

SECCION DOCTRINAL

Alcance y función del Derecho penal (*)

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá

*A Miguel Cordero del Campillo,
excepcional intelectual y científico,
con mi reconocimiento y gratitud
por honrarme con su amistad*

I. INTRODUCCION

Cuando se trata de formular el concepto de Derecho penal, de dar una definición del mismo y de fijar sus límites, lo primero que conviene aclarar, para evitar equívocos, es que con frecuencia se utiliza dicha expresión en diversos sentidos: normalmente se designa con ella al Derecho penal objetivo, pero a veces se alude al «derecho penal subjetivo». Y si en unas ocasiones se emplea el término como equivalente a sector o rama del ordenamiento jurídico, en otras se hace referencia a la disciplina científica que estudia dicho sector del Derecho, es decir: a la ciencia del Derecho penal y no al objeto de dicha ciencia.

Ocupémonos brevemente de la primera pareja de conceptos. Es una distinción comúnmente admitida y utilizada en todas las disciplinas jurídicas la de Derecho objetivo y derecho subjetivo. Por Derecho objetivo (o simplemente Derecho) se entiende el conjunto de normas jurídicas que regulan —en principio con pretensión de justicia— la vida social de una comunidad; mientras que el derecho subjetivo hace referencia a la facultad de actuar de alguien dentro de (o al margen de) ese conjunto de normas: se alude, pues, a la «facultad», al tener «derecho a» algo. Por consiguiente, si se traslada esa dicotomía a nuestro campo concreto, resultará que Derecho penal en senti-

(*) Este trabajo corresponde, con algunas modificaciones, a la primera parte del Cap. I del Proyecto docente e investigador presentado al Concurso de méritos a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, convocado por R. 10-12-1987, «BOE» 16-12. y celebrado en junio de 1988.

do objetivo (*ius poenale*) es el conjunto de normas jurídicopenales, que rigen un sector especialmente conflictivo de la vida social. Entonces se podrá llamar derecho penal subjetivo a la facultad que tiene alguien: la sociedad, el Estado u otra comunidad —p. ej. la internacional— de castigar o imponer otras sanciones criminales (medidas de seguridad); y con ello se planteará no sólo el problema de si desde una perspectiva jurídica formal existe efectivamente esa facultad, sino también la cuestión metajurídica y, más concretamente, ideológica, de la legitimación o no de esa facultad, del fundamento o no de ese derecho a penar; cuestiones todas éstas que se conocen bajo el nombre de *ius puniendi* (1).

Sin embargo, designar «derecho penal» subjetivo al *ius puniendi* no ayuda a clarificar nada y, en cambio, contribuye a la confusión conceptual. Pues el *ius puniendi* no es el «derecho penal», sino el «derecho a penar» (y la cuestión de su reconocimiento o negación). Por tanto, el nombre de Derecho penal debe reservarse para el Derecho en sentido objetivo, esto es, para el ordenamiento penal —que es, por lo demás, lo que normalmente (si prescindimos de las Introducciones en que se plantea la dicotomía indicada) se suele hacer en el lenguaje tanto de la doctrina como de la praxis judicial.

En cuanto a la contraposición Derecho penal-Ciencia del Derecho penal hay que explicar lo siguiente: Al igual que en la mayoría de las otras áreas jurídicas (hasta el punto de que a nuestras Facultades se las designa entre nosotros por el nombre de su objeto: Facultad de Derecho, y no, como en otros países, Facultad de «Jurisprudencia» o de «Ciencias del Derecho»), en nuestra disciplina no hay un nombre claramente distinto para el objeto, Derecho penal, y para la ciencia que lo estudia. Esta equivocidad o ambivalencia de la denominación, que no es exclusiva del Derecho, sino común con otras múltiples disciplinas (2), como v.gr. la Física, Química, Anatomía, la Cirugía, Historia o Literatura, no se produce en aquellas otras ramas del saber, donde el nombre de la disciplina científica no se puede confundir con el de su objeto: así, p. ej., «Filología» y lengua, «Toxicología» y tóxicos, «Bromatología» y alimentos, «Histología»

(1) Existen, no obstante, autores que se oponen a la existencia de un «derecho subjetivo» a penar, con diversos argumentos, que van desde negar en general que haya derechos subjetivos, o negar que sea transplantable aquí la categoría del derecho subjetivo, al de que no hay derecho porque no hay en el penado un correlativo deber, o al de que lo que hay es un deber del Estado: cfr. la exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 1964, 72 ss., II, 1964, 13 ss. Modernamente mantiene esa posición, afirmando que no es un derecho, sino un deber estatal, ZAFFARONI, I, 1980, 33 s. En la doctrina italiana hay autores (p. ej., VASALLI, La potestà punitiva, 1942, 99; MANZINI, I, 1933, 69, 176) que niegan tal derecho subjetivo y sustituyen la expresión por la de «potestad punitiva estatal». En la doctrina alemana, donde es corriente el uso de tal expresión («staatliche Strafgewalt», poder punitivo o potestad punitiva estatal), no obstante, se equipara a veces expresamente al «ius puniendi»: así, JESCHECK, Lb 1978, 8; Ttdo 1981, 16.

(2) Lo pone de relieve ZAFFARONI, I, 1980, 34.

y tejidos orgánicos, etc. (3). Pero, como no se ha acuñado un término como «iuspenología» o algo parecido, para designar la disciplina se emplea el de ciencia del Derecho penal o, más simple y abreviadamente, el de «Derecho penal» a secas. Ello da lugar a veces a inevitables confusiones. Así, p. ej., si se dice que «en Derecho penal» ha habido durante unas décadas un predominio del pensamiento puramente abstracto y sistemático, desligado de la realidad; cuando lo que se quiere decir es que ello ha predominado en algún momento *en la ciencia jurídicopenal*, y no —naturalmente— en las normas jurídicopenales.

No obstante, aunque debe quedar claro que en puridad «Derecho penal» designa el ordenamiento jurídicopenal, es decir, el objeto de la disciplina científica y no la ciencia misma, aquí es más difícil evitar a veces incurrir en el equívoco terminológico. Pues por razones estilísticas y de elegancia del lenguaje no se podrá emplear siempre la expresión «ciencia del Derecho penal» —o las dos facetas en que se desdobra: «dogmática jurídicopenal» y «política criminal»— sin caer en una machacona reiteración. Por eso hay que estar atentos para en cada caso deducir del contexto si «Derecho penal» se refiere a la disciplina o a su objeto, o sea, a la ciencia jurídicopenal o al Derecho penal propiamente dicho (4).

II. DERECHO PENAL (OBJETIVO)

1. Intitulación (5)

En la doctrina y legislaciones de los países europeos del ámbito jurídico continental, p. ej., Alemania, Italia, Francia (aunque aquí también es frecuente «Derecho criminal»), Austria, Suiza o España, es absolutamente dominante la denominación «Derecho penal» frente a la de «Derecho criminal», extendida por los países anglosajones. La expresión usual entre nosotros se justifica no sólo por razones históricas, en cuanto que la pena tradicionalmente ha sido el instrumento público de reacción frente al delito, sino que sigue siendo válida en la medida que ocupa el papel central y absolutamente dominan-

(3) Lo destaca GIMBERNAT, Concepto, método, fuentes y programa de la disciplina, 1969 (Memoria inédita), 1 ss.

(4) ZAFFARONI, I, 1980, 24, considera no nocivo el uso dual de la expresión si se es consciente de ello. En cambio, proponen reservar el nombre de Derecho penal para el ordenamiento normativo y, para evitar confusiones, no llamar así a la disciplina científica, SAINZ CANTERO, La ciencia del DP y su evolución, 1970, 13; LANDROVE, en: EP I, 1977, 262 s.

(5) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 1964, 30 s.; MIR, Intr 1976, 18 ss.; LANDROVE, en EP I, 1977, 251 ss.; Intr 1985, 17 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 36 ss.; POLAINO, PG I, 1984, 25 ss.

te (en comparación con las medidas de seguridad) en el sistema de sanciones jurídicas impuestas como consecuencia del delito.

