

LXXV AÑOS DE EVOLUCIÓN JURÍDICA EN EL MUNDO

JUAN CÓRDOBA RODA *

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. EL DERECHO PENAL COMO CIENCIA DEDICADA AL ESTUDIO DEL DERECHO POSITIVO. 1. La legislación penal como objeto. 2. El método de la dogmática. A) Sus beneficios. B) Sus defectos y limitaciones. III. LAS FUNCIONES ATRIBUIBLES HOY AL DERECHO PENAL. 1. Consideraciones generales. 2. Referencia a algunos ejemplos de formas actuales de delincuencia. A) Delitos contra el patrimonio. B) Delitos relacionados con el urbanismo. C) Delitos con sujeto pasivo-masa. D) Delitos de violencia. E) Consideraciones finales. 3. Valoración crítica del ordenamiento jurídico penal; directrices para su reforma. A) En cuanto a los presupuestos. B) En cuanto a los efectos jurídicos. C) Cuestiones planteadas por el derecho penal administrativo y el de las medidas de seguridad. 4. Reforma de la ley penal y realidad social. A) Formulación general. B) Aspecto de la cuestión.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En la presente ponencia nos proponemos examinar algunos de los aspectos que la temática general encerrada en el título “LXXV años de evolución jurídica en el mundo” plantea en relación al derecho penal. Bajo el punto de vista del área nacional a examinar, nuestra atención se centrará sobre el ámbito cultural de España y de aquellos otros países, por una u otra razón, más relacionados con la ciencia penal española.

La expresión “evolución jurídica” suscita una serie de interrogantes cuya exposición estructurada no resulta fácil. La indicada expresión sugiere, ante todo, la necesidad de tomar conciencia de ciertos cambios tanto en la esfera de las ciencias de la naturaleza y de la técnica, como en el ámbito de la estructura social y de los valores, y de, sobre esta base, plantear la cuestión de si tales transformaciones, de una y otra naturaleza, han sido debidamente tomadas en consideración por el derecho penal; realidad ésta que, en su formulación legal, comporta siempre el carácter de consolidación y, por consiguiente, de conservación de un cierto instante de la historia.¹ En relación a lo an-

* Catedrático de derecho penal de la Universidad de Barcelona y vicedecano de la Facultad de Derecho.

¹ Cfr., Friedmann, *El derecho en una sociedad en transformación*, México-Buenos Aires, 1966; Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1973, pp. 300 y ss.; Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México-Madrid-Buenos Aires, 1975.

tes expuesto observemos que las investigaciones médicas y farmacológicas sobre el hombre y su conducta suscitan el interrogante de si debe acudirse a la aplicación de nuevos recursos en la reacción frente al delito. Por otro lado la puesta en práctica de determinadas técnicas ha provocado la aparición de ciertas acciones causantes de extraordinarios perjuicios para la sociedad. Baste a tal efecto pensar en el agotamiento de los recursos naturales, la contaminación del ambiente y, en general, el desorden ecológico. Y los cambios en la estructura social han dado, por su parte, lugar al desarrollo de determinadas conductas merecedoras de un grave juicio de reprobación social, tales como las comprendidas bajo la llamada "delincuencia económica" y las infracciones cuya víctima es una masa muy considerable de individuos, que no habían sido particular y específicamente previstas como necesitadas de punición por los autores de la mayoría de los cuerpos legales hoy vigentes, promulgados en su tiempo con una preocupación político-criminal orientada a reaccionar frente a acciones vinculadas a una estructura social distinta a la actual. La regulación de los delitos contra la propiedad ofrece un claro ejemplo al respecto.

Por último las transformaciones en la valoración de las conductas han conducido a la formación de propuestas para la derogación —las llamadas "desincriminación" y "despenalización"— de determinados delitos; y los cambios en la valoración de las penas han llevado a la elaboración de postulados tendientes a la supresión de algunas de ellas, como la de muerte y a la amonización del marco máximo de las sanciones privativas de libertad.

Con el propósito de estructurar los principales aspectos de la evolución jurídica en el ámbito penal, de cuyas varias facetas acabamos de exponer unos ejemplos, procede examinar la situación actual de la referida problemática y describir algunas de las vías a las que la presente evolución parece conducir.

II. EL DERECHO PENAL COMO CIENCIA DEDICADA AL ESTUDIO DEL DERECHO POSITIVO

Tras estas observaciones iniciales debemos poner de relieve que la ciencia jurídico-penal ha estado fundamental, cuando no exclusivamente, dedicada al estudio del derecho penal positivo, conforme a las bases metodológicas establecidas por las doctrinas italiana y alemana a principios del presente siglo, que tuvieron una clara formulación en el conocido trabajo de Rocco sobre el método en la ciencia del derecho penal.² Con ello queremos destacar que el objeto de dicha ciencia ha estado constituido por el derecho penal positivo,

² Rocco, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", en *Opere Giuridiche*, t. III, 1933, pp. 297 y ss.

y el método, por un proceso lógico integrado por la interpretación, la dogmática o sistemática y la crítica. Recuérdese, por lo demás, que la atribución a la ciencia jurídico-penal del referido objeto y método constituyó el resultado de un proceso histórico-doctrinal que puso fin a la llamada lucha de escuelas en virtud de una construcción que supuso una decisiva clarificación de las funciones de la ciencia del derecho penal.

1. *La legislación penal como objeto*

Cuál haya sido la evolución de la legislación penal constitutiva del objeto de nuestra ciencia, resulta difícil de concretar en un corto espacio. En términos generales, los cuerpos legales hoy vigentes, tanto de derecho material como procesal, encuentran su origen en el proceso de codificación iniciado a principios del siglo XIX bajo el intenso influjo de los códigos franceses, habiendo experimentado aquéllos, desde entonces, una transformación en función de factores y circunstancias políticas, sociales y culturales de muy heterogénea naturaleza. Las directrices y paredes maestras de las leyes hoy vigentes se remontan, pues, a leyes elaboradas hace más de siglo y medio sobre la base de unos antecedentes y estudios de un valor aún hoy indiscutible. Muy significativo resulta el que en 1970 diversos organismos celebraran en España el centenario de una gran obra legislativa que se manifestó en textos tan distintos como el Código Penal, la Ley del Ejercicio del Derecho de Gracia y la del Registro Civil. Las reformas que, desde su origen hasta ahora, ha experimentado nuestra legislación han supuesto, pues, la incorporación de cuerpos extraños al sistema primitivo. Resultado de ello es la existencia en los códigos vigentes de numerosas incongruencias y contradicciones internas. Lo hasta aquí expuesto explica, asimismo, el que la imagen de la sociedad contemplada por el redactor de las disposiciones hoy vigentes guarde una evidente discrepancia con la de la realidad actual.

Además, las reformas de los referidos cuerpos legales no han respondido, frecuentemente, sino al propósito de ampliar el ámbito de las acciones previstas como delito a conductas cuya comisión se ha tratado de evitar a través de la intimidación de la pena. La política criminal que ha servido de base a dichas reformas ha adolecido, pues, en muchos casos, de un simplismo ciertamente censurable. Este proceso tiene su contrapunto en un fenómeno inverso al anterior, de gran valor sintomático, cual es el ejercicio del derecho de gracia a través de las disposiciones de amnistía e indulto. De una forma periódica el Estado y por motivos fundamentalmente políticos, ha condonado, en virtud del ejercicio de un tal derecho, la responsabilidad penal de una gran parte, en ocasiones de casi la totalidad, de la población reclusa, en virtud de un proceso que en su conjunto causa la impresión de constituir una compensación de la severidad de las leyes penales existentes o un claro re-

conocimiento de una situación legal evidentemente insatisfactoria y motivadora, en consecuencia, de una actitud de escepticismo para los recursos y sanciones por ella creados. Todo ello explica el que, como un jurista francés contemporáneo pone de relieve, las peticiones de amnistía constituyen una de las reivindicaciones que en unión a otras atinentes a sectores sociales y económicos distintos al penal, formula de modo periódico la sociedad frente al Estado.³

Una evolución de la legislación penal distinta a la hasta aquí expuesta, es aquella que ha respondido a la progresiva incorporación al ordenamiento jurídico positivo de preceptos cuyo origen se encuentra en los estudios y experiencias de la ciencia criminológica. Un tal fenómeno se ha manifestado, sobre todo, en la creación de nuevas medidas para la reacción estatal frente al delito, tales como el internamiento en establecimientos de terapéutica social, en instituciones psiquiátricas y de educación, y la prestación de actividades en favor de la sociedad. Y dicha recepción de estudios y experiencias criminológicos ha dado lugar también a otra serie de reformas atinentes a los efectos jurídicos del delito, como son la nueva ordenación de las penas pecuniarias, la supresión de prescripciones que puedan obstaculizar la readaptación social del condenado y la reestructuración del régimen de cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. Baste aquí estas referencias para ofrecer una sucinta imagen de los distintos aspectos de la evolución de la legislación penal, en el bien entendido de que sobre la última de estas facetas examinadas nos volveremos a ocupar más adelante, al efectuar un balance de las tendencias a las que el derecho penal en la actualidad apunta.

