50 y 51 . Esta noción ya se encuentra en KELSEN. El concepto de persona se formaliza. Se trata de un concepto “jurídico puro”, aquella no es un ser existente, sino un “complejo de deberes jurídicos y derechos subjetivos”. La persona física, no es un hombre (sujeto), sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o autorizan a un mismo hombre (KELSEN, *Reine Rechtslehre* 1934. 2ª edic. 1960, págs. 177 y 178). Mientras KELSEN construye este concepto desde la perspectiva de la ciencia “pura” del Derecho, JAKOBS pretende hacerlo por intermedio de la mediación social.

orden de ideas, la subjetividad de un individuo, por definición, sólo es accesible a los demás a través de sus manifestaciones, de su “comportamiento”. Para que un comportamiento defraude las expectativas garantizadas jurídicamente (infrinja la norma), se requiere como requisito mínimo el quebrantamiento de un rol¹⁰⁶.

El contenido de un rol debe vincularse objetivamente a un patrón y este patrón lo conforma el sistema de normas. Por eso, a los actores (sujetos activos o pasivos) no se les toma como individuos, con sus particularidades subjetivas, sino como personas¹⁰⁷, como sujetos de normas de imputación¹⁰⁸. En suma, la comunicación entre los individuos, no se basa solamente en las propias preferencias (*comunicación instrumental*), sino que se define mediante una regla independiente (objetiva) de tales preferencias, de suerte que el otro pueda invocar esa regla (*comunicación personal*). Ésa regla es una norma social en sentido estricto. Las mismas, son las únicas que conforman el mundo objetivo y sólo ellas determinan la comunicación personal¹⁰⁹. De lo que se infiere, que comportamientos comunicativamente relevantes, a efectos jurídico-penales, serán sólo los expresivos de una relación entre personas.

17. Este tipo de razonamiento fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la ley a puros predicados de valor conduce a una falacia normativista, consistente en argumentar, como antes ya se dijo, en base a conclusiones circulares (tautológicas)¹¹⁰. Así, una acción penal siempre tendrá un contenido socialmente inadecuado, de lo que se infiere que un suceso jurídico sin tal connotación (ausencia de peligro) no constituye acción penal. En particular, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante. Con ello, se ha construido un edificio conceptual de dudoso valor lógico pragmático, entendiendo por tal la teoría de las relaciones de los signos y el que los utiliza, por ejemplo, las cuestiones acerca de la utilidad de las afirmaciones realizadas, su novedad, etc¹¹¹. El error metodológico reside en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la ley para la autoría en el actuar activo (¡también en la omisión!); de suerte que, ya no tiene cabida preguntarse por las estructuras objetivas (propiedades de ser) que subyacen a todo juicio de

¹⁰⁶ Por eso, con la culpabilidad “no se mide al sujeto, sino a una persona, precisamente la persona mas general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar a Derecho” (JAKOBS, *Sociedad...*, pág. 65).

¹⁰⁷ Ibid. pág. 53.

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 45.

¹⁰⁹ Ibid, págs. 78 y ss.

¹¹⁰ SCHÜNEMANN, “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, MJI, 1994, pág. 13.

¹¹¹ SERRANO-PIEDECASAS, *Crítica formal...*, op.cit. pág. 983.

imputación¹¹². En otras palabras, un uso no tautológico de los predicados de valor debe necesariamente establecer la referencia entre dicho predicado y la realidad concreta designada en aquél.

18. La cuestión más arriba enunciada nos introduce en la polémica relación entre ser y deber-ser¹¹³. Permítanme realizar una breve reflexión sobre este tema que atañe a cuestiones fundamentales jurídico-filosóficas y que, por lo tanto, fijan “*ab initio*” las distintas concepciones dogmáticas. En efecto, los partidarios de un monismo normativo parten de la existencia de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus dominios no admiten ninguna clase de interacción; en tanto, quienes admiten que la realidad –“*die Natur der Sage*”– juega un papel orientador para el legislador y el Juez, la atribuyen con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y penetra en lo que es capaz ya de sentido y valor. Precisamente, la aguda discusión entorno al concepto jurídico-penal del resultado no debería desconocer este contorno epistemológico.

19. Pues bien, en mi opinión, todos los que entendemos que la infracción penal reside materialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico reconocen en mayor o menor medida que las “propiedades de ser” son portadoras de significado. En concreto, “la naturaleza de la cosa” si bien admite numerosas y distintas configuraciones valorativas, también puede excluir alguna de ellas por ser plenamente inadecuada o ajena a la cosa (por ejemplo, las tentativas irreales respecto al logro del resultado). Las estructuras lógico-objetivas, en palabras de HENKEL, se constituyen en pre-formas del Derecho y operan decisivamente en el proceso de formación del mismo¹¹⁴.

En este mismo orden de ideas, SCHÜNEMANN entiende que el proceso de subsunción (interpretación) presupone una desnormativización anterior y suficiente de los conceptos jurídicos, so pena de aparecer aquellos como fórmulas abstractas y alejadas de la realidad. Por eso, un concepto de acción del cual se escamotea el elemento ontológico del movimiento corporal, o de omisión del cual también se escamotea el de ausencia de movimiento, posibilita la construcción de una supraconcepto, por ejemplo el de acción de HERZBERG o JAKOBS, coherente desde una perspectiva axiológica, aunque desprovisto de toda utilidad¹¹⁵.

¹¹² SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 15

¹¹³ En relación con el tema: RADBRUCH, FS für Laun, 1948; STRATENWERT, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, 1957; KAUFMANN, *Analogie und 'Natur der Sage*, 1965; WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre* 3ª edic. 1964; ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* 1971. También, BOBBIO y MAIHOFER, ambos en ARSP, t.58.).