2. Concepto formal de Derecho penal

Es relativamente frecuente en obras generales comenzar la introducción a la problemática del Derecho penal ocupándose de la función material de éste, p. ej., destacando que el Derecho penal protege o defiende a la sociedad y sus miembros frente a los ataques más intolerables a los presupuestos más elementales de la convivencia social, o —en una concepción más conservadora— que tutela y refuerza importantes valores ético-sociales con una considerable fuerza moralizante o configuradora de costumbres, o —en una concepción más crítica— que supone un instrumento de represión y dominio de determinados grupos o clases. No obstante, para evitar confusiones y no estar hablando quizá de fenómenos o instituciones que guardan relación con el Derecho penal, pero que no forman parte del mismo, parece más adecuado precisar primero con exactitud el alcance y límites del Derecho penal y de sus elementos integrantes (su concepto formal), para, una vez que pisemos terreno firme, poder adentrarnos en los problemas de su función y cometido, es decir, en el concepto material del Derecho penal y de sus componentes.

A) Definición

En sentido formal (6), es decir, sin entrar a examinar las tareas y funciones materiales que le incumben, el Derecho penal es una rama, parcela o sector del Derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad. Según algunos autores [p. ej., *Quintano* (7)], para que esta definición usual de Derecho penal resulte completa, hay que añadirle la nota de que la aplicación de tales normas ha de realizarse judicialmente en un proceso criminal; esto es correcto, pero sólo en un determinado ámbito histórico y cultural.

Analicemos los diversos elementos de esa definición:

(6) Distinguen concepto formal y material del Derecho penal MIR, *Intr* 1976, 17 ss., 53 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 31 ss., 187 ss. También en los manuales es muy frecuente dar primero una delimitación formal del Derecho penal antes de examinar sus aspectos materiales.

(7) *Compendio I*, 1958, 5; *Curso I*, 1963, 5.

B) *Las normas penales*

1) El orden jurídico

El Derecho penal es un conjunto, más o menos organizado, de normas jurídicas. En la medida que están recogidas en el Código Penal, las normas penales ya están agrupadas siguiendo un cierto orden; pero como ese orden es muy imperfecto y también existe una multiplicidad de leyes penales especiales, es la ciencia jurídicopenal quien tiene que ordenar y sistematizar tales normas, entre sí y en relación con el Código Penal, del mismo modo que tiene que acabar de elaborar y precisar el sistema de las normas contenidas en el Código (8). Ese orden interno entre las normas jurídicas es presupuesto lógico para el orden externo que el Derecho pretende conseguir (en su función reguladora y ordenadora de los diversos ámbitos de la convivencia social). Esas características de orden interno y orden externo explican el nombre de «ordenamiento jurídico» o, simplemente, «orden jurídico» con que se designa al Derecho.

Como parte del Derecho que es, también el conjunto organizado de normas que constituye el Derecho penal supone una regulación u ordenación —de determinados aspectos y con determinados medios— de la vida social; por ello recibe el nombre de ordenamiento jurídicopenal o, más abreviadamente, de orden jurídicopenal (9).

La especificidad de las normas jurídicopenales deriva de que su objeto son los delitos y, como principales consecuencias de los mismos, las penas y las medidas de seguridad. Pero como, por lo demás, son normas jurídicas, conviene analizar brevemente el concepto y características formales de las normas jurídicas.

2) Concepto de norma jurídica y de norma jurídicopenal

Dejando al margen su sentido etimológico de medida, módulo o baremo, la norma es una *regla* (10), *disposición* o *regulación* de algo —es decir, un factor de ordenación y delimitación de posiciones, ámbitos y relaciones entre sujetos u objetos—; en el caso de las normas jurídicas, éstas ordenan y regulan, esto es, prescriben cómo deben o pueden ser las distintas relaciones interhumanas y situaciones de la vida social (11). Respecto de las normas jurídicas en general se

(8) Cfr. ROXIN, *Iniciación*, 1981, 123 s.

(9) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 13 s.; COBO/VIVES, *PG*, 1987, 26 s.

(10) Cfr. p. ej., LARENZ, *Methodenlehre*, 1975, 232; COBO/VIVES, *PG*, 1987, 29 n. 2, señalan, sin embargo, la ambigüedad de la expresión «reglas jurídicas», que puede también referirse a las llamadas «regulae iuris».

(11) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 11 ss.; COBO/VIVES, *PG*, 1987, 26 s.; RUIZ DE VESA, *PG*, 1986, 11.

discute si sólo consisten en imperativos o, en su caso, autorizaciones de comportamientos, o si también pueden consistir en ordenación y valoración de (y, en su caso, asignación de consecuencias a) situaciones, estados, relaciones o acontecimientos; del mismo modo, en cuanto a la norma jurídicopenal se discute si es norma de determinación de conductas —mandato o prohibición— o norma de valoración (no sólo de acciones, sino también de resultados o situaciones). La respuesta podría ser para la norma penal distinta que para la norma jurídica en general. Pero en cualquier caso, para no prejuzgar por ahora esa cuestión, es preferible no hablar de la norma como regla de conducta (12), sino, en general, como regla, disposición o regulación, sin más precisiones.

Como normas jurídicas que son, las normas penales regulan con carácter *vinculante*, imponiéndose *coactivamente* si es preciso, determinados aspectos *externos* de la vida del hombre en *sociedad* (13); pues la esfera puramente interna por sí sola, o sea, sin reflejo en lo externo, cae fuera del ámbito de lo jurídico, al igual que sucede con la vida humana aislada de los demás. El conjunto de normas jurídicopenales supone, pues, una regulación u ordenación de determinados aspectos problemáticos (14) —ya veremos que los muy problemáticos— de la convivencia social; eso sí, con una cierta *pretensión de justicia*, que es inherente a todo el Derecho, pero sin que sea fundamental que tal ordenación sea, en efecto, justa o no lo sea (15).

Hasta ahora no hemos precisado el rango formal que corresponde a la norma jurídicopenal, pues esa cuestión corresponde a la teoría de las fuentes. Aquí se puede adelantar que en materia de creación y agravación de responsabilidad penal la única fuente de Derecho penal es la ley, pero, no obstante, en primer lugar, una serie de principios y criterios elaborados por la doctrina delimitan, perfilan y a veces incluso completan lo dispuesto por la ley, y, en segundo lugar, cuando se trata de la exención, atenuación o limitaciones de la responsabilidad, pueden ser fuentes otras normas distintas de la ley penal.

Para concluir el análisis de los aspectos formales —es decir, sin entrar en su función y esencia o carácter— de la norma jurídicopenal, hay que estudiar su estructura.

(12) Así un concepto muy extendido: cfr., p. ej., LARENZ, *Methodenlehre*, 1975, 165 s., 232.

(13) Cfr. COBO/VIVES, PG, 1987, 26 ss.; LANDROVE: *Intr* 1985, 20.

(14) RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 11.

(15) OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 88 s.

3) Estructura de la norma jurídicopenal

a) Estructura lógica o formal

Desde el punto de vista lógico-formal, la norma jurídica constituye una proposición con dos elementos: supuesto de hecho —o presupuesto— y consecuencia jurídica (16). Normalmente consiste en una proposición hipotética, y de futuro, es decir, que su presupuesto es condicional e incierto (*si sucede tal cosa, se darán tales consecuencias*), aunque la proposición también puede consistir en asignar efectos a algo realmente producido o existente (17). Pero en cualquier caso se trata de proposiciones de deber ser. Las proposiciones jurídicas no son comprobación o verificación del ser, de la realidad —p. ej., de la causalidad: si se da A, se produce como consecuencia B, o, abreviadamente, si es A, es B—, sino proposiciones de deber ser (18) o normativas, que se estructuran así: si es A, debe ser B (19).

Frente a la multiplicidad de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas de otros sectores del Derecho, la peculiaridad de las proposiciones o normas jurídicopenales consiste en que la variedad de supuestos de hecho se puede reducir al delito (o a su ausencia o su graduación) y las consecuencias jurídicas a la aplicación (o exclusión o graduación) de penas, medidas de seguridad (20) u otras consecuencias accesorias. Esto dicho abreviadamente, porque en rigor el supuesto de hecho de la medida de seguridad no es el delito mismo, sino el peligro de delito —basado o no en la previa comisión de otro delito, según que se trate de medidas postdelictivas o predelictivas—, es decir, lo que se denomina «peligrosidad criminal», para cuya comprobación se exige además que el sujeto esté incurso en un «estado peligroso» (21).