2. *El método de la dogmática*

A. Sus beneficios. La elaboración dogmática del derecho penal positivo, consiguiente a la aplicación del método antes referido, ha supuesto unos indudables beneficios que cabría sistemáticamente agrupar en dos categorías distintas.

a) Por un lado ha contribuido a un mejor conocimiento de la ley con el consiguiente efecto de aminoración de las dudas e incertidumbres que la aplicación de la misma provoca. Dicha actividad intelectual ha conducido a destacar la función de garantía que a la letra de la ley corresponde en la determinación del ámbito de lo delictivo.⁴ Por otro lado el estudio del derecho positivo ha conducido a que la esfera de aplicación de los preceptos penales deba ser determinada en virtud de la averiguación del significado correspondiente a sus elementos integrantes, como procedimiento distinto, éste, al de

³ Merle-Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, París, 1973.

⁴ Gimbernat Ordeig, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en el libro *Homenaje a Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 485 y ss.

atender, para dicha determinación, a cuáles puedan haber sido los casos o supuestos hasta la fecha incluidos en el correspondiente precepto. Consecuencia de estas premisas lo ha sido, verbigracia, el que la llamada *estafa procesal*, es decir, el perjuicio patrimonial producido en virtud de un engaño ocasionado a la autoridad judicial, haya sido estimada como constitutiva del tipo de estafa.⁵ Si el referido supuesto cumple los elementos integrantes de la estafa, no cabrá oponer a su subsunción en ésta, el que los casos hasta la fecha sometidos al ámbito de dicho delito ostenten unas características muy distintas al de la referida estafa procesal.

b) Aparte de proporcionar una mayor certeza en la determinación del ámbito de los preceptos legales, el estudio dogmático del derecho positivo ha conducido a la elaboración de una serie de exigencias favorecedoras de una justicia penal más satisfactoria, como consecuencia de la construcción de determinadas nociones tales como, para poner dos ejemplos, las constituidas por el *bien jurídico* y el *conocimiento de la antijuridicidad de la acción*. Dichas exigencias han operado en dos niveles distintos, aunque íntimamente relacionados, a saber: a) en el de la solución de las cuestiones planteadas *dentro de un cierto marco jurídico*; b) en el de postular la *reforma de dicho marco*, es decir, en el de propuesta de *modificación de la ley*. De uno y otro aspecto nos ocuparemos tanto aquí como más adelante (III-3).

En cuanto al bien jurídico la doctrina ha ofrecido una elaboración del mismo, no sólo como noción *inmanente* a la ley penal sino además como una idea situada *fuera* de ésta, destinada a explicar el proceso de incriminación llevada a cabo por el legislador ^{5 bis} e incluso la actuación de la administración de la justicia penal. De especial interés resulta hoy, en efecto, la investigación del proceso que conduce, en la realidad, a la selección por el legislador de los intereses que deben ser objeto de tutela penal, así como el estudio de la indiscutible influencia ejercida en la práctica judicial por las actitudes valorativas de los tribunales sobre lo que merece ser objeto de aquella protección.

En gran número de infracciones, de entre las que cabe aludir a los delitos contra la seguridad interior del Estado, las falsedades y los delitos contra la propiedad, argumentos atinentes al bien jurídico tutelado permitirán introducir a los jueces satisfactorias restricciones en el ámbito de lo que conforme al texto legal debe ser objeto de punición. En este sentido cabrá apreciar la existencia de un proceso lógico de elaboración de un concepto de bien jurídico que si bien toma como *punto de partida* la redacción de la ley, conduce a la formación de un concepto, útil a los referidos efectos, que no puede considerarse como un producto pura y simplemente de la ley.

⁵ Cerezo Mir, "La estafa procesal", en *Anuario de derecho penal*, 1966, pp. 179 y ss.; Oliva, *La estafa procesal*, Madrid, 1974.

^{5 bis} Hassemmer, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, Frankfurt, 1973, pp. 19 y ss.

Por lo que al segundo de los ejemplos antes indicados se refiere, recordemos que hoy se reconoce de modo prácticamente unánime por la doctrina y la jurisprudencia, como resultado de un proceso de elaboración dogmática de nociones atinentes a la culpabilidad, que el conocimiento, por el agente, de la significación antijurídica de la conducta realizada constituye un requisito imprescindible para la existencia de delito.⁶ Un tal reconocimiento ha supuesto la superación de la doctrina tradicional que distinguía el error de hecho del de derecho, a efectos de atribuir relevancia excusante al primero y negársela al segundo, conforme al conocido aforismo *error facti excusat, error iuris nocet*. La construcción a la que de modo creciente acuden hoy la doctrina y la jurisprudencia parte de la afirmación de que el sujeto no sólo debe conocer la parte objetiva del tipo --verbigracia, que el disparo está dirigido a un ser humano en el caso del homicidio--, sino además la significación antijurídica del hecho cometido --en el ejemplo anterior que la muerte está prohibida por el derecho. Tanto el *error de tipo*, es decir, el que incide sobre cualquiera de los elementos integrantes de la parte objetiva de éste, como el de *prohibición*, son relevantes a los efectos de extinguir o atenuar --de una u otra forma-- la responsabilidad penal. En la medida en que la parte objetiva del tipo se compone tanto de elementos *descriptivos* --verbigracia, el *hombre* como víctima en el homicidio, la *mujer* en el aborto, etcétera--, como de *normativos* --el *pudor* o las *buenas costumbres* en el escándalo público, las cualidades de *mueble* y *ajena* de la cosa en el hurto, etcétera--, resulta claro que tanto un desconocimiento del *hecho*, como uno del *derecho*, pueden dar lugar a la existencia de un error de tipo.

La significación y trascendencia prácticas de la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad son evidentes. En particular importa poner de relieve que una de las esferas en la que dicho requisito cumple una importante función --al conducir, en su caso, a una exención de responsabilidad penal-- es la correspondiente a los delitos cuya antijuridicidad material manifiesta una mínima gravedad, que, en buena parte, se corresponden con las llamadas infracciones de peligro abstracto, cuyo mantenimiento en la ley constituye un fenómeno merecedor frecuentemente de censura a la vista de las actuales exigencias de "desincriminación" y "despenalización" de conductas hoy previstas como delito, a las que ya anteriormente nos hemos referido y de las que más adelante nos volveremos a ocupar. Ejemplos de lo expuesto los ofrecen, entre otros, los delitos contra la seguridad del tráfico y determinados tipos de falsedad.

B. Sus defectos y limitaciones. El mantenimiento de la dogmática como método de la ciencia jurídico-penal se halla perfectamente justificado por las ra-

⁶ Cerezo Mir, "La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, julio-septiembre, 1964, p. 456; Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 130 y ss.

ziones expuestas. La formulación de este juicio debe, sin embargo, ir unido a una clara conciencia sobre los defectos en los que la aplicación del referido método ha incurrido y que importa mucho evitar, por un lado, y de las limitaciones a las que el mismo, por razón de su fin, está sometido, por otro. Examinemos a continuación uno y otro aspecto.

a) Frente a la evolución experimentada por la dogmática jurídico-penal se ha, desde antiguo, observado la necesidad de que su estudio y atención se centraran sobre las cuestiones de trascendencia para la realidad práctica. Ilustrativo resulta lo expuesto ya hace años en la doctrina italiana por Antolisei y Nuvolone;⁷ y, en época mucho más reciente, por Nauke en la ciencia alemana, al examinar cuáles han sido los temas sobre los que se ha centrado el estudio de la dogmática de dicho país y llegar a la conclusión de la existencia de una clara discrepancia entre cuáles han sido las cuestiones planteadas en la realidad social, por un lado, y aquellas otras que han merecido la atención de la doctrina penal, por otro.⁸

En este orden de cosas cabría acaso, asimismo, pensar que ante una realidad social caracterizada por un desarrollo, tanto en cantidad como en calidad, de la criminalidad y por una situación evidentemente insatisfactoria de la administración de la justicia penal, como encarnación de la reacción del Estado frente a la delincuencia, es preciso establecer un orden de prioridades en la actividad científica, en el que la dogmática jurídico-penal debe ser propuesta.