¹¹⁴ HENKEL *Einführung in die Rechtsphilosophie* 1964. Traducida al español por E. Gimbernat “Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho” 1964, pág. 392.

¹¹⁵ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...* op.cit. pág. 16

3. PROBLEMAS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

3.1. El tipo del injusto.

*El naturalismo (El positivismo legal)*¹¹⁶

1. El enorme auge de las ciencias de la naturaleza cooperó a que el positivismo acentuara su contenido científico (empírico) o naturalístico. El sistema LISZT-BELING desarrolla así un concepto de la acción dominado por un causalismo mecanicista. De esta forma, el delito requiere de la presencia de una acción consistente en la producción de un resultado que constituya una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos¹¹⁷.

No obstante, este concepto de acción incluye un momento voluntativo, entendido como mera voluntad de causar. Basta comprobar que ha tenido lugar una inervación causante de un resultado para afirmar la presencia de una acción humana¹¹⁸. Es fácil deducir de esta noción que la “acción causal” no se preocupa de la dirección de la voluntad, de su finalidad y, por tanto, carece de elementos valorativos.

El tipo se entiende como descripción puramente externa de la acción, como un acontecer que está descrito de forma no valorativa en la Ley¹¹⁹. Ahora bien, los elementos objetivos del tipo no sólo describen los objetos del mundo exterior, sino todo aquello que se encuentra situado fuera de la esfera psíquica del autor¹²⁰. Por esta razón el dolo y la culpa entendidas como expresiones de la relación psíquica entre el autor y su hecho se examinan en la culpabilidad. Pero no sólo el fundamento ontológico otorgado por el causalismo a la acción afecta a la culpabilidad, sino también a la propia antijuridicidad.

En efecto, dado que la presencia de la tipicidad no supone aún ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho se sigue que aquella no implica la antijuridicidad de la acción. La relación entre ésta y la tipicidad se agota en ser la segunda un mero indicio de la primera¹²¹. Asimismo, la antijuridicidad de la acción se reduce a comprobar que no concurrieron objetivamente alguna de las causas de justificación formalmente descritas en la Ley cuando el sujeto realizó la acción típica. Con ello, no se concede relevancia a las circunstancias o elementos subjetivos de justificación.

¹¹⁶ Sobre el positivismo legal desde la perspectiva actual, véase LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 1994, págs. 48 y ss.

¹¹⁷ La exposición de este apartado está basada en: “El objeto y el contenido de la Dogmática jurídica penal en el causalismo y en el finalismo” SERRANO-PIEDecasAS, Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal. En homenaje a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1995. págs. 39 a 45.

¹¹⁸ GOMEZ BENITEZ, *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1984, pág. 51.

¹¹⁹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906 reimpr. Aalen 1964, pág. 147.

¹²⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho. . .*, pág. 373.

¹²¹ BELING, *Die Lehre.....* págs. 178 y ss.

Este concepto causalista del delito, seguido aún por la jurisprudencia de no pocos países arrastra serios inconvenientes. Como es sabido, el concepto naturalístico de la acción determina un simétrico concepto de la omisión entendida como: un forma que expresa la contención voluntaria de los nervios motores. Esta noción pone en entredicho el fundamento de la punibilidad de las omisiones impropias. En efecto, por exigencias político-criminales el delito de comisión por omisión es asimilado a un delito de resultado, pero la omisión entendida como comportamiento pasivo excluye toda posibilidad de establecer una relación de causalidad entre el resultado y la ausencia de acción. Este problema se habría resuelto si por omisión se entendiera el hacer algo distinto a la prestación deseable obligada por una norma preceptiva¹²².

La tipicidad entendida como mera descripción objetiva del acontecer no puede explicar ni los elementos subjetivos del tipo, como el “ánimo de lucro” exigido en los delitos contra la propiedad, ni los elementos normativos del tipo, ya que tales elementos exigen de una valoración social o jurídica.

La sistemática del Derecho penal bajo el influjo del neokantismo.

2. Mediante el influjo del neokantismo se recuperó para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específicamente jurídica, esto es, aquella que tiene lugar según criterios de valor. En el sistema de BELING y von LISZT la antijuridicidad era, en sus orígenes, una categoría meramente formal a la que sólo confería sentido la soberana decisión del legislador. Pues bien, en este punto se produce una profunda revolución al distinguirse de ella la “antijuridicidad material”. En efecto, al definirse el hecho materialmente antijurídico como “comportamiento socialmente dañoso” y desarrollar como causas de exclusión de la antijuridicidad fórmulas tales como el “principio de más provecho que daño”, pudo ponerse en práctica, por primera vez, una solución sistemática de supuestos insolubles o inadvertidos por el legislador en el ámbito de esta categoría del delito¹²³.

En el ámbito del tipo, la influencia de esta corriente condujo a la superación de un pensamiento fuertemente atado a consideraciones jurisprudenciales mediante la introducción de una elaboración teleológica de los conceptos¹²⁴. Elaboración que nada tiene que ver ni con la positivista “realidad neutra” perceptible por los sentidos, ni con los contenidos de significado provenientes del “*Umgangssprache*”, sino con conceptos obtenidos en el marco

¹²² MIR, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 1991, pág. 320.

¹²³ SCHÜNEMANN, *El sistema moderno...*, op.cit. pág. 50.

¹²⁴ Su precedente hay que encontrarlo en la concepción que RICKERT y LASK tenían del Derecho, como “ciencia de la cultura”.

de un proceso referido a valores. Así, se selecciona como valor supremo en el ámbito de la tipicidad la categoría del bien jurídico¹²⁵ que conduce a una interpretación del tipo a partir del bien jurídico allí protegido.