(16) LARENZ, Metodología, 1966, 161 ss.; Methodenlehre, 1975, 232 ss.; ZIPPELIUS, Einführung, 1971, 32 s.; MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 14; MIR, Intr 1976, 30 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 72 ss, 167 ss. Prefiere «presupuesto» a «supuesto de hecho» RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 185. Los utilizan indistintamente MIR, loc. cit.; OCTAVIO DE TOLEDO, cit., 168, 171.

(17) Sin embargo, se suele considerar que son siempre proposiciones hipotéticas: p. ej., LARENZ, Metodología, 1966, 167; ENGISCH, Einführung, 1971, 21; MIR, Intr 1976, 32; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 73, 165; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 184 s.

(18) Cuyo deber ser, a su vez, puede consistir directamente en deberes u obligaciones o en conceder autorizaciones, facultades o derechos, que, por su parte, como señala ENGISCH, Einführung, 1971, 21, implican como correlato o reverso deberes; en efecto, el derecho de una persona a hacer algo significa el deber, para los poderes públicos y para los demás, de reconocer y respetar ese derecho.

(19) Cfr., sobre todo ello, KELSEN, Teoría pura, 1969, 16 ss., 26 s.; ENGISCH, Einführung, 1971, 16 ss., 21; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 73 s., 168 n. 442; COBO/VIVES, PG, 1987, 29.

(20) MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 14.

(21) Cfr. MIR, Intr 1976, 30; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 168.

En vez de esta pareja de conceptos —supuesto de hecho y consecuencia jurídica— un sector doctrinal, como, p. ej., entre nosotros *Rguez. Mourullo* (22), utiliza la de precepto y sanción como integrantes de la estructura de la norma jurídicopenal. Realmente dichas categorías no indican los componentes de la estructura lógica de la proposición jurídicopenal, sino que aluden a su carácter o esencia imperativa (23); por ello no coinciden con los términos supuesto de hecho-consecuencia jurídica (24). Y además, si se examina más a fondo, se verá que la norma jurídicopenal consta de dos preceptos: uno, al que se denomina «norma primaria», que se dirige a todos los ciudadanos ordenándoles o prohibiéndoles algo (que es a lo que *Binding* denomina simplemente «norma» —como veremos— para distinguirla de la ley penal), y un segundo precepto, llamado «norma secundaria», que se dirige al juez ordenándole imponer la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento del primero (25).

Este último precepto, es decir, la norma secundaria, sí que coincide con la estructura de la proposición jurídicopenal: si se da tal delito, se debe (el Juez debe) imponer tal pena o medida; mientras que la norma primaria —no se debe cometer tal delito— sólo se desprende implícitamente de la proposición o norma jurídicopenal (26).

b) Normas completas e incompletas

Normas estructuralmente completas son, en consecuencia, las que describen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (27); en el caso de las normas jurídicopenales, aquellas que describen el delito (o, en su caso, la probabilidad de cometerlo) y la pena o la medida de seguridad. Así sucede en la mayoría de las normas de la Parte

(22) *RGUEZ. MOURULLO*, 1977, 75 (aunque en 75-76 añade que en el plano axiológico debe hablarse de presupuesto y consecuencia jurídica). También *STAMPA*, Introducción, 1953, 28 s.; *CAMARGO*, Introducción al estudio del DP, 1964, 163. Ulteriores citas en *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 168 s., n. 445.

(23) *MIR*, Intr 1976, 31 s. Otros argumentos en *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 169 s.; *RGUEZ. DEVESA*, PG, 1986, 185.

(24) Los identifica, sin embargo, *CAMARGO*, cit. en n. 22. En contra *MIR*, Intr 1976, 31 n. 30.

(25) Sobre la distinción entre norma primaria y secundaria cfr. *KELSEN*, Teoría pura, 1969, 76 ss. (denominándolas en sentido inverso al aquí expuesto); *ZIPPELIUS*, Einführung, 1971, 36 ss. En nuestra doctrina penal, *MIR*, Intr 1976, 31 s.; *PG*, 1985, 21 ss.; *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 170; *COBO/VIVES*, 1987, 29 (aunque identifican norma primaria con «precepto» y norma secundaria con «sanción», en n. 5 dicen que tales términos —precepto y sanción— no son del todo adecuados, por proceder del imperativismo). Sobre la teoría de las normas de *BINDING*, infra II 2C.

(26) *MIR*, Intr 1976, 31 s. Sobre la estructura supuesto-consecuencia jurídica en las normas primarias cfr. su *PG*, 1985, 25.

(27) *LARENZ*, Metodología, 1966, 174 s.; *MUÑOZ CONDE*, Intr 1975, 15; *MIR*, Intr 1976, 40; *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 171.

especial (28), compuesta por los libros II y III del Código Penal, donde se asignan las penas correspondientes a los delitos concretos; p. ej., en el art. 280 CP: «La falsificación de sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen las empresas o establecimientos industriales o de comercio» (supuesto de hecho) «será castigada con la pena de prisión menor» (consecuencia jurídica).

Normas incompletas son, en primer lugar, las que contienen sólo el supuesto de hecho o sólo la consecuencia jurídica, en cuyo caso naturalmente hay que unirlas con otra proposición que defina, respectivamente, la consecuencia o el supuesto de hecho para formar la norma completa (29). Así, p. ej., describen sólo el supuesto de hecho los arts. 453 y 457 CP, que tipifican, respectivamente, la calumnia y la injuria, mientras que las penas están previstas en los arts. siguientes; lo mismo sucede con los arts. 504 y 514, que sólo definen el robo con fuerza y el hurto, y con los arts. 506 y 516, que se limitan a definir cualificaciones del robo y del hurto, mientras que las penas están previstas en los arts. 505 y 515, respectivamente (30). Más claramente aún estamos ante una norma incompleta en casos como el del art. 535 CP —que algunos consideran de «pereza legislativa» (31)—, donde, al tipificar la apropiación indebida, no se le asigna directamente una pena propia, sino que el precepto remite a las penas señaladas en el art. 528 para el delito de estafa. Otro caso de norma incompleta por no definir el supuesto de hecho, y que plantea problemas peculiares, es el de la ley o norma penal en blanco.

Pero en segundo lugar, como señala *Larenz* (32), son normas jurídicas incompletas las que complementan, limitan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica previstos en otras proposiciones jurídicas distintas. Ello explica la existencia de las normas de la Parte General del CP (33) (Libro I, que contiene preceptos comunes al delito en general o a la graduación y aplicación de cualesquiera penas); pues si las únicas normas penales incompletas fueran las que describen sólo el supuesto de hecho delictivo o sólo la consecuencia jurídicopenal que debe imponerse, muchas proposiciones de la Parte General, como las referidas a eximentes, p. ej. la enajenación o el

(28) Cfr. STAMPA, Introducción, 1953, 29; MUÑOZ CONDE, loc. cit.; MIR, Intr 1976, 42 n. 55 (son normas estructuralmente completas, aunque sean incompletas en cuanto a su contenido: cfr. 40 ss.).

(29) MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 15 s. Igual, pero utilizando la terminología de «precepto»-«sanción», STAMPA, Intr 1953, 29; RGUEZ. MOURULLO, 1977, 86 s.

(30) Sin embargo, algún autor, como MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 15, considera que en ese caso, como los artículos van seguidos y en inmediata conexión, son una norma completa, porque no hay que confundir norma con artículo concreto del Código.

(31) MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 17; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 189 n. 30.

(32) Metodología, 1966, 174 s. También MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 15.