En el fondo de todas estas críticas se agita la idea de que la ciencia del derecho penal debe centrar el objeto de su atención en las cuestiones planteadas por la realidad, para que siquiera bajo tal expresión no se haga referencia a varias cosas. El que esta exigencia debe ser aceptada no ofrece, a nuestro juicio, lugar a dudas. Ello no pone en tela de juicio el que la dogmática sea necesaria para la ciencia jurídico-penal, pero conduce imperiosamente a la conveniencia de destacar los límites de la dogmática y a destacar la exigencia de acudir, además, a la aplicación de otros métodos para el estudio de ciertos órdenes de problemas de un indiscutible valor para el derecho penal.

b) La indagación de las limitaciones a las que la dogmática está sometida debe, a nuestro juicio, centrarse en el examen de un fenómeno de una gran importancia para el tema objeto de la presente ponencia, al que interesa seguidamente dedicarle con cierta amplitud nuestra atención.⁹

Recordemos, a tal efecto, que la aplicación de la ley a la realidad que toda

⁷ Una valoración en: Stampa Braun, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953, pp. 122 y ss.

⁸ Nauke, "Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis", en *ZStW*, 85, 1973, pp. 399 y ss.

⁹ Esta materia aparece desarrollada en mi trabajo "Consideraciones sobre la jurisprudencia penal", en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo, 1974, pp. 119 y ss.

sentencia responde, constituye un proceso, más o menos complejo, en virtud del cual tras de dar como probados unos hechos y determinar los preceptos jurídicos aplicables, se dispone la condena o absolución. Conocido es también que las funciones de determinación de los hechos y de la norma aplicable se hallan regidas en numerosos países, entre los que figura el español, por los principios de *oficialidad* y *legalidad*. Conforme al primero de ellos se impone a la administración de justicia —y a la policía judicial como auxiliar de la misma— el deber de perseguir y, en su caso, castigar los delitos, con exclusión de toda facultad de decidir sobre la oportunidad del ejercicio de dichas funciones. En virtud del principio de legalidad se atribuye únicamente a la ley la cualidad de ser fuente de derecho penal.

Si examinamos el efectivo modo de operar de la administración de la justicia en la *realidad*, obtendremos, sin embargo, una imagen muy distinta de aquella que resulta de la rigurosa aplicación de los indicados principios de oficialidad y legalidad. Por un lado los hechos que, como *probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos tal como se han producido *en la realidad*. Por otro los tribunales, al llevar a cabo su función enjuiciadora, no sólo acuden a los preceptos legales sino además a otros elementos situados propiamente *fuera de la ley*. Estudiemos con atención estos dos aspectos.

a') Los hechos que como *probados* son sometidos a la función judicial difieren en buena medida de los hechos, tal como han tenido efectivamente lugar en la historia. A la descripción que de los mismos ofrecen las sentencias, se llega tras un complejo proceso de selección y de transformación de la realidad. En virtud del conjunto de actividades que se inician a partir del conocimiento por la administración de justicia de un determinado hecho punible y que concluyen con la descripción por el juzgador de los hechos sometidos a su conocimiento, no sólo tiene lugar un progresivo estrechamiento de la realidad que va a servir de base a la aplicación de la norma penal, sino además una mutación de esa propia realidad. En suma, la imagen de los hechos efectivamente producidos en la historia difiere notablemente de aquella que de los mismos nos ofrece el conjunto de sentencias integrantes de la jurisprudencia penal.

Por un serie de razones diversas atribuibles a factores varios —tanto, verbigracia, a la limitación de medios de toda clase, como a la existencia de ciertas actitudes más o menos difundidas—, la persecución de los hechos punibles por la policía, ni alcanza a la totalidad de los efectivamente producidos, ni aparece aplicada con igual intensidad a todos los delitos. Como ha sido puesto de relieve, la limitación de los medios materiales y personales frente a una delincuencia en transformación, la ausencia de denuncia por las víctimas y la distribución no satisfactoria de los recursos hoy existentes, pueden contribuir a la falta de persecución efectiva de las conductas constitutivas de deli-

to.¹⁰ Por otro lado la creación de estímulos en relación a la actividad policial dedicada a cierto tipo de infracciones, así como la convicción de la inutilidad del esfuerzo aplicado a la persecución de determinadas conductas —verbigracia, por las dificultades de la investigación o por la naturaleza de los respectivos hechos—, motivan el que la actuación de la policía se distribuya de modo desigual en relación a las diversas infracciones penales.

Por lo que a la actuación de los tribunales se refiere, muy conocido es el fenómeno conforme al cual el juzgador invierte el orden lógico de determinar en primer lugar los hechos y, en segundo, la norma jurídica aplicable, por el de dar a los hechos aquella configuración que haga posible la subsunción de los mismos en el precepto determinante de la solución que para el juzgador se presenta como justa.¹¹ Así, por ejemplo, el deseo de los tribunales de evitar en ciertos casos la estimación del delito de robo, explica la aparición de una tendencia a evitar el dar constancia de los actos de fuerza en las cosas integrantes del referido tipo.¹² Un tal proceso de transformación de los hechos, desde el momento de su producción en la realidad hasta el de la configuración de un sector de los mismos como redacción de hechos probados que sirve de base a la sentencia judicial, tiene, asimismo, otras importantes manifestaciones, no sólo en el instante de la elaboración de la correspondiente sentencia sino además en otros momentos procesales anteriores a aquél. Así por ejemplo, aun cuando ni el perdón de la parte ofendida, ni la satisfacción por ella de las responsabilidades civiles dimanantes de la infracción criminal, deben extinguir la responsabilidad penal proveniente del delito cometido, la reparación de los daños o la indemnización de los perjuicios en determinada clase de hechos punibles, verbigracia, en ciertas modalidades de estafa y de apropiación indebida, puede dar lugar a que en la práctica no se castiguen las conductas en las que la indicada satisfacción tenga lugar.

Diversas son las razones o motivos de la progresiva transformación de la realidad histórica que el proceso de administración de la justicia penal puede llevar consigo. En ocasiones la selección de los hechos que van a servir de base a la condena penal y la consiguiente exclusión de otros de un tal efecto jurídico depende, según en parte ya apuntamos, de las limitaciones orgánicas o funcionales de la administración de la justicia. En otros casos la referida transformación, ya en forma de selección o en la de mutación de la realidad, responde a determinadas actitudes valorativas. Así, la estimación de que determinadas acciones no deben ser castigadas en absoluto o de que deben

¹⁰ Cfr., Normandcau, Parizeau, Szabo, "Police et société moderne", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 43, 3º y 4º, 1972, pp. 611 y ss.

¹¹ Cfr., los trabajos publicados en *Archives de philosophie du droit*, núm. 17, París, 1972.

¹² *Memoria elevada al gobierno de la nación el 15 de septiembre de 1967 por el fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1967, p. 85.

dejar de serlo en ciertas circunstancias, conduce a no dar como probados determinados hechos o a conformar los producidos de modo distinto al real. La importancia e interés de un tal tipo de actitudes valorativas resulta obvio, siquiera no puedan las mismas ser aprehendidas por el método dogmático sino por la aplicación de otros procedimientos lógicos. En particular dicha importancia e interés son evidentes si concebimos el derecho penal y, en general, el derecho, no como el conjunto de preceptos *formulados en las leyes*, sino como el de aquellos *que rigen en concreto los hechos de la vida social*. Y si pretendemos un conocimiento de este conjunto de preceptos, deberemos orientar nuestro examen no sólo a los textos legales y a los considerandos de las resoluciones judiciales, sino además al proceso por el que se opera la indicada transformación de la realidad.

b') Una vez examinado el proceso de determinación de los hechos que sirven de base a la resolución judicial, corresponde seguidamente centrar nuestra atención sobre la averiguación de los preceptos jurídicos aplicables, como función propia de aquélla. Un tal examen conduce a observar que, no obstante la vigencia formal del principio de legalidad, los preceptos que en concreto regulan los hechos de la vida social no se corresponden, lisa y llanamente, con aquellos que aparecen formulados en las leyes. Aun cuando toda sentencia se *presenta* como una aplicación de la *ley* a la realidad, lo que la sentencia *aplica* como precepto o conjunto de preceptos reguladores de los hechos es *algo más que ley*. En el complejo proceso dirigido a llevar ésta a la realidad, los tribunales dan entrada, en efecto, a una serie de criterios decisorios que en buena parte no resultan, al menos directamente, del texto legal. En virtud, así, de la utilización de una serie de elementos en buena medida no emanados de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, ésta es referida desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes de la práctica para formar progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad. Si concebimos el derecho penal, conforme ya indicamos, como el conjunto de preceptos que rigen en concreto determinados aspectos de la vida social, observaremos que tales preceptos no equivalen a puras emanaciones provenientes de las disposiciones formalizadas en los textos legales. Examinemos a continuación, en particular, varios aspectos en relación a lo indicado.