No obstante, a pesar de que el pensamiento neokantiano supuso respecto del “naturalismo” un profundo trastoque sistemático y metodológico, sus consecuencias en cuanto a la ordenación de las categorías dogmáticas fueron en extremo limitadas. En efecto, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema. En especial, el dolo y la imprudencia continuaron incluyéndose en el plano de la culpabilidad como elementos o formas de la misma. Asimismo, quedaron sin respuesta cuestiones tan importantes como la de cuál es el papel que juega el valor de referencia característico del nivel sistemático de la tipicidad. Por eso, el descubrimiento de los “elementos normativos del tipo” careció de consecuencias para el concepto de delito. Para obtener los frutos derivados de este importante cambio de perspectiva, de lo ontológico a lo axiológico, habría que esperar a la unificación del sistema del Derecho penal y la Política criminal propiciada por ROXIN e introducida en España por MUÑOZ CONDE.

El finalismo.

3. El finalismo colocó el concepto final de acción en la base misma de la estructura del delito. Al igual que en el causalismo se adopta un punto de vista ontológico para su definición, con la diferencia que el primer sistema sitúa la noción de la acción en un plano natural, mientras que en el finalismo se hace sobre la estructura lógico-objetiva del actuar humano caracterizado por la capacidad de conducir su actividad con arreglo a un determinado plan. En definitiva, el sistema de pensamiento finalista se basa en el reconocimiento de la capacidad de libertad de actuación del ser humano.

La acción es final y no puramente causal. Mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso, actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin. “Por eso la finalidad es vidente, la causalidad ciega”¹²⁶.

Las consecuencias que conlleva este nuevo enfoque proporciona el fundamento para una profunda reforma del contenido de la Teoría del delito. La existencia de una acción típica y antijurídica implica para el finalismo una desvalor social que se plasma en el concepto del injusto personal, cuya carac-

¹²⁵ Al efecto, SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, München 1930.

¹²⁶ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yañez, edic. 11ª, 4ª edic. en castellano, Santiago de Chile 1997, págs. 53 y 54.

terística básica es un juicio de desvalor personal de la acción y no el desvalor del resultado (causación de resultados) como se pretendía con el causalismo. Las condiciones que se exigen para deducir este desvalor de la acción son la concurrencia de dolo o imprudencia en la acción del sujeto¹²⁷. Así pues, las acciones dolosa e imprudentes constituyen distintos injustos típicos. Obsérvese, que ahora no sólo lo valorativo (estimación de la finalidad) traspasa todo el delito, sino también lo subjetivo¹²⁸. Por ello la acción final confiere la base subjetiva del injusto. De esta tesis se deriva la consecuencia de que el dolo, al igual que los demás elemento subjetivos, pertenecen al tipo.

Entendiendo el dolo como pura realización de la voluntad de realizar un hecho típico se sienta una firme base de distinción con el denominado *dolus malus* causalista. En efecto, el dolo natural de los finalistas, mera dirección de la acción hacia el hecho típico, no toma en consideración si el sujeto conocía o no la ilicitud de su comportamiento. En otras palabras, el “conocimiento de la antijuridicidad”, el posible “error de prohibición”, se separa del “error de tipo” y su examen queda para ser realizado en la culpabilidad.

El tipo penal, conjunto de elementos objetivos y subjetivos, es la descripción de la materia penalmente prohibida dotada de significado social. Mientras que la antijuridicidad es la contradicción de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por tanto, de ello se deduce, que no hay antijuridicidad sin tipicidad previa, aunque excepcionalmente puede haber tipicidad sin antijuridicidad: esto ocurre cuando concurre una causa de justificación. Así pues, para los finalistas la tipicidad es indicio de que la conducta es antijurídica¹²⁹.

Es de especial importancia destacar la noción que atribuye el finalismo al injusto personal cuya especificidad se aplica sobre todo a los delitos de resultado. En el plano descriptivo (objetivo) la acción y el resultado de la misma están situados en un mismo nivel causal que nada indican acerca de su desvalor jurídico-penal. Sin embargo, en el plano valorativo del injusto lo que determina el juicio negativo es precisamente su contenido doloso o imprudente. El desvalor del resultado “no es pues, un elemento independiente o autónomo en el plano del injusto, sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte”¹³⁰.

No obstante, a pesar de las substanciales mejoras introducidas en la Teoría del delito por el finalismo existen algunos aspectos de la misma controvertidos. Quizás, uno de ellos sea la noción que esta teoría tiene de la omisión. En efecto, WELZEL considera que la omisión no significa un no hacer nada,

¹²⁷ GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, págs. 45 y ss.

¹²⁸ BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3a edic. Barcelona 1989, pág. 143.

¹²⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica...*, págs. 80 y 81.

¹³⁰ *Ibid.* pág. 82.

sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona¹³¹. Pues bien, descrito así el concepto de omisión surge el problema de buscar un criterio que permita seleccionar de entre las innumerables posibles acciones no realizadas aquellas que guarden cierta relación con la acción esperada. Pues, a falta del mencionado criterio, el sujeto “omite” siempre que no lleve a cabo cualquier acción que, con “poder del hecho posible o final potencial” mediante, no realiza¹³². Es evidente que el criterio que permitirá esa selección penalmente relevante es externa al ámbito de las estructuras lógico-objetivas (del ser) y se sitúa en el ámbito del deber ser (la norma)¹³³. La omisión no es un concepto ontológico, sino normativo¹³⁴.