(33) Las consideran normas incompletas, p. ej., ENGISCH, Einführung, 1971, 22; MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 16 s.; MIR, Intr 1976, 41 s.; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 185. En contra OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 174 ss.: son normas «referidas» a las de la PE, no incompletas.

ejercicio de un derecho (art. 8, 1.º y 11.º), o las que regulan formas de extinción (como el indulto, perdón o prescripción: art. 112) o de suspensión (vgr. la condena condicional: arts. 92 ss.) de la pena, no serían ni tan siquiera normas penales incompletas, ya que en esos casos no se describen delitos ni se asignan penas, sino lo contrario. Esas, como las demás normas de la Parte General, que regulan cuestiones tales como el error, la tentativa, la participación, las eximentes incompletas, las atenuantes y agravantes, el concurso de delitos, la duración y efectos de las penas, su determinación, medición y ejecución, etc., sólo cobran su sentido cuando se las pone en relación con las normas de la Parte Especial, relativas a las figuras delictivas en particular, sirviendo aquéllas: las de la Parte General, para limitar o, por el contrario, ampliar, precisar y completar el alcance de los delitos y penas previstos en estas otras normas. Así podemos saber que, vgr. el allanamiento de morada cometido por un enfermo mental o en el ejercicio legítimo de un derecho no se castiga, aunque el art. 490 no advierta expresamente que el que entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador será castigado *salvo que concurra una eximente*; y no hace falta que lo diga expresamente, porque ya una norma de la Parte general (el art. 8) lo advierte para este y para los demás delitos. Del mismo modo, no es preciso que los arts. 283, 407 o 429 CP aclaren que la pena de reclusión menor con que sancionan la falsificación de moneda, el homicidio o la violación va de 12 años y un día a 20 años, ni que añadan que la cuantía concreta a imponer en esa pena dependerá de la gravedad del hecho, de la personalidad del delincuente y de si concurren o no agravantes o atenuantes, porque todo ello ya está indicado de modo general en los arts. 30 y 61 CP (34).

Ahora bien, si para acabar de conocer e integrar el alcance y sen-

(34) Destacan las razones de técnica legal y economía legislativa a que obedecen esas normas incompletas de la PG, ENGISCH, Einführung 1971, 22; MUÑOZ CONDE, Intr. 1975, 16; MIR, Intr. 1976, 43 ss.; RGUEZ DE VESA, PG, 1986, 185. Por supuesto que, si se parte de otro concepto de norma juridicopenal distinto del aquí manejado (normas que asignan sanciones como consecuencia del supuesto de hecho delicto), podría considerarse norma completa a cualquier disposición que prevea cualquier tipo de consecuencia jurídica para un supuesto de hecho relacionado con la materia penal; y entonces podría considerarse normas completas a aquellas de la PG que, p. ej., excluyen la pena en caso de causas de exculpación o en supuestos de prescripción, o que modifican el marco penal normal en caso de agravantes o atenuantes. Por ello, OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 174 ss., considera que las normas de la PG son completas (pues poseen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica), aunque «referidas» a las de la PE (normas de referencia). Pero aun así, tiene que reconocer (pp. 176, 174) que las de la PG suponen excepciones, modificaciones o límites de las de la PE, y que (p. 178) aquéllas «por sí solas carecen de auténtico significado». Ahora bien, si esto es así, lo más coherente es reconocer que esas normas sólo tienen sentido puestas en conexión con las de la PE, y que sólo se conoce el exacto alcance de éstas cuando se acude a las limitaciones, excepciones o precisiones de las de la PG, que, por tanto, acaban de integrar o completar las de la PE, y no sólo el «sistema normativo penal», como sostiene OCTAVIO DE TOLEDO, 175.

tido de las normas penales que hasta ahora hemos llamado completas, es decir, las de la Parte Especial, es preciso acudir a las proposiciones incompletas de la Parte General, que las complementan, entonces resulta, como destaca *Mir*, que también las normas de la Parte especial son realmente normas incompletas (35). No obstante, hay que aclarar que son incompletas en cuanto a su *contenido*, pero *no* son *estructuralmente* incompletas; es decir, no lo son en cuanto a su estructura como proposiciones jurídicas; en ese aspecto se componen de los dos elementos —supuesto de hecho: delito, y consecuencia jurídica: pena— de la proposición o norma jurídicopenal, y ello permite seguir llamándolas normas penales completas (36), para distinguirlas de las incompletas en sentido estricto.

c) Estructura dinámica

En nuestra doctrina, *Mir* ha puesto de manifiesto que el anterior análisis de la estructura de la norma jurídicopenal corresponde a su aspecto estático, pero que también puede examinarse la estructura de la norma en un aspecto dinámico, observando cómo funciona relacionando entre sí a diversos sujetos (37). Concretamente, se habla de *estructura comunicativa* de la norma jurídica en general y también de la norma jurídicopenal en particular (38). Ello deriva de la «teoría de los sistemas» o «teoría sistémica» (de las normas y de la sociedad) propia de la sociología funcionalista de *Parsons* y *Merton*, y cuyo máximo defensor en la teoría y sociología jurídicas es *Luhmann*. Desde esa perspectiva el buen funcionamiento (o funcionalidad) de la sociedad requiere su estructuración en una serie de sistemas sociales, que a su vez se componen de subsistemas; uno de los sistemas sociales básicos es el Derecho, integrado por subsistemas de normas y de conjuntos de normas. Pues bien, en todo sistema social se dan una serie de *procesos de comunicación* y de *interacción* entre sujetos, y del mismo modo la norma jurídica se estructura como un proceso

(35) *MIR*, Intr 1976, 40 ss. 47; PG, 1985, 26. También *ENGISCH*, Einführung, 1971, 23; *ZIPPELIUS*, Einführung, 1971, 40 ss. En contra *OCTAVIO DE TOLEDO*: cfr. n. 34. Este autor deriva de su rechazo a concebir como incompletas a las normas de la PG y de la PE la ulterior consecuencia de rechazar también la teoría de los elementos negativos del tipo (cfr. Concepto, 1981, 177 ss.). A mi juicio, sin embargo, la aceptación o rechazo de tal teoría no puede depender de la cuestión formal de si se consideran completas o incompletas las normas de la PE, sino de cuestiones de fondo, como son las relativas a la concepción del tipo y su relación con la antijuridicidad y las de la teoría del error.

(36) Así también *MIR*, Intr 1976, 42 n. 55.

(37) *MIR*, Intr 1976, 36 ss., 82 ss. (siguiendo a *CALLIESS*, Theorie der Strafe, 1974, 15 ss.); PG, 1985, 25. En otro sentido, *RGUEZ DE VESA*, PG, 1986, 185 ss., se refiere a la estructura dinámica de la ley penal, pero bajo el doble aspecto de norma de valoración (el pasado) y de determinación (el futuro).

(38) *CALLIESS*, Theorie, 1974, 17; *MIR*, Intr 1976, 36 ss.

comunicativo, que consiste en una red de *expectativas* de y frente a diversos sujetos relacionados con la norma, expectativas que son recíprocas y que van cambiando al influirse mutuamente (39).

Así respecto de la norma jurídicopenal se afirma que la formulación en la norma de una conducta como delictiva y la consiguiente amenaza de pena genera expectativas en la sociedad y en los propios potenciales delincuentes de que no se cometa ese delito (debido, a su vez, a la expectativa, intimidante para los delincuentes, de imposición de un castigo). Pero si se produce una frustración o defraudación de esas expectativas, es decir, si se comete un delito, entonces en su autor puede darse una cierta expectativa de impunidad, es decir, de lograr eludir la sanción, y en los afectados, en los terceros y en el Estado surge la expectativa contraria, o sea, la de que se aplique una pena al transgresor como reacción frente a la frustración o defraudación de expectativas (40), para mantener y reafirmar la vigencia y superioridad de la norma y para restablecer el equilibrio (entre otras cosas, el equilibrio psíquico de la sociedad) alterado y asegurar la confianza de los ciudadanos en el Derecho (41). Por eso se dice que la sanción penal como aplicación de la norma cumple una función *estabilizadora* (42) (de las conciencias, del equilibrio emocional y del funcionamiento social), que corresponde a lo que recientemente se denomina «prevención estabilizadora» o «socialmente integradora» (43). Y de ahí también que se atribuya un carácter «*contrafáctico*» (44) a la norma, puesto que su validez no depende del hecho de que se cumpla, su vigencia no se ve alterada por la infracción, sino que la reacción (la sanción) demuestra que se mantiene y reafirma la vigencia de la norma infringida.