Ante todo cabe apreciar la existencia de una serie de preceptos que rigen en concreto los hechos de la vida social, no obstante no resultar aquéllos directamente del texto legal sino a lo sumo de modo *mediato*. La doctrina y la jurisprudencia, al llevar a cabo sus tareas de aplicación e interpretación de las normas legales, crean con harta frecuencia propias y verdaderas regulaciones, cuyo nexa con el texto legal es puramente mediato o, en rigor, inexistente. Ejemplos los ofrecen la regulación de materias tan importantes como

las del error y el delito continuado. Así, la ordenación del delito continuado —conforme a la cual se entiende que siempre que concurren los requisitos de unidad de sujeto activo y pasivo, de elemento subjetivo, de ley violada, de tiempo y de ocasión, así como de indeterminación procesal de los hechos, no deben estimarse tantas infracciones cuantas acciones se han llevado a cabo, sino un solo delito—, constituye una regulación elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, sin contar con base alguna en el texto del Código penal español.¹³

La existencia de ciertas actitudes en la actuación de los tribunales¹⁴ da lugar, asimismo, a la aparición de determinados criterios decisorios en la resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de aquéllos. Así, por ejemplo, la tendencia a una aplicación benigna de la ley, que ha conducido a hablar de un “pietismo judicial”, puede traslucirse en la inclinación de los tribunales a aplicar de modo *automático el margen mínimo* de la correspondiente penalidad con vulneración de la norma legal conforme a la cual, en el ejercicio del arbitrio al efectuar la determinación concreta de la pena, *es preciso* atender a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente —así, el artículo 61, número 4, del Código penal español. El pretender dar adecuada respuesta a la cuestión de cuáles puedan ser las razones de la examinada tendencia a la aplicación benigna de la ley obligaría a un estudio que rebasaría los límites de la presente ponencia. En términos generales cabe pensar en que la general desconfianza hacia la pena, en particular a la privativa de libertad, por los perjudiciales efectos que la ejecución de la misma lleva consigo, explica, siquiera en parte, el referido fenómeno. En todo caso lo que parece claro es que los criterios de benignidad introducidos por la jurisprudencia no se explican por razones de *estricta lógica interpretativa*, sino que responden a la existencia de otros criterios decisorios. Un tal fenómeno manifiesta una filosofía penal ampliamente difundida no sólo a nivel de la jurisprudencia sino además en otros hechos de significación jurídica, tales como las disposiciones de indulto o amnistía; filosofía ésta que se define por el hecho de que frente a una legislación que en términos generales se valora como de una excesiva severidad, no se reacciona a través de la *reforma* de aquélla sino introduciendo *compensaciones a la misma*, en virtud de una serie de actos caracterizados por manifestar un sentimiento de *perdón o compasión* hacia quienes han infringido la ley penal.

Observemos, por último, que la interpretación judicial llevada a cabo en

¹³ Distinta es la situación existente en aquellos ordenamientos jurídico-penales que, como el italiano —art. 81 del Código penal—, cuentan con una noción legal del delito continuado.

¹⁴ Sobre esta materia puede consultarse: Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*. Bari, 1972; Versese, S. S., Coffin, R. y Tsamadou, *Justice pénale et opinion publique*, Bruselas, 1973.

relación a numerosas figuras de delito y circunstancias modificativas de la responsabilidad —piénsese, verbigracia, en las referentes a estados emotivos o a móviles morales— constituye, asimismo, una clara muestra de que la solución de las cuestiones sometidas al conocimiento de los tribunales, depende no sólo de lo dispuesto en los textos legales sino además de ciertas actitudes valorativas dotadas de una difusión mayor o menor.

c) El somero examen llevado a cabo sobre el modo de operar de la administración de la justicia penal ha puesto de relieve que la jurisprudencia no equivale al simple proceso en virtud del cual la ley es aplicada a todas aquellas acciones producidas en la realidad que son constitutivas de infracción. De una parte, el conjunto de hechos que sirven de base a las condenas penales no coinciden con aquellos que han tenido lugar en la realidad, sino que responden a una transformación, tanto por selección, como por mutación, de aquélla. De otra, no sólo es la ley lo que los tribunales aplican al enjuiciar las acciones sometidas a su conocimiento sino que acuden con harta frecuencia a criterios decisorios de otro orden.

El conocimiento de estos fenómenos no puede, obviamente, alcanzarse, conforme en páginas anteriores hemos ya apuntado, en virtud el método dogmático, sino que exige la aplicación de otro tipo de procedimientos. Dicho conocimiento resulta, por lo demás, imprescindible tanto para adquirir conciencia de cuáles son los preceptos que en concreto regulan las acciones humanas, como para, sobre esta base, elaborar una fundada reforma de las disposiciones necesitadas de ésta.

III. LAS FUNCIONES ATRIBUIBLES HOY AL DERECHO PENAL

1. *Consideraciones generales*

Ya desde antiguo y de forma más intensa en los últimos años, se han ensayado distintos intentos de revisión de la ciencia jurídico-penal descrita en el apartado precedente. Muestras de una tal actitud las representan la exigencia de realismo formulada por la doctrina italiana,¹⁵ el postulado de que el método en el estudio del derecho se desplace desde un pensamiento en función del sistema a uno en consideración de los problemas concretos¹⁶ y, por último, la exigencia de tomar en consideración la política criminal, tanto al interpretar los preceptos como al elaborar las nociones integrantes del sistema, según ha propuesto singularmente Roxin en la doctrina alemana.¹⁷

¹⁵ Cfr., nota 7.

¹⁶ Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 179 y ss.

¹⁷ Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal* (traducción de Muñoz Conde), Barcelona, 1972.

Todas estas propuestas, si bien suponen importantes revisiones del método dogmático, mantienen las líneas básicas definidoras de éste como conocimiento científico del derecho penal positivo. Las necesidades actuales conducen a mantener dicho método por las razones y según los términos antes expuestos, pero a desarrollar, junto a él, los procedimientos destinados, por una parte, a adquirir cabal conocimiento de la realización —o falta de realización— de las normas penales en la vida social y, por otra, a estudiar cuáles deben ser las reformas a introducir en la situación hoy existente para lograr una satisfactoria evolución del derecho penal. Del método dogmático y de la necesidad de adquirir conciencia de la realización de las normas penales en la práctica nos hemos ocupado ya, con cierta extensión, anteriormente. Nuestra atención se centrará, pues, desde ahora sobre el examen del tercero y último de los referidos aspectos, a saber, las reformas a introducir.

2. Referencia a algunos ejemplos de formas actuales de delincuencia

El plantear la cuestión de si en la situación actual resulta satisfactoria la regulación jurídico-penal hace necesario el efectuar una referencia, por breve e incompleta que pueda resultar, a algunas formas actuales de delincuencia como fenómenos vinculados a la evolución actual de la sociedad.

A. *Delitos contra el patrimonio.* Ante todo y entre los delitos contra el patrimonio, interesa destacar, como modalidades actuales, los llamados delitos económicos, el cheque en descubierto y la sustracción de vehículos de motor.

Uno de los fenómenos que ha ocasionado una mayor inquietud en amplias esferas de la opinión pública española es el representado por la llamada “delincuencia económica”.¹⁸ La preocupación por la misma aparece vinculada a la convicción general de que la realización de dichas acciones delictivas es relativamente frecuente en la vida mercantil y de que su punición por los tribunales tiene lugar únicamente en un porcentaje escasísimo de supuestos. Causa, además, alarma social el que una tal impunidad conduzca, a su vez, a un incremento y proliferación de las referidas infracciones que pueden convertirse en propias y verdaderas *prácticas* mercantiles. Como ejemplos de esta clase de criminalidad las *Memorias* oficiales del Tribunal Supremo destacan las siguientes acciones: simulación de dividendos ficticia destinada a engañar al público; realización de operaciones tendientes a mejorar a los miembros del consejo de administración en perjuicio de la sociedad, de los accionistas o de sus acreedores.¹⁹

B. *Delitos relacionados con el urbanismo.* La especulación del suelo provocada por la necesidad de vivienda ha conducido a la comisión de delitos de

¹⁸ *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, 1968, pp. 255 y ss.; *Memoria*, 1969, pp. 269 y ss.

¹⁹ *Ibidem*.

fraude por inmobiliarias que, simulando bienes imaginarios, obtienen entregas de dinero por un número frecuentemente elevadísimo de personas que efectúan dichos pagos al objeto de ocupar una vivienda que no llega jamás a ser entregada. Un fenómeno social similar ha conducido a la frecuente comisión del delito de percepción ilegal de primas para el arriendo de viviendas.

Con la especulación del suelo se encuentra, asimismo, relacionada la práctica de conductas imprudentes en la construcción de inmuebles —piénsese en el empleo de materiales de calidad y resistencia insuficientes, con un propósito de lucro— que ocasionan el hundimiento de edificios, con resultados lesivos para las personas y el patrimonio. Las estadísticas de los últimos años dan una cifra media de accidentes en el sector de la construcción, superior en tres veces a la que tiene lugar en las restantes esferas laborales, con la particularidad de que el porcentaje de accidentes mortales es muy elevado.²⁰

C. *Delitos con sujetos pasivo-masa*. Un grupo de delitos cuya aparición se muestra claramente vinculada a ciertos rasgos de la sociedad actual está constituido por aquellos que, llevándose a cabo por una pluralidad de acciones atentatorias, cada una de ellas contra un individuo en particular, responden en su conjunto al cumplimiento de un propósito unitario que causa una lesión a una masa considerable de personas. Precisamente esta característica ha dado lugar a que dichas infracciones hayan recibido en la doctrina española la denominación de delitos-masa.²¹ Los intereses lesionados por dichas conductas pueden ser muy diversos, desde el patrimonio hasta la salud pública. Algunos ejemplos ilustrarán sobre este grupo de delitos.