Otro aspecto de no menor importancia reside en el hecho de que la metodología finalista parte de una vinculación absoluta del legislador a las estructuras lógico-objetivas previas al momento normativo. El legislador sólo puede mandar acciones finales. Con ello se cae en una falacia jusnaturalista consistente en una pseudoinferencia del ser al deber ser¹³⁵. El legislador es libre de tomar como base una u otra forma de la materia ya prefigurada. La naturaleza de la cosa (la finalidad de la acción propia del ser humano) no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que sólo se limita a fijar un marco.

3.2. La culpabilidad.

3. Para concluir este breve examen de los sistemas tradicionales resulta obligado hacer mención de los puntos de vista que cada una de esas escuelas mantienen sobre la culpabilidad. El concepto causal naturalista del delito implica una concepción psicológicas de la culpabilidad: como relación psicológica entre el hecho y su autor. Como se dijo el “causalismo” divide a la Teoría del delito en dos partes, una externa o descriptiva que se identifica con el objeto de la antijuridicidad y otra interna o valorativa atribuida a la culpabilidad. Ésta se presenta como el conjunto de todos los elementos subjetivos del hecho y al igual que el injusto se define a partir de la causalidad material, la culpabilidad se concibe como una relación causal de naturaleza psíquica (causalidad psíquica)¹³⁶.

¹³¹ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edic. Berlín 1969, pág. 201

¹³² Si la concreta referencia consiste en la acción final no realizada nada se adelanta. Veámoslo con un sencillo ejemplo: cada vez que un alumno en una biblioteca de 100.000 volúmenes toma un libro –actúa finalmente– está realizando 99.999 omisiones –también finales–. (GIMBERNAT “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento” *ADPCP*, 1987. pág. 583).

¹³³ SERRANO-PIEDCASAS, *Criterio formal*. pág. 996.

¹³⁴ Por todos ROXIN, *Strafrecht AT*, München, 1992, págs. 139 y ss.

¹³⁵ Esta pseudoinferencia se denomina en términos lógicos un razonamiento entimemático (SERRANO-PIEDCASAS, *Ibid.* págs 987 y ss.)

¹³⁶ BERDUGO/ARROYO/G.RIVAS/FERRE/PIEDCASAS, *Lecciones...*, op. cit. Págs. 202 y ss.

Esta versión de la culpabilidad adolece de serios reparos. En efecto, la imprudencia no puede explicarse como una especie de relación psicológica. En la culpa inconsciente no existe ninguna conexión entre el autor y el resultado lesivo pues la misma se caracteriza por el desconocimiento del peligro por parte del autor. Por otra parte, la culpa consciente se define en función de la previsibilidad del resultado típico, cuando lo único que importa comprobar es la infracción del deber objetivo de cuidado. La imprudencia, al igual que la omisión, son categorías dogmáticas normativas y no ontológicas. Por último, existen causas de exculpación en las que subsiste el dolo, por ejemplo, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante y, no obstante, falta la culpabilidad pese a concurrir el nexo psicológico entre el autor y el resultado.

4. La culpabilidad experimentó con el neokantismo una nueva interpretación, al sustituir la noción psicológica de la misma por otra normativa. Por todas las carencias anteriormente apuntadas se acoge la propuesta de FRANK de hacer residir en la “reprochabilidad” la esencia de la culpabilidad. De esta manera se establece en una única sede sistemática el análisis de figuras tan dispares como la inimputabilidad, el dolo, la imprudencia y las causas de exclusión de la culpabilidad; estas últimas, hasta entonces, entendidas erróneamente como causas de justificación o de exclusión de la pena.

En el seno de esta corriente de pensamiento claramente antipositivista se desarrolló la concepción de una causa de exclusión asentada sobre la “inexigibilidad de otra conducta”, planteándose además la cuestión, hasta entonces ignorada, de la relevancia del “error de prohibición”.

5. Para el finalismo en cambio, el contenido de la culpabilidad reside en un juicio de reproche por la realización de un hecho antijurídico. Se trata de un reproche personal porque pudo actuar de otra manera. Los elementos de la reprochabilidad son por una parte, la imputabilidad y por otra la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. A su vez, la imputabilidad es la genuina definición del “poder actuar de otra manera”¹³⁷ y no el presupuesto de la culpabilidad como sostenían los causalistas.

La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de una conducta exculpa al autor ya que no pudo actuar de otra manera y por lo tanto, escribe WELZEL “no pudo motivarse conforme a la norma”¹³⁸. Sin duda, la inclusión del error de prohibición (inevitable) como causa de exculpación supone uno de los mayores aportes del finalismo desde la perspectiva de la humanización del Derecho penal.

No resulta, sin embargo, totalmente pacífica la tesis sobre la culpabilidad mantenida por el finalismo. El planteamiento tradicional basado en la

¹³⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, op.cit. pág. 87.

¹³⁸ WELZEL, *Derecho Penal* ..., op.cit. pág. 197.

idea de libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad resulta discutible. En efecto, esta capacidad de actuar de forma distinta a como se hizo es algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar¹³⁹. Aunque el hombre poseyera tal capacidad no se puede comprobar que hizo uso de ella, ya que, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros elementos, datos o circunstancias que la harían distinta.

Como dice MUÑOZ CONDE, el contenido de la culpabilidad no queda determinado por la existencia de una relación psíquica o por la indemostrable presencia de una categoría ahistórica, su contenido es social y no individual¹⁴⁰. En el mismo sentido, BUSTOS concreta esta idea al afirmar que la “culpabilidad –debe entenderse– como expresión de la capacidad del individuo de ser actor social”¹⁴¹. El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las necesidades del hombre normal y de la colectividad es lo exigible a dicho hombre normal¹⁴². Esta es una de las razones que fundamenta la necesidad de expurgar de nuestros Códigos penales todo vestigio de *versari in re illicita*.