Esas expectativas de reacción frente a la infracción podrán ser más o menos intensas y exigir mayor o menor dureza en la sanción

(39) Sobre todo ello, PARSONS, *The social system*, 1951; *El sistema social* (trad. Jiménez Blanco/Cazorla), 1966, 16 ss., 23 ss.; MERTON, *Funktionale Analyse*, en (HARTMANN, ed.): *Moderne amerikanische Soziologie*, 1967, 121; *Teoría y estructuras sociales*, 1969, 35 s.; LUHMANN, *Zweckbegriff*, 1968; *Rechtssoziologie*, I-II, 1972, *passim*. Cfr., con ulteriores indicaciones bibliográficas, MIR, *Intr* 1976, 36 ss., 295 ss.; PG, 1985, 25; LUZÓN, *Medición*, 1979, 9 ss.; BUSTOS, PG, 1984, 14-16; MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 22 ss.

(40) CALLIESS, *Theorie*, 1974, 15 ss.; MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 14; DP y control, 1985, 22-25; MIR, *Intr* 1976, 36 s.; PG, 1985, 25 s.

(41) JAKOBS, AT, 1983, 3 ss., 9. Sobre la relación de este enfoque con la concepción de la prevención general como «prevalcimiento del Derecho» ver *infra* n.º 43.

(42) JAKOBS, AT, 1983, 4.

(43) Cfr. en detalles sobre el entendimiento de la prevención general como «prevalcimiento del Derecho», «defensa del orden jurídico» o *prevención estabilizadora* y *socialmente integradora*, críticamente, LUZÓN, *Medición*, 1979, 27 ss.; CPC 1982, 97 ss.; GA 1984, 397 ss.; MUÑOZ CONDE, DP y control, 1985, 41 ss. Defendiendo la función limitadora de la prevención integradora y no sus excesos MIR, ADPCP 1986, 49 ss., 58.

(44) JAKOBS, AT, 1983, 5; MUÑOZ CONDE, DP y control, 1985, 23.

dependiendo de una serie de factores variables (45): no sólo de la gravedad del hecho mismo cometido por el sujeto, sino también del comportamiento anterior o posterior de éste, de la actitud que hasta el momento del juicio muestre hacia el orden jurídico; la sociedad, la víctima y hacia la sanción en perspectiva —esto es, sus expectativas ante la sanción—, de la actitud y comportamiento de la víctima (o de los afectados) durante y después del hecho y de sus exigencias de castigo o de su perdón, de la frecuencia y número de otros delitos cometidos, de esa u otras clases, y de las propias actitudes en ese momento de la sociedad y opinión pública en general o de ciertos grupos sociales —políticos, económicos, ideológicos, de clase, corporativos, profesionales, religiosos, etc.—, variando sus exigencias de reacción según la emotividad o agresividad suscitadas por la infracción, según que exista o no una situación (real o en parte imaginaria) de inseguridad ciudadana y alarma social, o según el grado de comprensión social hacia el delincuente y hacia su tratamiento (46).

En resumen, desde esta perspectiva de la estructura dinámica de la norma penal ésta funciona como un proceso de comunicación y mutuas relaciones entre el delincuente y otros sujetos (víctimas, sociedad, Estado, otros delincuentes potenciales o reales), a través de una red de diversas expectativas, frustraciones y reacciones, que pueden ir variando por su interacción, es decir, por su influencia recíproca. En la ciencia jurídicopenal alemana mantienen esta concepción autores como *Calliess*, *Hassemmer* y, sobre todo, convirtiéndola en base de su Manual, *Jakobs* (47); entre nosotros han acogido este planteamiento *Mir* y, con ciertas reservas, *Bustos y Muñoz Conde* (48).

A esa estructura comunicativa *Calliess* la llama también «estructura dialogal» (49), —término que ya parece exagerado, pues no es el más apropiado para describir el tipo de relación entre los sujetos a que afecta la norma penal— (50); y considera que ese diálogo e interacción continúa produciéndose hasta en la última fase de aplicación

(45) Cfr. sobre lo que sigue *HASSEMER*, *Strafrechtsdogmatik*, 1974, 111 ss.

(46) Esos factores, entre otros, influyen en las «necesidades de castigo» que siente la sociedad (o, al menos, sectores sociales), y que constituyen realmente las exigencias de la llamada «prevención general integradora». Cfr. críticamente al respecto *LUZÓN*, *CPC* 1982; 97 ss., 100 ss.; *GA* 1984, 397 ss., 401 ss.

(47) *CALLIESS*, *Theorie der Strafe*, 1974; *HASSEMER*, *Strafrechtsdogmatik*, 1974, 69 ss., 110 ss.; *Einführung*, 1981, 84 ss., 295 ss.; *Fundamentos*, 1984, 118 ss., 391 ss.; *JAKOBS*, *AT*, 1983.

(48) Cfr. *MIR*, *Intr* 1976, 36 ss., 82 ss., 108 s., 137 ss., 295 ss., 325 ss.; *Función de la pena*, 2.^a ed., 1982, 31 ss.; *PG*, 1985, 25 s.; *ADPCP* 1986, 49 ss.; *MUÑOZ CONDE*, *Intr* 1975, 14; *DP y control*, 1985, 21 ss., 34 ss.; *BUSTOS*, *PG*, 1984, 14 ss.

(49) *CALLIESS*, *Theorie*, 1974, 75, 80 ss., 95 ss. Siguiéndole, *MIR*, *Intr* 1976, 39, 86 ss.

(50) *CALLIESS*, *Theorie*, 1974, 16 s., estima que el diálogo o comunicación se produce entre tres sujetos, que denomina: «ego» (o delincuente), «alter» (o víctima) y «tercer» (el llamado a reaccionar frente a la infracción, es decir, el Estado); igual *MIR*, *Intr* 1976, 37 s., 83, 297; *PG*, 1985, 25. Realmente, como hemos visto, son más los sujetos implicados en el proceso.

de la norma, es decir, en la ejecución de la pena, puesto que en ella el penado («ego») con su voluntaria y activa colaboración en el tratamiento penitenciario como forma de participación en el sistema social puede influir y modificar las expectativas previas del poder estatal («el tercero») sobre la duración y contenido de la pena. De este modo la norma se puede concebir (utilizando terminología de la cibernética) como «regulación», que se va adaptando a los resultados que se obtienen, en vez de como mera «conducción» o «dirección» ciega, que no tiene en cuenta los resultados de la aplicación de la norma (51). En definitiva, que para este autor la concepción dialogal o comunicativa de la norma jurídicopenal repercute también sobre el entendimiento y funcionamiento de uno de los fines de la pena, la *prevención especial* —en su faceta de resocialización mediante el tratamiento—, y no sólo sobre la concepción del otro fin de la pena, la *prevención general*, como «prevención integradora y estabilizadora» en el sentido expuesto, que es el aspecto que más se suele destacar.

Como suele ocurrir cuando se formula una nueva perspectiva, esta concepción de la norma de la teoría sistémica basada en la sociología funcionalista (52) ofrece aspectos aceptables y otros que no lo son. Su descripción del conjunto de expectativas que la existencia de la norma y su proceso de aplicación crea entre diversos sujetos, así como la idea de la recíproca influencia entre los sujetos y la consiguiente variación de las expectativas, son correctas, pues describen una realidad que efectivamente se produce, pero *sólo parcialmente* correctas: pues de ningún modo puede abarcarse la totalidad de las relaciones intersubjetivas creadas por la norma sólo con el concepto de «expectativas» (y los consiguientes de «frustración», «reacción», etc.),

(51) CALLIESS, *Theorie*, 1974, 17 ss., 110 ss., 155 ss.; MIR, *Intr* 1976, 37 ss., 83-88.