Una primera muestra la ofrece la acción de quien, en virtud de un engaño dirigido a un grupo, frecuentemente muy numeroso de personas, ocasiona a ellas un perjuicio económico, con la particularidad de que cada uno de los actos de estafa realizados, aisladamente considerados, ocasiona un perjuicio reducido, pero en su totalidad origina uno muy elevado. Con frecuencia estos delitos son efectuados con ocasión del ejercicio de actividades destinadas a satisfacer perentorias necesidades de la comunidad, tal como la de vivienda. La aparición de estas infracciones está relacionada con el desarrollo de los medios de comunicación social y el nacimiento de la llamada economía de consumo.

Otro ejemplo lo ofrece la conducta del comerciante de aceites o de bebidas alcohólicas, que expende su mercancía tras haberla adulterado con un obvio propósito de lucro, y ocasiona con ello un perjuicio económico consiguiente a la deficitaria calidad del producto vendido y, eventualmente, un riesgo para la salud.

²⁰ *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, 1966, pp. 35 y ss., y 173 y ss.; *Memoria*, 1967, pp. 40 y ss.; *Memoria*, 1968, pp. 53 y ss., y 218 y ss.

²¹ Reol Suárez, "El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa", en *Anuario de derecho penal*, 1958, pp. 21 y ss.

Un último caso lo puede ofrecer la acción a la que, en términos generales, hicimos ya antes referencia de la estafa en la construcción de viviendas,²² en todos aquellos casos en los que dicha conducta se materialice en una pluralidad de actos y de víctimas.

D. Delitos de violencia. Por último debemos hacer aquí una referencia a las acciones que, de uno u otro modo, provienen de la violencia, ya individual, ya colectiva, como conductas que en determinados casos han conducido —piénsese, verbigracia, en ciertos secuestros— a una propia y verdadera capitulación por parte del Estado que, para evitar determinados males, accede a las exigencias de los autores de los referidos delitos.

E. Consideraciones finales. Las conductas hasta aquí expuestas representan algunas de las modalidades que mayor importancia pueden mostrar en relación a la sociedad actual. Su naturaleza y gravedad es evidentemente muy heterogénea. Y la razón de su interés también. En determinados casos constituyen acciones vinculadas a determinados hechos económicos, como los ejemplos referentes a la especulación del suelo y a los delitos-masa ponen de relieve. En otros el interés que despiertan para el penalista no proviene, acaso, tanto de la forma de aparición de las mismas, cuanto de los hechos que, con ocasión de la reacción del Estado frente a dichas conductas, tienen lugar. Tal es el caso de los supuestos de secuestro, de los que antes hicimos mención. Observemos por último, que en ciertos casos la reprobación social a dichas acciones no es intensa, en tanto que en otros casos ocurre precisamente lo contrario.

3. *Valoración crítica del ordenamiento jurídico penal: directrices para su reforma*

En cumplimiento del propósito antes enunciado procede seguidamente efectuar una crítica valoración del ordenamiento jurídico-penal en la situación presente, en el bien entendido de que para ello será preciso tomar en consideración dicho ordenamiento tanto en su formulación legal, es decir, en el plano del *deber ser*, como en su realización social, esto es, en el nivel del *ser* —aspecto éste que examinaremos posteriormente. Una vez examinada en los apartados sistemáticos precedentes la necesidad de lograr un acabado conocimiento de la ley y de la realización —o falta de realización— de la misma en la vida social, nuestra atención seguidamente se centrará en la exposición de algunas de las directrices a las que se debe acomodar la evolución del derecho penal.

A efectos sistemáticos cabe agrupar dichas directrices en torno a los *presupuestos* y las *sanciones*. A la exposición de uno y otro aspectos seguirán unas consideraciones finales.

²² *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, 1966, pp. 173 y ss.; *Memoria*, 1968, p. 55.

A. En cuanto a los presupuestos. a) Por lo que a los presupuestos del derecho penal se refiere, interesa, ante todo, recordar el postulado fundamental conforme al cual el legislador debe limitar el ámbito del derecho penal a la tutela de aquellos bienes cuya salvaguarda realmente interesa a la sociedad y para cuyo mantenimiento resulta imprescindible acudir, como *última ratio*, a la conminación penal.²³ El cumplimiento de esta exigencia debe, ante todo, conducir a la derogación de ciertas figuras de delito; esto es, a la llamada “desincriminación” y “despenalización” de determinadas infracciones hoy existentes. En términos generales, entendemos que un tal efecto debe alcanzar a dos grupos de delitos distintos; a saber, a aquellos cuyo castigo aparece vinculado a determinadas actitudes valorativas que puedan haber experimentado una transformación, como es el caso de los delitos contra la seguridad del Estado y los contrarios a la honestidad sexual, y a aquellos otros de gravedad o desvalor escaso y cuya conminación penal ha estado motivada por un fin de prevención general, como sucede con las infracciones en materia de tráfico, constitutivas originariamente de infracciones administrativas.

La realización del postulado antes formulado, referente al ámbito correspondiente al derecho penal, debe además conducir, si es que pretende alcanzar un cabal y perfecto desarrollo superior al de pura función *delimitadora* de la esfera de dicha rama del derecho, a someter a la misma a todas aquellas acciones que atenten contra los bienes sustanciales de la comunidad social. Esta afirmación cobra especial significado en relación a aquellas modalidades delictivas que en la actualidad sean merecedoras de una mayor reprobación social. El progreso del derecho penal resulta ciertamente en muchos casos de una derogación de infracciones existentes, pero, en otros, de la inclusión de determinadas acciones dentro de su ámbito. Especial significación cobran aquí las palabras de Jescheck, conforme a las cuales es función del derecho penal no sólo poner límites a la libertad sino además crear libertad. El cumplimiento de esta segunda exigencia no depende tanto de la promulgación legal de nuevas figuras de delito —ya que, en términos generales, el Código contiene tipos en los que las referidas acciones resultan subsumibles—, cuanto de la remoción de determinados obstáculos, de hecho y de derecho, para la aplicación de los tipos penales. Como ejemplo de los primeros baste hacer referencia a las dificultades inherentes a las limitaciones orgánicas y funcionales de la administración de justicia, en relación a la persecución de determinadas conductas. Y como obstáculos de carácter legal debemos aquí aludir a la censurable existencia de determinados grupos de personas sustraídas a la acción de la jurisdicción ordinaria del Estado y sometidas a fueros especiales.

b) El desarrollo del principio conforme al cual la pena presupone culpa-

²³ Maurach, *Tratado de derecho penal* (traducción y notas de derecho español por Córdoba Roda), Barcelona, 1962, I, pp. 30 y ss.; Muñoz Conde, *op. cit.*, *supra*, nota 16, pp. 58 y ss.

bilidad requiere, según doctrina ampliamente difundida, el cumplimiento de varias exigencias que constituyen, a su vez, criterios para una evaluación crítica de la ley y para, en su caso, una reforma de ésta. Ante la imposibilidad de analizar aquí la interesante cuestión de hasta qué punto estas exigencias pueden ser desprendidas de presupuestos distintos al de la culpabilidad, cuestión por nosotros examinadas en otro lugar,²⁴ pasemos seguidamente a estudiar dichos postulados.

a') El desarrollo de la doctrina normativa de la culpabilidad en su configuración originaria que concibe al dolo y a la culpa como las dos formas de aquélla, conduce a reclamar que toda responsabilidad penal descansa en una relación de dolo o culpa entre el agente y el resultado, y a descartar, por consiguiente, que el puro y simple nexo de causalidad entre uno y otro dé lugar al nacimiento de responsabilidad penal. Esta primera exigencia es incumplida por aquellos preceptos del Código Penal y de la legislación especial, que admiten una responsabilidad penal en los supuestos de *preterintencionalidad o de cualificación por el resultado*. Se habla de preterintencionalidad, según es sabido, siempre que la intención del sujeto de producir un cierto resultado delictivo es superada por el efectivamente ocasionado. Y de delitos cualificados por el resultado en todas aquellas infracciones en las que la simple causación de éste —que no precisa ni haber sido querido por el sujeto, ni ser atribuible a título de culpa— o agrava la responsabilidad penal, o da lugar al nacimiento de ella.

b') Una segunda exigencia que del principio de culpabilidad se ha derivado, se manifiesta en el criterio regulador de la pena, conforme al cual ésta no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta.²⁵

c') Observemos, por último, que del principio de culpabilidad se ha extraído el juicio según el cual no se deben tomar en consideración presupuestos distintos a la llamada *acción culpable* a los efectos de crear o agravar la responsabilidad penal. Con un tal juicio se pretende evitar que elementos tales como un *cierto modo de ser o comportarse* puedan motivar los referidos efectos jurídicos. Un tal principio no resulta contradicho por la circunstancia de que la ley permita atender a características distintas a la acción ejecutada, verbigracia, a la personalidad del sujeto, para elegir una entre las varias sanciones previstas por la ley para una determinada conducta, o para concretar la pena entre los márgenes establecidos por el correspondiente precepto legal. Sí que resulta, en cambio, vulnerado el sentido material de garantía que

²⁴ Cfr., Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena* (en prensa).