3.2. Toma de posición.

El comportamiento humano.

6. Resulta coherente exigir que los tipos describan el comportamiento en su totalidad, incorporando el dolo al tipo del injusto, pues, como argumenta MIR, “si el imperativo opera apelando a la motivación del sujeto, conminándole a decidir su voluntad en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no ha de influir en la gravedad de la contradicción del imperativo”¹⁴³. Por esta vía se llega a la misma solución que brinda el finalismo, pero sin partir del concepto de acción sino del carácter imperativo de las normas.

Con independencia de ello, es importante seguir subrayando la trascendencia de un concepto de “comportamiento humano” dentro de la teoría del

¹³⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia 1993, pág. 319.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, op.cit. pág. 320.

¹⁴¹ BUSTOS, *Manual de Derecho...*, op.cit. pág.124.

¹⁴² MIR, *Derecho Penal...*, op.cit. pág.589

¹⁴³ MIR PUIG *Introducción...*, op.cit. pág. 58. A la misma conclusión llega GIMBERNAT ORDEIG, (“El sistema de Derecho penal en la actualidad”, en *Estudios*, op.cit. pág. 144), partiendo de la función motivadora del tipo, lo que critica BAJO FERNANDEZ afirmando que GIMBERNAT se refiere al tipo de garantía y no al tipo de injusto (“Algunas observaciones...” op.cit. págs.36 y 37) En realidad, observa OCTAVIO DE TOLEDO, “la controversia es, en cierta medida, bizantina: si en todo caso se admite la coherencia del argumento de MIR que lleva a la misma conclusión que el de GIMBERNAT, hay que admitir que, a partir de los presupuestos adoptados por estos autores (teoría de la motivación), el aspecto que se debate (pertenencia del dolo al tipo de injusto de los delitos dolosos) es correcto” (“Sobre el concepto...” op.cit. págs. 117 y 118.)

delito¹⁴⁴. Ello es expresión de varios principios que dotan de racionalidad a nuestro sistema científico. En primer lugar, sólo la conducta humana puede ser objeto de comprobación jurídico-penal. De ello se derivan importantes consecuencias de índole negativa. No solo se excluye la responsabilidad de los animales, observación hoy elemental, sino que también se excluye el caso fortuito, y la posibilidad de que puedan ser presupuestos de la punibilidad las previsibles lesiones futuras o pronósticos de peligrosidad¹⁴⁵. Desde el punto de vista positivo, y al margen de otras consideraciones que la doctrina ha puesto suficientemente de relieve, hay que resaltar que poner el acento en el comportamiento humano responde mejor a la función –preventivo general– didáctica y motivadora de la ley penal.

Desvalor de acción versus desvalor de resultado.

7. Ello no implica, empero, que en la disyuntiva desvalor de acción o desvalor de resultado haya que tener en cuenta exclusivamente aquel. Una cosa es que las normas no puedan prohibir o mandar resultados, sino sólo actos, y otra bien distinta es prescindir del desvalor del resultado. En un Derecho penal protector de bienes jurídicos ambas facetas del injusto le dan fundamento y contenido¹⁴⁶. Por otra parte, cualquier otra solución chocaría con lo dispuesto por nuestro Derecho positivo¹⁴⁷ y abriría paso a una indebida aproximación a la moral, y sabidos son los abusos represivos en que se incurre cuando la ley no se conforma con 'buenos ciudadanos' y exige “buenas personas”¹⁴⁸.

8. Desde esta perspectiva no compartimos la opinión mantenida por un significativo sector doctrinal que considera que el tipo del injusto se agota en el desvalor de la acción, en tanto que el “resultado” sólo pertenece a la punibilidad y con ello al tipo legal en sentido amplio, pero no al tipo del injusto en sentido estricto. “Al no poderse prohibir resultados, afirma MIR, sino sólo conductas que pueden producirlos, únicamente el desvalor de la

¹⁴⁴ GIMBERNAT entiende que el concepto de comportamiento puede definirse como la “relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales”. Del género “comportamiento humano” surgen las dos especies (valoradas) de acción y omisión. Vid. “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento” en ADPCP 1987, *passim*.

¹⁴⁵ HASSEMER, *Fundamentos...*, op.cit. págs. 257 a 260.

¹⁴⁶ BERDUGO/ARROYO/G.RIVAS/FERRE/PIEDecasas, *Lecciones...*, op.cit. pág. 121.

¹⁴⁷ El diferente desvalor de resultado permite la distinción entre tentativa y consumación. En efecto, mientras que en la tentativa el resultado lo constituye una puesta en peligro concreto, en la consumación lo conforma la efectiva lesión del bien jurídico. Esta fundamentación objetiva del injusto del delito intentado es la que mejor se adecua a la regulación legal del art. 161 CP. De una misma opinión, MIR, *Derecho penal...*, (1997), pág. 347, aunque sólo respecto a las tentativas idóneas; BERDUGO/ARROYO/G.RIVAS/FERRE/S:PIEDecasas, “*Lecciones...*”, op.cit. pág. 237; también, RODRÍGUEZ MOURULLO en *Comentarios al Código Penal T.II*. Barcelona 1976, págs. 215 y 216, sin embargo, no parte de un concepto normativo del peligro.