(52) La teoría de los sistemas o funcionalista, aplicada al Derecho y al Derecho penal, no se agota en lo aquí expuesto, sino que presupone otros conceptos básicos, con sus consiguientes repercusiones en la teoría jurídica. Así, p. ej., el concepto de «función», que objetivamente se desempeña, con independencia de la voluntad subjetiva de alguien, como concepto distinto del de «fin» (como finalidad subjetiva): cfr. HASSEMER, *Einf* 1981, 91; *Fund* 1984, 126. O la idea (de LUHMANN) de «reducción de la complejidad» como algo que debe lograrse mediante el Derecho y la dogmática jurídica: LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, 41 s., *Rechtssociologie*, 1972, 172; igual HASSEMER, *Einf* 1981, 91, 186; *Fund* 1984, 126, 251; MIR, *Función de la pena*, 1982, 56. O también los conceptos básicos sobre los que estructura JAKOBS su *Manual de Parte General* (AT, 1983): violación o mantenimiento y aseguramiento de la vigencia de la norma, imposición y reparto de «cargas» y «costes» (privaciones o restricciones de derechos, ingerencias en los mismos), «solución de conflicto(s)», «atribución de competencia» (asignación de responsabilidad, o de capacidad), «competente» (responsable), etc. Por otra parte, la denominación de carácter «comunicativo» de la norma y del Derecho se utiliza también en otros sentidos: así HASSEMER alude (*Strafrechtsdogmatik*, 1974, 111 s.) con ello a que, al ser la norma jurídica un fenómeno comunicativo, su contenido se crea y modifica mediante negociación, discusión y acuerdo social, y también alude (*Einf* 1981, 87 ss.; *Fund* 1984, 120 ss.; tb. *Strafrechtsdogmatik*, 1974, 196 ss.) a que su interpretación, que es insegura, es, asimismo, sólo posible mediante negociación y acuerdo o consenso (entre doctrina y jurisprudencia).

ni mucho menos con el calificativo de «proceso comunicativo», cuando en realidad se producen imperativos, prohibiciones, intimidación, exigencias, garantías jurídicas formales, etc. Esa unilateralidad de enfoque no es de extrañar cuando se prescinde del vocabulario jurídico usual y se lo sustituye por otro sociológico, que puede hacer perder de vista peculiaridades de los fenómenos jurídicos. A este respecto señala con razón *Roxin* (53) que ese cambio de vocabulario puede servir para facilitar el diálogo con los cultivadores de la otra disciplina: la sociología de orientación funcionalista, pero puede no ser tan útil, sino incluso perturbador e injustificado —por innecesario— dentro de la ciencia jurídicopenal.

Pero, sobre todo, el enfoque de esta concepción es unilateral porque, al analizar el modo de funcionamiento y aplicación de la norma penal (su estructura dinámica), atiende y admite exclusivamente unos aspectos concretos de los respectivos fines de la pena: el aspecto de «prevención integradora» en la prevención general, o el de colaboración a la resocialización en la prevención especial, y con ello olvida las otras manifestaciones o facetas que poseen la prevención general y especial.

C) *El delito*

En el plano formal se suele considerar que delito es la infracción de la norma penal, infracción que ha de ser culpable (54). No toda infracción de una norma jurídica es delito, es decir, no lo es cualquier ilícito, cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que infringe o es contraria a la norma jurídicopenal, o sea, la que es penalmente antijurídica. Concretamente y en virtud del principio de legalidad, la conducta ha de infringir lo dispuesto en la *ley* penal: el Código Penal u otras Leyes penales.

También se puede decir que el delito es la conducta prevista o descrita por la ley penal, es decir, la que cumple los requisitos y, por tanto, encaja en la descripción de la norma jurídicopenal (55). Y lo curioso es que normalmente esta otra idea se añade como equivalente a la anterior; no obstante, no son conceptos equivalentes, sino contrapuestos: conducta que infringe o contraria a la norma penal no es lo mismo, sino precisamente lo contrario a conducta prevista

(53) Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, en Festschrift für Bockelmann, 1979, 303, n. 75; vers. española en: Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. de MUÑOZ CONDE, 1981, 179, n. 75. Tb. LUZÓN, Medición, 1979, 17, n. 23. Critica tb. el «criptolenguaje, descarnado y enigmático» de algunas formulaciones funcionalistas GARCÍA-PABLOS, Problemas y tendencias actuales de la ciencia penal, en: Estudios penales, 1984, 111, n. 37.

(54) Así, p. ej., COBO/VIVES, PG, 1987, 25.

(55) P. ej., RGUEZ. MOURULLO, PG, 1977, 194; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 325.

por la norma penal, que cumple los requisitos de su descripción. Esta aparente contradicción se explica porque realmente en cada punto de vista se está aludiendo a una faceta distinta de la norma penal: cuando se habla de infracción de la norma, se está aludiendo al aspecto que, como vimos, se denomina «norma primaria», es decir, la que prohíbe cometer el hecho; mientras que cuando se dice que la conducta cumple, encaja en la previsión o descripción de la norma, se está aludiendo al aspecto que denominamos «norma secundaria», es decir, la que ordena la imposición de una pena si se realiza el supuesto de hecho definido en ella (56).

Ya a finales del siglo pasado *Binding* había puesto de relieve en su monumental obra «Las normas y su infracción» esta dicotomía, sólo que con otra terminología: distinguiendo entre ley penal y norma. Según *Binding* (57), la ley penal describe una conducta delictiva y prevé una pena para ella, y el delito no infringe la ley penal, sino que, al contrario, cumple exactamente lo previsto o descrito por ella; lo que el delito infringe es la «norma» —el «no matar» o «prohibido matar», etc.—, que es un precepto no escrito, distinto de la ley penal y que este autor ubica en el Derecho público general. Posteriormente la doctrina ha solido rechazar de esa construcción la idea de que la «norma» no pertenece al Derecho penal, sino al Derecho público general (58), ya que se estima con razón que la prohibición va implícita en la proposición jurídicopenal, esto es, en la ley (59). Pero lo importante de la anticipación de *Binding* fue el poner de relieve que, aparte de la formulación escrita —la previsión de una conducta delictiva y su sanción— y previamente a ella, lógicamente tiene que existir una norma no escrita que prohíba esa conducta. Por tanto, el delito simultáneamente *cumple e infringe* uno y otro aspecto de la norma penal: cumple o encaja en la descripción de la proposición jurídicopenal, precisamente porque infringe la prohibición implícita en ella (y lógicamente previa). Técnicamente, a la definición o descripción de la conducta en la ley penal se la denomina «tipo», por lo que si una conducta coincide con la descripción de la ley penal, se la califica de conducta «típica»; en consecuencia, el delito es la conducta «*típicamente antijurídica*» = legal-penalmente antijurídica, o sea, aquella conducta antijurídica amenazada con pena por la ley.

Pero generalmente la doctrina considera que esa infracción de la norma penal ha de ser además *culpable*; es decir, que el delito requiere, además de la tipicidad o antijuridicidad penal de la conducta, culpabilidad. «Culpabilidad» podemos definirla ahora —para no en-

(56) Vid. supra II 2 B 3a, y doctrina citada en n. 25.

(57) Die Normen und Ihre Übertretung, I, 1872, 4.^a ed., 1922, 4-7.

(58) BINDING, Die Normen, I, 1922, 132 ss., 152 s., 173.

(59) MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 11 n. 1; MIR, Intr 1976, 33, 35. En contra, MAURACH/ZIPF, AT, 1983, 258-261.

trar en la polémica sobre su concepto, que es uno de los más discutidos de la teoría del delito— con una noción neutra, como atribuibilidad o responsabilidad, o sea, el conjunto de condiciones que permiten atribuirle la infracción penal, hacer responsable de la misma a su autor. Sin esto no habría, pues, delito.

En cambio, un sector minoritario (60) considera que la culpabilidad es una característica del sujeto, y no un requisito del delito, que consiste simplemente en la acción penalmente antijurídica, tanto si su autor es culpable como si no lo es. Este es, por cierto, el concepto de delito («infracción», conducta «penada por la ley», o sea, típicamente antijurídica) que utiliza en su articulado el CP (61), que además en el art. 8, 1.º a 3.º, prevé con toda claridad la posibilidad de que inimputables como los enajenados, menores o quienes sufran alteraciones en la conciencia, es decir, personas no culpables cometan hechos constitutivos de «delito».

La verdad es que ambos conceptos de delito, el usual de la doctrina y el legal, son defendibles. Pues tanto se puede sostener que la culpabilidad es una condición del sujeto (cierto que al realizar el hecho), y entonces no sería un requisito del delito mismo, sino otro presupuesto adicional para la imposición de la pena, como mantener que la culpabilidad son una serie de circunstancias (concurrentes en el hecho, en torno al hecho y en el sujeto en referencia al hecho) que permiten atribuir el hecho al sujeto, y entonces será un requisito del delito y, por ello, también de la pena. Pero incluso manejando este último concepto de culpabilidad y de delito, a veces se dice (al igual que lo hace el CP) que el no culpable comete un delito, y en ese caso se está empleando el término sólo en su sentido de infracción de la ley penal y prescindiendo de la culpabilidad. Por tanto, como es perfectamente posible utilizar la expresión «delito» en los dos sentidos, es preciso estar atentos en cada momento al sentido con el que se la está empleando.