²⁵ Para un tratamiento de esta materia que aquí no puede más que ser enunciada cfr. el volumen monográfico de la *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, Chile, Coloquio Internacional celebrado bajo los auspicios del Instituto entre el 4 y el 12 de abril de 1973; *La Pena*, enero-abril, 1973, núm. 1. t. xxxii.

al referido postulado corresponde, en aquellos casos en los que la ley prescribe bajo el disfraz de medidas de seguridad para prevenir la peligrosidad, propios y verdaderos castigos para presupuestos constituidos por efectivos modos de ser o comportarse.

c), a') La realización del principio conforme al cual la pena presupone culpabilidad, constitutivo de uno de los principales criterios que debe regir la evolución del derecho penal, tanto en su formulación legal como en su aplicación a la práctica, conduce a añadir a las observaciones anteriores la exposición de otra temática.²⁶ El pretender que el juez efectivamente indague si al acusado le *era posible* actuar de modo distinto a como lo hizo y que la estimación del delito se haga, en consecuencia, depender de que el juez aprecie la existencia de un *poder o libertad* de actuación del sujeto en el momento de cometer el hecho delictivo, rebasa ciertamente los límites de lo factible, por la práctica imposibilidad de que los tribunales den constancia de dicha libertad en la situación concreta en la que el delito se cometió. Ello no obstante estimamos que sería improcedente renunciar por completo a tomar en consideración el *poder* del sujeto de adaptar su conducta a las normas del derecho. Así, entendemos que, *de existir constancia* de que en el instante de cometer el delito *no podía* actuar el sujeto de modo distinto a como lo hizo o de que concurría una aminoración de dicha *capacidad*, deberán tomarse en cuenta tales hechos al objeto de excluir o atenuar la responsabilidad penal. De considerar, conforme a autorizada doctrina, que existen dificultades prácticamente insuperables para poder llegar a afirmar, en virtud de un juicio *individualizador*, que el sujeto *concreto* disponía de la indicada libertad de actuación o sufría alguna de las referidas alteraciones,²⁷ entendemos que las referidas situaciones de ausencia o aminoración de la capacidad pueden perfectamente ser concebidas como aquellos estados que producirían un tal efecto de ausencia o disminución en *cualquier persona* en la que concurriera el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación.

La suposición de que, para atribuir a los referidos estados la significación de excluir o atenuar la responsabilidad penal, es suficiente la aplicación de las circunstancias reguladoras de la imputabilidad *conforme al sentido hoy dominante*, resultaría, a nuestro juicio, incorrecta. Y ello, entre otras razones, por la de que una tal pretensión desatendería el principio interpretativo, según el cual la extensión y alcance de los preceptos penales no resulta del sentido que originariamente adoptan en el momento de ser promulgados, sino del significado que, a lo largo de su evolución posterior, les es atribuido como consecuencia de la aparición de *nuevas* necesidades y exigencias. La necesidad y consiguiente exigencia, ya antes formulada, de tomar en consideración,

²⁶ La exposición que sigue recoge determinadas partes de la monografía *Culpabilidad y pena* (en prensa).

²⁷ Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1972, p. 321.

a los efectos de eximir o atenuar la responsabilidad penal, la eventual exclusión o aminoración de la capacidad del sujeto de actuar conforme a derecho puede contribuir, de esta suerte, a abrir unos cauces interpretativos que conduzcan a una más atenta estimación de las características referentes al *poder* del sujeto.

El objetar frente a lo expuesto que si el *poder* o *libertad* de actuación del sujeto en el momento de cometer el hecho delictivo no es susceptible de ser apreciado por el juez, tampoco cabe pretender el que se tome en consideración una eventual *exclusión* o *aminoración de la capacidad* de actuar conforme a derecho; ello constituiría, a nuestro modo de ver, un dogmatismo altamente perjudicial para la justicia penal. Tan inaceptable puede, a este respecto, resultar la postura de quienes pretendan condicionar la estimación del delito a la comprobación por el juez, del *poder* del agente de adaptar su conducta al derecho, como la de quienes, por estimar que la culpabilidad no puede hacerse depender de una tal averiguación, se niegan de plano a tomar en consideración el *poder* del sujeto como capacidad susceptible de experimentar una efectiva aminoración o exclusión.

La determinación de los casos en los que una y otra tienen lugar, así como la de la propia noción del *poder*, susceptible de las referidas aminoración y exclusión, constituirán cometidos a cumplir por la dogmática penal.

b') Como muestras de la significación atribuible —según el sentido expuesto— al *poder* del sujeto de obrar conforme a derecho, interesa seguidamente hacer referencia, a modo de ejemplo, a dos supuestos de entre los varios que cabría aquí ofrecer.

El primero encuentra su base en la declaración de la jurisprudencia, conforme a la cual la imprudencia presupone no sólo el que como resultado de la vulneración de una norma de cuidado se haya producido un hecho previsto en la ley como delito, sino, además, la reprochabilidad personal de la conducta realizada —así lo ha manifestado, entre otras varias sentencias, en la jurisprudencia española la de 13 de octubre 1964.²⁸ Esta afirmación no comporta, por supuesto, el que el castigo de esta clase de infracciones se haga depender de que el juez haya efectivamente apreciado que al acusado le era *posible* adaptar su conducta a las referidas normas de cuidado —por la razón de que, según ya vimos, esta indagación no es, en términos generales, factible— sino el que procede rechazar la estimación del delito por imprudencia, si *existe constancia* de que faltaba el referido poder en el momento de la acción. Así, deberá descartarse la existencia de un delito por imprudencia si el agente no ha estado en situación de observar las normas de la seguridad del tráfico a causa de agotamiento físico o de un estado de alcoholemia; todo

²⁸ Córdoba Roda, "Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht", en *ZStW*, pp. 433 y ss.

ello sin perjuicio de que el acto de adquisición de un tal estado de perturbación de las facultades intelectuales o volitivas deba, en su caso, ser calificado como constitutivo de imprudencia. Procederá, asimismo, rechazar la estimación del delito si el sujeto no podía valorar la acción ejecutada como vulneradora de una norma de cuidado, por no ser, verbigracia, físicamente perceptible la señal de tráfico indicadora de la obligada cesión de paso o aminoración de la velocidad.

Como muestra de la significación atribuible al *poder* del sujeto de obrar conforme a derecho, interesa, en segundo lugar, hacer referencia a la exigencia *general* de tomar en consideración, para los efectos de la determinación de la responsabilidad penal, las variaciones experimentadas en el *poder* del sujeto de actuar conforme a la norma en el momento de comisión del delito. Dada la diversidad que cada infracción manifiesta como acto humano, nada tiene de extraño que el *poder* del agente de adaptar su conducta al derecho, como dato susceptible de estimación empírica, ofrezca grandes variaciones en la realidad, por diversidad de factores, tanto de índole hereditaria como de orden ambiental. En la compleja situación de la sociedad actual la incitación al consumo, la conciencia de que ciertas prácticas constitutivas de delito están de hecho permitidas y la frecuente incidencia de situaciones-límite en el actuar del individuo, constituyen algunas muestras de la variedad de circunstancias que pueden influir en la génesis del hecho delictivo y en la capacidad del sujeto de actuar conforme a derecho.