¹⁴⁸ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Reflexiones...*, op.cit. pág. 23.

acción (objetivo y subjetivo) puede integrar el injusto¹⁴⁹. De esta manera, la antijuridicidad del delito intentado y consumado es idéntica; en ambos casos la infracción de la norma está completamente perfeccionada, puesto que las respectivas acciones merecen la misma valoración negativa. La distinta naturaleza del castigo en una y otra forma de aparición del delito deberá, entonces, justificarse en sede de la punibilidad. Esta posición se basa en que el Derecho no puede prohibir resultados, algo constatable *ex post* y dependiente del azar.

9. Tiene razón MUÑOZ CONDE, al afirmar, que la polémica existente entre desvalor de acción versus desvalor de resultado es superflua: “No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos ya que ambos contribuyen, en el mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento”¹⁵⁰. Los mandatos y las prohibiciones, solamente adquieren sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan, si la conducta se pone en relación con determinado bien jurídico. En otros términos, el contenido formal de la antijuridicidad sólo resulta relevante tras constatar materialmente la antijuridicidad del comportamiento; el desvalor de la acción no es un juicio autónomo, sino en referencia al desvalor de resultado. Además, la producción o no del resultado no es fortuita, como se pretende, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva¹⁵¹. En definitiva, la esencia del problema reside en que estas posiciones desconocen o no le dan la debida importancia al aspecto de norma de valoración que también tiene la norma infringida¹⁵².

Consideración conjunta de la tipicidad y la antijuridicidad.

10. Hemos dicho con anterioridad que los tipos penales han de describir en su totalidad el comportamiento prohibido, incorporando el dolo al tipo. Ello nos lleva a suscribir la teoría de los elementos negativos del tipo. Efectivamente, esta teoría refleja la estrecha relación entre tipicidad y antijuridicidad, al afirmar que los elementos de los que se deduce la justificación de una conducta, aún alejados, por razones estilísticas y técnico-legislativas, del tipo, pertenecen de hecho a él, porque sólo de la consideración conjunta de tipicidad y antijuridicidad se puede obtener la comprensión del injusto

¹⁴⁹ MIR, *Derecho penal...* (1997), op.cit. pág. 145.

¹⁵⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, op.cit. pág. 322.

¹⁵¹ Por eso, el desvalor de la acción juega un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de la acción, por mucho que haya desvalor de resultado no puede haber antijuridicidad. Pero, de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se debe deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior.

¹⁵² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal...*, op.cit. pág. 338.

penal¹⁵³. Siguiendo a ENGISCH y la teoría de los imperativos, cabe afirmar que: “La conocida frase 'lo que no está prohibido, está permitido' puede invertirse 'lo que está permitido no está prohibido’”. Por consiguiente, las determinaciones conceptuales de carácter legal, lo mismo que las autorizaciones, no son proposiciones independientes¹⁵⁴.

¿Cómo queda configurado el tipo del injusto? Tomando como punto de partida los tipos penales, entendidos como tipos valorativos y no meramente descriptivos, el problema causal pasa a ser el primer escalón de la imputación objetiva¹⁵⁵. También, si el tipo expresa toda la conducta que se desea evitar, debe incorporar en él todos los aspectos objetivos y subjetivos del hecho prohibido. Por ello, el dolo está en el tipo. Pero, además, tienen que formar parte del tipo las circunstancias justificantes, los llamados elementos negativos del tipo. Ello es así porque es ilógico afirmar que una conducta esté prohibida y permitida al mismo tiempo, que el legislador quiera y no quiera evitarla a la vez¹⁵⁶.

El desarrollo del sistema moderno del derecho penal en Alemania indica una acogida favorable de esta teoría y, en consecuencia, de una ordenación bipartita de las categorías del delito. Como apunta SCHÜNEMANN, los materiales elementales del sistema del Derecho penal vienen conformados por predicados de valor: el injusto penal y la culpabilidad. “De esta dicotomía de las valoraciones básicas se desprende que únicamente un sistema bipartito satisface las exigencias lógicas, de manera que, del tradicional sistema tripartito o cuatripartito, tan sólo dos elementos –esto es, el injusto y la responsabilidad– pueden conformar la base del sistema teleológico del Derecho penal”¹⁵⁷.

11. Las consecuencias de identificar el tipo con la antijuridicidad se reflejan sobre todo en materia del error, pues al considerar las causa de justi-

¹⁵³ En la doctrina española se han manifestado a favor de esta teoría, entre otros GIMBERNAT, *Estudios...*, op.cit. pág.141, nota nº 31; BERDUGO GOMEZDE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pág.31; BERDUGO/ARROYO/ G.RIVAS/FERRE/PIEDecasas, *Lecciones...*, op.cit. págs. 120 y 121; MIR PUIG, *Función de la pena...*, op.cit. págs. 59 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pág.251.

¹⁵⁴ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico...*, op.cit. pág. 56.

¹⁵⁵ Se suele considerar que la teoría de la Imputación objetiva se incorpora a nuestra doctrina en la monografía de GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966. Vid. También del mismo autor, ¿Qué es la imputación objetiva?, en Fernández Albor (dir) *Estudios Penales y Criminológicos*, T.X. Santiago de Compostela, 1987, págs. 167 a 185. Críticamente TORIO LOPEZ, “Fin de protección y ámbito de protección de la norma”, en Fernández Albor, cit. págs. 381 a 401.

¹⁵⁶ ROXIN, *Teoría del tipo penal*, trad. Bacigalupo. Buenos Aires, 1979, passim. Sin embargo, parece que el autor opta en su manual por un sistema tripartito. Tras reconocer las ventajas de la teoría de los elementos negativos del tipo. Los argumentos serían los siguientes: “entre la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista del principio de legalidad, en el aspecto estructural y en atención a las consecuencias jurídicas, diferencias que quedan niveladas si desde la perspectiva del un sistema del delito bipartito se considera como atípica toda conducta justificada” (ROXIN, *Derecho penal...*, op.cit. págs. 285 a 289).