No es de extrañar, por lo demás, que se manejen simultáneamente dos acepciones de delito —con y sin la exigencia de culpabilidad— desde el momento en que también coexisten en el ordenamiento simultáneamente dos clases de consecuencias penales: no sólo las penas, sino además las medidas de seguridad. El concepto tradicional de delito incluyendo la exigencia de culpabilidad era lo más normal cuando la única sanción existente era la pena, puesto que ésta presupone inexcusablemente culpabilidad. [Pero incluso hoy, en que se da la coexistencia de penas y medidas, el concepto central de referencia para el concepto de delito sigue siendo la pena: así el art. 1 CP define

(60) P. ej., BUSTOS, Bases críticas de un nuevo DP, 1982, 112 ss.; PG, 1984, 356 ss., 371 ss.

(61) Así MIR, Los términos «delito» y «falta» en el CP, ADPCP 1973, 324 ss.

los delitos como acciones «*penadas por la ley*» (62).] En cambio, cuando aparecen las medidas de seguridad y coexisten con la pena dentro del sistema penal, como las medidas no requieren culpabilidad —aunque también se pueden aplicar a personas culpables—, sino peligrosidad criminal, entonces se tiene que operar con un concepto de delito que no incluya la culpabilidad: pues peligrosidad criminal equivale a probabilidad de que el sujeto cometa algún delito, pero entendiendo «delito» como hecho típicamente antijurídico con independencia de la culpabilidad; y esa probabilidad de delinquir en el sentido expuesto es la que requieren todas las medidas de seguridad, tanto las predelictivas, criticables pero existentes en nuestro Derecho, como las postdelictivas, que, con mayores garantías de seguridad jurídica, presuponen además de la peligrosidad criminal la previa comisión de un «delito», entendiendo otra vez el concepto con independencia de la culpabilidad.

D) *¿El delincuente como elemento distinto?*

Algunas definiciones de Derecho penal [p. ej. *Jiménez de Asúa, Bacigalupo o Bustos* (63)] incluyen entre los componentes básicos definidos por las normas penales, junto al delito y como presupuesto —distinto del delito— de las penas y medidas de seguridad, al autor del hecho, al delincuente.

Si con ello sólo se quisiera aludir a la cuestión de quiénes pueden responder como sujetos del hecho, como autores o partícipes, entonces no se justificaría una mención separada del delincuente, pues dentro del propio concepto de delito puede incluirse la cuestión de su sujeto activo, al igual que la del objeto, sujeto pasivo, etc. Por otra parte, si con la mención aparte al delincuente se alude a que la culpabilidad, presupuesto indispensable de la pena, más que una característica del hecho es una característica de sujeto (64), ciertamente que en referencia al hecho (es culpable precisamente por ese hecho), entonces estaríamos ante una precisión conceptual que, como ya hemos

(62) Y aunque «*penadas por la ley*» significa acciones prohibidas de modo general bajo pena, con independencia de si luego hay o no culpabilidad, no se puede olvidar que la referencia es a la previsión legal de una pena —no de una medida—, y que los sujetos a quienes luego se les va a poder aplicar judicialmente una pena son solamente los culpables.

(63) J. DE ASÚA, *Tratado I*, 1964, 69 ss.; BACIGALUPO, *RIntDP* 1978-1, 22 ss.; BUSTOS, *PG*, 1984, 5 s. Sobre doctrina italiana, argentina, francesa o yugoslava en el mismo sentido cfr. J. DE ASÚA, *cit.*, 70 s.

(64) Así lo hace BUSTOS, *PG*, 1984, quien, pese a que en la definición de Derecho penal advierte (p. 6) que la mención separada al delincuente tiene un alcance más amplio, luego, en la parte de su manual dedicada al «sujeto responsable» (la 3.ª Parte, 355 ss., a continuación de la 2.ª, dedicada al delito), reduce la cuestión al estudio de la culpabilidad.

visto, es tan admisible como la postura usual de incluir la culpabilidad en el propio concepto de delito, pero que no tendría mayor trascendencia práctica, puesto que en definitiva la base de la sanción sigue siendo exclusivamente el hecho, el delito y la culpabilidad (responsabilidad) respecto del mismo.

Pero con la precisión de que las normas penales prevén no sólo el delito, sino también ciertas *condiciones o circunstancias del sujeto distintas del delito* mismo, como presupuesto de la reacción penal —precisión que me parece correcta—, se puede aludir también a que en el actual Derecho penal la base de las consecuencias jurídicas no la constituye sólo el delito, aunque éste sea el marco de referencia fundamental, sino también otras circunstancias del sujeto, anteriores (p. ej., la reincidencia), coetáneas (p. ej., su personalidad) o posteriores (p. ej., el comportamiento postdelictivo), que influyen —en algunos casos de modo decisivo— en la imposición o no, medición, atenuación o incluso agravación, no sólo de las medidas de seguridad, sino también de las penas.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, bajo el influjo sobre todo del horror de la ciencia penal alemana al llamado «Derecho penal de autor», no suele admitir como presupuesto de la pena más que el delito: el «hecho». Sin embargo, guste o no, sea ello aceptable o rechazable, no se puede desconocer que el Derecho vigente concede relevancia, en ocasiones extraordinaria, a circunstancias personales del sujeto distintas del «hecho» mismo (65). Este dato, cuya admisión choca con serias resistencias cuando se trata de determinar el presupuesto de las penas, es reconocido, en cambio, sin mayores problemas por la doctrina cuando se trata de las medidas de seguridad: en ellas se admite que su presupuesto no es, en puridad, el delito mismo, o no es sólo el delito, sino además las circunstancias del sujeto: su estado peligroso y su peligrosidad criminal.

E) *Penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*

1. La pena es la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito, y hoy sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. Consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoria y, si es preciso, coercitivamente al delincuente, es decir, un *mal* (66) que se le impone, dejando ahora

(65) Sobre todo ello LUZÓN, Prólogo a: De Vicente Remesal, El comportamiento postdelictivo, 1985, 24-28.

(66) Así, con independencia de concepciones retributivas o preventivas, MIR, Intr 1976, 61; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 25, 67; RÍGUEZ MOURULLO. Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el P de CP español, en: La reforma penal y penitenciaria, Univ. Santiago, 1980, 41 ss.

al margen cuál sea el sentido, el porqué o el para qué de ese mal, cuestión que corresponde a la función y, por tanto, al concepto material de pena. Un mal en sentido naturalístico, es decir, algo en sí mismo no deseable para el sujeto —prescindiendo de si luego redundará o no en su beneficio y de si, por cualesquiera razones personales, el sujeto desea el castigo—, pues desde el punto de vista jurídico, como se destaca en la teoría de las causas de justificación, si concurren los presupuestos objetivos de la imposición de la pena, el resultado de la privación del bien está justificado, por perder el bien jurídico en ese caso la protección del Derecho, y, por consiguiente, jurídicamente no es un «mal» (67). Pero además la sanción penal es, en principio, no un mal cualquiera, sino la forma *más grave* de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico; es, por tanto, una privación o restricción especialmente dura de los bienes jurídicos más importantes. Sin embargo, en la realidad y en ocasiones, las penas pueden coincidir en su contenido —es decir, dejando aparte otras diferencias, como el que puedan crear antecedentes penales, o su distinta gravedad cuantitativa, que por lo demás puede coincidir— con otras sanciones teóricamente menos graves, como las administrativas; así p. ej., la privación del permiso de conducir puede ser tanto una pena como una sanción administrativa. Al margen que sea discutible tal posibilidad y de que debiera haber, como mínimo, siempre una diferencia cuantitativa de gravedad (mayor en la pena), lo cierto es que, cuando se produzca tal identidad de sanciones, sólo se podrá acudir a criterios formales para su distinción: tal privación de derechos será una pena, y no una mera sanción administrativa, cuando se le dé expresamente ese nombre —utilizando la ley palabras como «pena de», el hecho «será penado» o «castigado con»— o se pueda encuadrar en la escala general de penas del CP, se aplique a un hecho calificado formalmente de «delito» (o «falta») y se imponga judicialmente en el correspondiente proceso penal (68).