Especial atención, a este respecto, ha dedicado la doctrina al llamado delito por convicción y, en particular, entre otros supuestos, al de la conducta de quien se niega a prestar el servicio militar por objeción de conciencia. Al dar la doctrina respuesta a estas cuestiones acostumbra a acudir a la distinción entre culpabilidad jurídica y culpabilidad ética o moral, al objeto de afirmar, en los referidos casos, la existencia de la primera y, en su virtud, la de delito. Se aduce, además, que el nacimiento de la responsabilidad criminal no debe hacerse depender de que el agente valore las normas jurídicas como normas que le imponen una obligación ética.²⁹ No es nuestro propósito el examinar aquí extensamente las referidas cuestiones, pues el marco lógico que a la presente exposición hemos impuesto, lo impide. Sí que entendemos, sin embargo, oportuno formular ciertas puntualizaciones. El estimar que la existencia de delito no puede hacerse depender del hecho de que el sujeto valore las normas jurídicas prohibitivas de aquél como creadoras de una obligación ética, resulta, en términos generales, perfectamente correcto. La cuestión que plantean los supuestos antes referidos de delito por convicción no puede, sin

²⁹ En la doctrina alemana *cfr.* opiniones diversas en Maurach, *op. cit., supra*, nota 23, t. II, pp. 78 y ss.; Jescheck, *op. cit., supra*, nota 27, pp. 312 y s.; Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 128. En la española: Quintano Ripollés, "La objeción de conciencia en el derecho penal", en *Homenaje al padre Pereda*.

embargo, entenderse resuelta en virtud de dicho juicio. El problema, en efecto, que dichos supuestos suscitan es el de si el sujeto que llevó a cabo el hecho típico bajo el impulso de una convicción *estaba*, o no, *en situación*, es decir, *podía*, o no, abstenerse de cometer el respectivo delito. Este interrogante no constituye más que una manifestación particular del problema general planteado en el presente apartado sistemático. La solución de la cuestión suscitada está en función de las características de cada caso concreto. En relación al mismo deberá indagarse si al agente le fue, o no, posible abstenerse de realizar el hecho típico, sin que quepa en modo alguno descartar una respuesta negativa a dicho interrogante.

c') En conclusión el pretender que la justicia penal logre una perfecta adecuación de las sanciones a la totalidad de las características particulares de las acciones concretamente cometidas no parece hoy ciertamente factible; pero sí lo es el que se atienda, para evitar una intolerable equiparación de lo desigual, a las alteraciones más significativas que la referida *capacidad* o *poder* del sujeto experimente.

Las limitaciones con las que la realización del postulado tropieza son diversas.

Por un lado cabe hacer referencia aquí a aquellas que conciernen a los cauces legales. Por lo regular dichas vías no faltan en los códigos penales. Aceptada la necesidad de dar realidad a la exigencia expuesta, resultará, de ordinario, factible —dentro por supuesto de los márgenes impuestos por el principio de legalidad— interpretar los preceptos en función de las necesidades sentidas y exigencias formuladas para una más satisfactoria justicia penal.

Por otro lado, es preciso tomar en cuenta los defectos y limitaciones a los que hoy está sometida la administración de la justicia penal. Baste a tal efecto pensar en la tendencia existente a una aplicación estereotipada de los preceptos penales, en el alejamiento de la función juzgadora respecto a los datos de la realidad y en la existencia de una organización judicial que, aunque agobiada por una gran masa de asuntos a resolver, dedica el mayor porcentaje de su actividad —recuérdese lo relativo a los delitos en materia de tráfico— a enjuiciar unas conductas cuya verdadera importancia y significación para el derecho penal son frecuentemente ínfimas.³⁰

Otro hecho hoy ampliamente difundido en la práctica de la justicia penal, que ciertamente obstaculiza la realización del postulado expuesto, es el de la tendencia existente en la vida judicial a una aplicación automática e indiscriminada de los márgenes mínimos de las sanciones punitivas,³¹ como re-

³⁰ De interés sobre parte de estas cuestiones resulta: Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, pp. 102 y ss.

³¹ Idéntico es el dato del que da testimonio Bricola en relación a la jurisprudencia italiana, Bricola V. Casallari, F. Lugnano, G. Neppi Modena, V. Spagnoli y U. Terracini, *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, p. 71.

sultado de una serie de factores, entre los que la desconfianza general hacia la pena por los perjudiciales efectos que frecuentemente lleva consigo acaso sea el motivo principal. El oponerse a una práctica judicial de efectos benignos para el reo, tal como la expuesta, no entra dentro de nuestro ánimo. Ello no obstante, no cabe desconocer que la existencia de una tal práctica judicial supone un evidente obstáculo a que la exigencia de adaptar los efectos penales a las variaciones más relevantes experimentadas por la capacidad del sujeto de actuar conforme a derecho tenga una realidad.

d) Uno de los postulados a los que la evolución de la doctrina penal ha conducido y que aquí interesa examinar, es el de la renuncia a la pena correspondiente al delito en todos aquellos casos en los que ésta deje de ser necesaria. En términos generales una tal renuncia puede manifestarse en la inexecución total de la pena, o en una disminución de ésta por debajo del marco fijado por el principio de adecuación entre el desvalor del acto y la gravedad de la sanción. Y a la cuestión que con ello se plantea, de cuándo debe entenderse que la pena deja de ser *necesaria*, respondamos que la necesidad es un concepto de referencia, pues se es, o no, necesario para un cierto objeto y que éste no puede aquí sino ser la prevención del delito.

El que el mantenimiento del principio de adecuación entre pena y acción delictiva no obsta a la procedencia de renuncia a la aplicación de aquélla o de rebajar su duración, ha sido admitido desde tiempo y por muy diversos sectores en la doctrina penal. Una tal idea la han aceptado incluso quienes conciben el fundamento y esencia de la pena en un sentido retributivo.³²

Con lo antes expuesto no desconocemos el que la prevención general y especial constituyan sendas nociones que plantean hoy una multiplicidad de cuestiones que obligan a una reconsideración crítica de una y otra, según los términos que a continuación se exponen.

En relación a la prevención general importa tener en cuenta que, según los actuales estudios han puesto de relieve, el efecto real de prevención general de la ley penal no depende tanto de la entidad de la pena conminada, es decir, de que ésta sea más o menos grave, sino de otros factores. Así, por ejemplo, la génesis impulsiva o emotiva del hecho delictivo será menos asequible a la prevención que la de índole racional y premeditada. La amenaza de la pena posiblemente ejerza menor influencia para la inhibición de actos severamente condenados por la ética que para la evitación de infracciones, tales como las de circulación, en las que falta o es escaso el freno de naturaleza moral. El efecto de prevención general no parece, por lo demás, depender de la gravedad de la pena establecida en la ley sino del grado de realización de ésta en la vida práctica, es decir, del porcentaje de condenas dictadas

³² Cfr., Rodríguez Mourullo, "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre, 1963, p. 10.

en relación a los hechos cometidos como resultado de una eficaz actuación de la administración de la justicia y de la conciencia que la sociedad tenga sobre esta realidad. Ilustrativo, a este respecto, resulta el hecho de que los preceptos del Código de la Circulación hayan podido desempeñar una mayor eficacia de las infracciones de tráfico, que los preceptos de las leyes penales —dotados de unas sanciones de superior gravedad—, en atención al más elevado porcentaje de aplicación a la realidad de los primeros. Y téngase, por último, en cuenta que para muchas personas pueden las consecuencias o efectos sociales del juicio penal —pérdida de puesto de trabajo y de consideración social— desplegar una mayor eficacia para la evitación del delito que la propia pena.³⁶

En relación a la prevención especial se plantean una serie de cuestiones que esquemáticamente pueden ser referidas a dos distintos planos. El primero concierne al delito que se somete a pena, como hecho cuya producción se explica por una falta de adaptación a la sociedad; y el segundo atañe a la meta de reinserción en la comunidad, que, al parecer, define la función de tratamiento. En cuanto al primer aspecto el problema que se plantea y que aquí nos limitamos a dejar enunciado es el de hasta qué punto es válido explicar la génesis de todo delito por la indicada falta de adaptación a la sociedad. En cuanto al segundo, observemos que la determinación del objeto o función del tratamiento origina serias dificultades. Así, resulta altamente incierto el saber cuál es el modelo de la sociedad a la que la finalidad de readaptación —se habla de *readaptación social*— debe entenderse referida. El intentar evitar estas dificultades a base de sustituir la noción de readaptación social por la de *evitación de nuevos delitos* en el futuro, tampoco constituye una solución plenamente satisfactoria, pues, dada la amplitud y heterogeneidad del ámbito de lo delictivo, no parece fácil estructurar el tratamiento sobre un objetivo de formulación tan abstracta y valorativamente neutra.

Las dificultades que las cuestiones expuestas originan en la realidad práctica son muy considerables. A título de ejemplo cabe, en particular, hacer referencia a varios supuestos. Así, al interrogante de si tiene sentido hablar de una readaptación social, justificativa, como tal, de un tratamiento, en relación a aquellos condenados en los que el proceso psicológico-social de aprendizaje de normas y valores no ha tenido lugar, o ha sido altamente defectuoso —si no han estado nunca adaptados, difícil va a ser readaptarlos. Otro problema lo plantea aquí la situación del infractor que en toda su actuación, incluida la delictiva, da claras muestras de encarnar los valores definidores

³⁶ En lengua española: Hood y Sparks, *Problemas clave en criminología*, Madrid, 1970, pp. 171 y ss.; Bergalli, *Readaptación social por medio de la justicia penal?*, Madrid, 1976. En inglés: Andenaes, "General Prevention: a Broader View of Deterrence", en *Contemporary punishment*, Londres, Notre Dame, 1972, pp. 108 y ss.

de la sociedad en la que vive y de representar, por ello, un individuo perfectamente adaptado a ésta. Una tercera cuestión que aquí se plantea es la de si debe entenderse que el tratamiento es necesario en aquellos casos en los que el sujeto está ciertamente necesitado de lograr una vinculación a la sociedad, pero puede un tal objetivo alcanzarse en virtud de la aplicación de medidas de política social —verbigracia, de vivienda y educación— obviamente distintas a la ejecución de la pena.³⁴ Observemos, por último, que, en términos generales, el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad en su aplicación real no cumple tanto una función de readaptar a la sociedad a quienes previamente a la imposición de la pena estén necesitados de un cierto tratamiento, cuanto a la de intentar aminorar los perjudiciales efectos inherentes a la privación de libertad. El que ello *pueda ser así* no debe, sin embargo, llevar a aducir la conveniencia de evitar los indicados perjuicios, a fin y efecto de justificar la necesidad de un tratamiento.