¹⁵⁷ SCHÜNEMANN, *Introducción al sistema...*, op.cit. págs. 71 y 72.

ficación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

Entre otros, MUÑOZ CONDE se aparta de esta alternativa, sostenida por la teoría restringida de la culpabilidad y por los que seguimos la teoría de los elementos negativos del tipo, aduciendo que el error de tipo afecta a la calificación misma del hecho, mientras que el error sobre un presupuesto fáctico “incide en la licitud del hecho ya calificado”; por eso, esta clase particular de error debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad¹⁵⁸. Frente a estas observaciones se puede responder que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se les puede aplicar los mismos baremos objetivos generales que a los de error sobre los elementos del tipo positivo, lo que no cabe en el error de prohibición, donde hay que operar con un criterio subjetivo-individual sobre su evitabilidad o no. En otros términos, este error implica también la no representación de los presupuestos fundadores de la desvaloración y prohibición y por tanto excluye al dolo como voluntad objetivamente mala, pues va dirigida a un contenido no desvalorado por el Derecho ni consiguientemente por el hombre medio ideal¹⁵⁹.

De todas maneras, hay que reconocer que la discusión sigue abierta ya que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad¹⁶⁰ no es lo suficientemente clara y explícita como para poder observar en todos los casos un tratamiento diferenciado entre el error de tipo y el error de prohibición. Como dice ROXIN la verdadera cuestión de fondo es la compleja y discutible dogmática de los “tipos abiertos”, que adquiere su verdadera dimensión cuando se plantea el tratamiento del error sobre esos elementos “*ambulantes*” entre la tipicidad y la antijuridicidad¹⁶¹.

Culpabilidad.

12. En cuanto a la culpabilidad, su tradicional consideración como juicio de reproche formulado al que pudo haber actuado de otra manera, vinculado a la idea de retribución, se quiebra frente a una dogmática que se orienta hacia la prevención y que acepta la aportación de las ciencias empíricas. En efecto, la crítica que cabe hacer a esta concepción se dirige en dos direcciones: la indecidibilidad filosófica sobre la existencia del libre albe-

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, op.cit. págs.402 y ss.; en extenso, MUÑOZ CONDE, “Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias”, en *La Ley*, n°2675, 1991, págs 5 a 9.

¹⁵⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso...*, op.cit. pág. 474 a 479.

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, págs. 40 y ss.

¹⁶¹ ROXIN, *Offene Tabestände und Rechtspfichtmerkmale*, 2ª ed. 1970

¹⁶² ENGISCH, *Die Lehre der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª edic. 1965, págs. 24 y ss.

drío¹⁶²; y la imposibilidad, para poder ponderar “esa otro poder actuar de otra manera”, de repetir todos los factores concurrentes en la producción del hecho.

Desde una perspectiva preventiva un amplio el sector doctrinal propugna, en cambio, tomar como base el principio político criminal de la necesidad de pena¹⁶³. Entiende al respecto STRATENWERTH¹⁶⁴ que este criterio, desarrollado fundamentalmente por ROXIN¹⁶⁵ explica satisfactoriamente los casos de inculpabilidad, pero no los casos en que la culpabilidad ha de afirmarse. A lo más, sólo cabe admitir esta fundamentación como complemento, ya que las finalidades preventivas no forman parte de la culpabilidad y, en ningún caso, su concepto material quede en función, como pretende JAKOBS, del contenido de la prevención general demandado por la sociedad¹⁶⁶.

Frente a estas alternativas, los defensores de la teoría de la motivación esgrimen el criterio de referir la necesidad o no de la pena a la capacidad o no de motivación. Con ello no se añade desvalor a la conducta delictiva. El desvalor radica únicamente en el comportamiento que quiere ser evitado, esto es, en la antijuridicidad¹⁶⁷.

La culpabilidad consistirá en la atribución de la conducta al sujeto que la realiza, lo que básicamente se materializa en su capacidad de motivación, con lo que se introduce en el razonamiento un momento normativo esencial que vincula la motivación a las exigencias históricas del ordenamiento¹⁶⁸. Aquí ya no se toma en consideración si la voluntad del sujeto estaba o no determinada, lo que se pondera son “las posibilidades de las que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la llamada normativa”¹⁶⁹.

En este marco, queda abierta la cuestión de la solución a adoptar frente a las personas normales de acuerdo con esos criterios pero que, por motivos de desigualdad social, están dotadas de una capacidad de motivación menor que la de los “normales” que pueden participar del bien jurídico tutelado. Esta solución es la que más se ajusta a las exigencias de un Estado social democrático de Derecho. Es cierto, que quedan aún interrogantes por resolver; pero al menos garantiza el cumplimiento del principio de igualdad real

¹⁶³ GIMBERNAT ORDEIG, Introducción a la Parte General del Derecho Penal en España, Madrid, 1979, pág. 69.

¹⁶⁴ STRATENWERTH, El futuro del principio jurídicopenal de la culpabilidad, trad. Bacigalupo-Zugaldía, Madrid, 1960, págs. 102 y ss.

¹⁶⁵ ROXIN, *Política criminal...*, op.cit. pág. 104-

¹⁶⁶ JAKOBS, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1982, págs. 122 y ss.

¹⁶⁷ BUSTOS, *Manual de Derecho...*, op.cit. pág. 30.

¹⁶⁸ En este sentido MIR, *Función de la pena...*, op.cit. págs. 64 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Introducción a Roxin Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, págs. 34 y 35.