Estas consideraciones y otras que cabría hacer, conducen a contemplar hoy con considerable escepticismo la posibilidad de que las penas desplieguen una efectiva función de prevención general y especial; y llevan, asimismo, a observar cuán oportuno resulta un examen crítico de la prevención general y especial sobre la base de los datos aportados por las ciencias criminológicas.

B. En cuanto a los efectos jurídicos. Están constituidos por la pena y la medida de seguridad, y cabe agrupar las directrices que hoy presiden su evolución y reforma en torno a los siguientes apartados:

a) En consideración a razones, ante todo de humanidad, se postula hoy la supresión de la pena de muerte y la sensible rebaja del marco máximo de la privación de libertad. En favor de esto último se aduce, en particular, que una permanencia en prisión por un periodo superior a los diez o quince años deteriora de forma irreversible la personalidad.

b) La evolución jurídica en la presente materia ha conducido también a proponer la introducción de nuevas medidas frente al delito, tales como el internamiento en establecimientos de terapéutica social, en establecimientos psiquiátricos o de educación, así como la prestación de actividades en favor de la sociedad, cuya enumeración y estudio prolijo no resulta aquí posible.³⁵

Y dicha evolución ha conducido también a prestar nueva atención a los principios que deben regir la ejecución de la pena. Una de las tareas que en la presente materia es preciso realizar es la de desarrollar las manifestaciones o consecuencias a las que la admisión de los nuevos principios conduce —piénsese, verbigracia, en el de respeto a la autonomía de la personalidad del con-

³⁴ Bergalli, *op. cit.*, *supra*, nota 33.

³⁵ De interés en la doctrina española: Beristáin, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, 1974.

denado—, así como su ordenación y coordinación con otras exigencias que hoy rigen el cumplimiento de las penas.³⁶

c) Por último entendemos oportuno formular aquí unas consideraciones sobre la *eficacia* de los recursos, representados por las penas y medidas de seguridad, en su reacción frente al delito. El que la ley penal responde al fin de la lucha contra la criminalidad resulta indiscutible. Ello no significa, sin embargo, que aquélla constituya el único medio para el cumplimiento de tal cometido, ni que el criterio de la eficacia sea el exclusivo para medir la bondad de una ley. En relación al primero de estos dos aspectos debe la sociedad adquirir conciencia de que el delito es, de algún modo, un hecho unido a la evolución de aquélla, que merece la aplicación de un esfuerzo a través de medios distintos a la represión penal.³⁷ Los recursos a los que la comunidad debe para ello acudir son, según es sabido, la oferta de igualdad real de oportunidades, la asistencia social, una política apropiada en materia de vivienda, creación de centros de integración social, etcétera. En cuanto al segundo aspecto de los antes aludidos huelga decir que la eficacia no representa el único criterio para evaluar la ley penal, pues el principio de garantía y el respeto a los derechos del hombre tienen carácter prioritario.

C. Cuestiones planteadas por el derecho penal administrativo y el de las medidas de seguridad. Los principios inspiradores de la evolución del derecho penal hasta aquí expuestos han sido en la actualidad puestos en peligro por el desarrollo de dos conjuntos normativos integrados por el derecho penal administrativo y la regulación de las medidas de seguridad. Por lo que al primero se refiere, es preciso aquí hacer referencia a la ampliación del ámbito de las acciones sometidas al mismo, a la agravación de las sanciones administrativas que en muchos casos alcanza una intensidad similar al de las propias penas, a la disminución de las garantías procesales a las que la aplicación de tales sanciones están sometidas, y a la posibilidad, por último, de castigar con sanciones penales y administrativas una misma idéntica acción con el consiguiente quebranto del *non bis in idem*.³⁸

En cuanto a la regulación de las medidas de seguridad ha sido justamente censurado el que éstas en su aplicación real resulten absolutamente desvirtuadas al convertirse en propios y verdaderos castigos, en relación a hechos que, por lo demás, aparecen frecuentemente previstos en la ley como delitos.³⁹ Criticable resulta también la laxitud con la que en muchas ocasiones se ha interpretado la peligrosidad criminal para cuya estimación resulta necesario

³⁶ En la doctrina española: Bergalli, *¿Readaptación social por medio de la justicia penal?*, Madrid, 1976. En general, Callies, Rolf-Peter, *Theorie der im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 181 y ss.

³⁷ Maurach, *op. cit.*, *supra*, nota 23.

³⁸ Casabo Ruiz, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y del Toro Marzal, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, pp. 78 y ss.

³⁹ Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, *supra*, nota 32, pp. 10 y ss.

el que el juicio de probabilidad aparezca referido a la comisión futura de delitos.⁴⁰

4. *Reforma de la ley penal y realidad social*

A. *Formulación general.* De la discrepancia entre normas jurídicas y normas sociales o, lo que es lo mismo, entre el *deber ser* y el *ser*, nos ocupamos ya anteriormente al estudiar el proceso de aplicación de la ley a la realidad. La evaluación de un tal fenómeno no puede siempre ser del mismo signo. No se olvide que gracias, precisamente, a la vulneración de determinadas normas jurídicas puede llegarse, en ocasiones, a la solución satisfactoria de cuestiones concretas planteadas en la práctica.

En relación a estos fenómenos que acabamos de recordar, es preciso hacer referencia aquí por último, a que el lograr una correcta respuesta frente a los problemas y cuestiones suscitados por la sociedad actual no depende tan sólo de la formulación de una legislación cumplidora de los criterios y directrices antes expuestos. Y ello no sólo por las limitaciones, ya antes aludidas, a las que toda obra legislativa está sometida —piénsese, verbigracia, en la necesidad de acudir a recursos distintos a la pena y medida de seguridad para la reacción frente al delito—, sino además por la posibilidad de que la regulación legal dictada deje de ser cumplida en la realidad. Hagamos referencia, para concluir, a algunos aspectos de dicho fenómeno.

B. *Aspecto de la cuestión.* a) La escasa disposición de la sociedad a cumplir con el deber de denuncia y, en términos generales, a colaborar con la administración de la justicia penal, estimulada por las cargas y molestias que la prestación de tales actividades conllevan y unida a los varios defectos de los que la referida administración sufre, contribuye a la frecuente impunidad de los delitos. Los organismos oficiales admiten que, en términos globales, únicamente del doce al dieciséis por ciento de los hechos producidos motivan una reacción penal.⁴¹

b) Y obsérvese, en segundo lugar, que determinados principios y regulaciones, que en su formulación pueden resultar plenamente satisfactorios, adquieren en la realidad una imagen muy distinta. Esta consideración es aplicable a sectores muy diversos.

Así, la remisión condicional de la pena y la libertad condicional son aplicadas, no obstante el imperativo legal, de una forma estereotipada sin prestar atención a las características personales del infractor.⁴² La ausencia de insti-

⁴⁰ De interés De Sola Dueñas, *La idea de peligrosidad* (Tesis doctoral), Barcelona, 1975, pp. 322 y ss.

⁴¹ *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 22 y s. y 32 y s.; *Memoria*, 1968, p. 132; *Memoria*, 1969, pp. 79 y s. y 93 y s.

⁴² *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 21 y ss., 44; *Memoria*, 1969, pp. 143 y s.

tuciones y la insuficiencia de personal en el ámbito penitenciario representan obstáculos decisivos para alcanzar los fines atribuidos por la ley a las penas. Como consecuencia, en parte, de ello muestran los tribunales una cierta tendencia a disminuir las penas a su margen mínimo y a hacer un uso indiscriminado de los beneficios penales.⁴³ De un modo parecido la falta de instituciones para la ejecución de medidas de seguridad puede conducir a que los tribunales traten de evitar la declaración de peligrosidad y la consiguiente aplicación de medidas de seguridad.⁴⁴ Finalmente el propio principio de igualdad de todos los individuos ante la ley penal sufre en su realización práctica indiscutibles limitaciones.

⁴³ *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 21 y ss.; *Memoria*, 1967, pp. 84 y s.; *Memoria*, 1969, p. 151.

⁴⁴ *Memoria del fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 22, 41 y s. y 109.