¹⁶⁹ MIR, *Tratado de Derecho...*, (1985), op.cit. pág. 589.

de los ciudadanos ante la Ley. Y ello se logra no refiriendo el juicio de valor no a una propiedad de ser formulada en abstracto, “el hombre normal”, sino en otra normativa y concreta, lo exigible a dicho hombre normal¹⁷⁰.

En todo caso, como decía, quedan aún cuestiones penales de enorme transcendencia social por aclarar, por ejemplo: ¿qué factores deben estimarse (jurídicamente) como capaces de disminuir las “posibilidades” de motivación?; además de los de origen morboso¹⁷¹ o incluso los referidos a trastornos de la personalidad, ¿deben también considerarse aquéllos que, por un orden social injusto, han privado al sujeto desde su nacimiento de adecuado aprendizaje de la norma?. Entiendo que un Código penal en sintonía con el cumplimiento de los principios más arriba mencionados deben de contemplar de alguna manera esta situación¹⁷².

13. En cuanto a la alternativa motivación-culpabilidad, que ha ocupado buena parte de la reflexión penal española actual, hay que partir de lo dicho con anterioridad. Es innegable que al tiempo que se abandona el concepto psicológico de culpabilidad, en favor de un concepto normativo, se va produciendo también en el criterio del reproche de culpabilidad, una normativización, una progresiva reducción de los substratos empíricos de la dogmática de la culpabilidad. El objeto de reproche de la culpabilidad deja de ser un dato evidente y mensurable, para convertirse en una construcción teórica. Este cambio facilita la tarea investigadora del juez penal y hace posible el reproche de culpabilidad. El acudir al criterio del hombre medio, en sustitución del hombre real, es el reconocimiento de que con los medios procesales no se pueden probar las alternativas a la acción, entre las que el sujeto pudo elegir. Por lo demás, y así lo observa HASSEMER, ese es el camino seguido por la ley, que no exige en momento alguno la demostración de que existía una alternativa realmente elegible, sino que parte de la experiencia común: se da por supuesta la libertad, salvo que se demuestre lo contrario. Por eso las normas legales que se ocupan de la culpabilidad no se preocupan de fundamentarla, sino de los supuestos de su exclusión¹⁷³.

La discrepancia doctrinal, sin embargo, aparece cuando se va más allá y se pretende sustituir la concepción tradicional de la culpabilidad por la de capacidad de motivación. En efecto, se ha criticado que la atribución a la norma de una función motivadora coincide con la teoría de los imperativos, y a partir de ahí, sobre todo por parte de BAJO FERNÁNDEZ, se ha criti-

¹⁷⁰ SERRANO-PIEDRECASAS, “Doctrina del tribunal Supremo sobre los trastornos de la personalidad”, en *La Ley*, nº141, 1994, págs. 3

¹⁷¹ Sobre el concepto de “enajenación”, ver TERRADILLOS, “Tratamiento jurídico-penal de la enajenación”, en *Comentarios a la Legislación penal*, T.V. Vol. I, 1985, págs. 137 y ss.

¹⁷² SERRANO-PIEDRECASAS, *Doctrina del tribunal Supremo...*, op.cit. págs. 4, nota nº 47

¹⁷³ HASSEMER, *Fundamentos...*, op.cit., págs. 287 a 289.

cado esta teoría, sobre todo por sus negativas consecuencias en la dogmática penal, como pueden ser la identificación de la antijuridicidad con la mera no sumisión al mandato, la confusión antijuridicidad-culpabilidad (el inimputable no desobedece, su conducta no es entonces antijurídica), la imposibilidad de explicación satisfactoria de la punición de la culpa inconsciente (no hay desobediencia del imperativo que se desconoce), etc¹⁷⁴.

Ciertamente, se trata de argumentos críticos atendibles. Pero ellos no autorizan a negar la proposición: “el Derecho penal pretende motivar mediante amenaza”. También las cuestiones concretas pueden tener una respuesta más o menos convincente, sobre todo si se acepta la posibilidad misma de la motivación, y al respecto, parece claro que la noción de motivación está implícita en la norma jurídica, o en la admisión de un destinatario de la misma. Si la motivación no es posible, la determinación por medio de la norma tampoco lo es. Conceptualmente no hay diferencia entre motivación y determinación. Luego, habrá que concluir que la crítica respecto a la posibilidad misma de la motivación queda neutralizada.

Esta opción no está, empero, exenta de problemas. Perdido el carácter estigmatizante del juicio de reproche, se argumenta con la racionalidad de la orientación a fines. Como gráficamente expresa HASSEMER, el juicio de culpabilidad así construido no implica sino la constatación de que se puede y se ha de hacer algo con el autor. El juicio de culpabilidad se transforma en “*subsistema*” adecuado a la función que el “*sistema*” jurídico-penal ha de asumir, con lo que –según denuncia dicho autor– se rompe la concepción garantista de LISZT, de rígida separación –no de integración– entre Derecho penal y política criminal, según la cual, aquel se yergue en barrera inquebrantable de ésta¹⁷⁵.

El peligro de traspasar tradicionales límites garantizadores es, pues, evidente. Pero el poner el acento en la adecuación a fines del juicio de culpabilidad no supone caer en ese riesgo, sino tratar de evitarlo acudiendo a criterios sólidos, por científicamente constatables, y dentro de un contexto jurídico-político de carácter democrático que impone respeto a los principios de proporcionalidad y no de la instrumentalización de la dignidad de la persona.

¹⁷⁴ BAJO FERNANDEZ, *Algunas observaciones...*, op.cit. págs. 13 a 21.

¹⁷⁵ HASSEMER, *Fundamentos...*, op.cit., págs. 290 a 295.