La pena presupone inexcusablemente culpabilidad en el delito cometido, pero en cambio no la peligrosidad criminal del sujeto para el futuro. Por tanto, nunca se puede imponer una pena a un inculpable, mientras que sí se puede penar a un sujeto con independencia

(67) Cfr. LUZÓN, Aspectos esenciales de la leg. def., 1978, 121 ss., 250 s.; REP 238, 1987, 53 ss. (= LL 1988-1, 997 ss.).

(68) Sobre la distinción entre sanción penal y administrativa, e ilícito penal y administrativo, cfr. J. GOLDSCHMIDT, Das Verwaltungsrecht, 1902 (reimpr. 1969); MATES, Untersuchungen zur Lehre der Ordnungswidrigkeiten, I, 1977, 105 ss. (Problemas de DP administrativo, trad. de R. Devesa, 1979, 138 ss.), II, 1982, 288 ss.; KRÜPELMANN, Die Bagatelldelikte, 1966, 177; MARTÍN-RETORTILLO, Sanciones penales y sanciones gubernativas, en: Problemas actuales de DP y Procesal, Univ. Salamanca, 1971, 11 ss.; CASABÓ, en: Córdoba/R. Mourullo, Comentarios al CP, II, 1972, 77 ss.; PARADA, El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP 67 1972, 41 ss.; CEREZO, Curso 1, 1985, 41 ss.; COBO/VIVES, PG, 1987, 35 ss.

de su peligrosidad, o sea, tanto si no es probable que vuelva a delinquir, como si sí lo es. Por último, la pena —hoy, entre nosotros— se ha de imponer en un proceso criminal por el juez (o tribunal) penal.

2. La medida de seguridad es otro instrumento distinto de reacción frente al delito, que surge a fines del siglo pasado con el Proyecto de CP suizo de 1893, debido a *Stoos* (69), y se introduce en las diversas legislaciones desde comienzos de este siglo. Aunque ahora analicemos sólo su concepto formal, para entender su sentido es indispensable aludir a su *fin*: la prevención de futuros delitos por parte del sujeto concreto, o sea, la prevención especial. Ello se puede lograr, o intentarlo, mediante procedimientos asegurativos, de control, incoizadores o neutralizadores, pero también mediante métodos de corrección del sujeto: educativos, curativos, asistenciales, etc.; por ello, aunque su nombre abreviado y usual es el de medidas de seguridad, también se las denomina «medidas de seguridad y corrección» (70). Siendo esto así, su *contenido* —a diferencia del de la pena— *no tiene* por qué ser forzosamente un *mal*, una privación de derechos. Ello puede ocurrir en algunas, como, p. ej., las puramente privativas de libertad (internamiento de seguridad) o las privativas de derechos o las de vigilancia y control; o también esa privación de derechos, p. ej., de libertad ambulatoria, puede acompañar a un contenido no aflictivo, sino de tratamiento. Pero también la medida puede consistir exclusivamente en un tratamiento corrector: curativo, psiquiátrico, desintoxicador, educativo, etc., sin ir acompañada de privación de libertad, sino en régimen abierto. Y el que en esos casos, como en los demás, la medida se imponga obligatoriamente al sujeto, no convierte su contenido ni su carácter en un mal (71).

Dada su exclusiva finalidad preventiva especial, las medidas presuponen *peligrosidad criminal* (72) del sujeto. Por tanto, si en un sujeto que ha cometido un delito no se da esa probabilidad de que vuelva a delinquir, no se le someterá a una medida de seguridad. Como garantía de seguridad jurídica se requiere además que la situación del sujeto encaje en lo que se denomina un «estado peligroso», defi-

(69) Vid. JORGE BARREIRO, Las medidas de seguridad, 1976, 37 ss.

(70) Sobre esa duplicidad cfr. JESCHECK, Tldo, 1981, 18, 1.113 ss.

(71) Por el contrario, COBO/VIVES, PG, 1987, 704 s., consideran que las medidas consisten, *esencial y realmente*, en una privación o restricción de derechos, añadiendo que evidentemente tienen naturaleza impositiva y son de obligada ejecución, sin contar con el consentimiento del destinatario. Quizá en esto último es donde ven siempre una privación o restricción de derechos. En p. 704 insisten —aunque sea para criticar la discordancia de su ejecución con el fin preventivo-especial que deberían tener— en que, al consistir su ejecución en una privación de derechos, tienen carácter aflictivo e intimidatorio.

(72) Aunque el concepto de «peligrosidad social» utilizado por la LPRS de 1971 es más vago y susceptible de una acepción más amplia e imprecisa (y por ello crítica-ble: cfr. JORGE BARREIRO, Las medidas de seguridad, 1976, 250 ss.), también cabe interpretarlo restrictivamente como «peligrosidad criminal»: así MIR, Intr 1976, 24 ss.

nido como tal por la ley. Dicho estado peligroso puede venir constituido por la comisión de uno o varios delitos junto con determinadas circunstancias del sujeto antes, en o después del delito o delitos; en ese caso estamos ante una medida de seguridad postdelictiva (73), cuya pertenencia al Derecho penal no se discute de *lege lata* y cuya conveniencia de *lege ferenda* sólo se rechaza por un sector doctrinal no muy amplio (74). Pero también existen en el Derecho español actual medidas predelictivas —aunque, con argumentación muy discutible, las STC 23/1986, de 14-2, y 21/1987, de 19-2, resolviendo recursos de amparo estiman que son inconstitucionales por violar el principio de legalidad del art. 25.1 CE—, en las que el estado peligroso no requiere la previa comisión de un delito; estas medidas no sólo son rechazadas por la doctrina dominante, sino que incluso se discute su naturaleza jurídicopenal (75).

Pero, pese a esto y a las cits. STC (76), no han sido derogados los correspondientes preceptos de la LPRS ni tampoco el TC ha declarado de modo general su inconstitucionalidad, puesto que no ha resuelto recursos o cuestiones de inconstitucionalidad sobre la LPRS, sino sólo unos concretos recursos de amparo relativos al supuesto de «estado peligroso» del art. 2.8 LPRS. Siendo así, la posición del TC, por lo demás no compartible en este caso, no es decisiva ni definitiva, pues, como destaca *Vives* (77), sólo tienen efectos frente a todos o «fuerza de ley» los fallos (y ello en la solución de conflictos o cuando resuelven la constitucionalidad o no de las leyes), y no la doctrina de fundamentación de los mismos: ésta puede ser cambiada, como en toda jurisprudencia, y el TC lo ha hecho en varias ocasiones, sin ni siquiera sujetarse al requisito del art. 13 LOTC de que en el tal caso se someta la decisión al Pleno (78).

(73) El término es más correcto que el de «postdelictual», que utilizan muchos autores.

(74) P. ej., RGUEZ. DEVEZA, ADPCP 1978, 5 ss.; PG 1986, 987.

(75) Niegan o ponen en duda su carácter penal y consideran que tienen naturaleza administrativa, p. ej., ANTÓN, DP, I, 1949, 4; CAMARGO, Intr al est. del DP, 1964, 11; RGUEZ. MOURULLO, en (varios), Peligrosidad social y medidas de seguridad, Valencia, 1974, 363 ss.; PG, 1977, 17 s.; CUELLO: DP I, 1975, 8; MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 40 ss.; JORGE BARREIRO, Las medidas, 1976, 92; TERRADILLOS: Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981, 133 s.; SAINZ CANTERO, Lecciones PG, I, 1982, 19, 23-25; BUSTOS, PG, 1984, 8; CEREZO, *Curso*, 1985, 34 s.; QUINTERO, PG, 1986, 32; RGUEZ. DEVEZA, PG, 1986, 11, 990. En contra, sostienen con razón su carácter penal (aunque sean criticables), OLESA, Las medidas de seguridad, 1951, 141; DEL ROSAL, Tratado PG, I, 1968, 2; II, 1972, 559; COBO, en (varios): Peligrosidad social y med. de segur., Valencia, 1974, 98 s.; MIR, Intr 1976, 24 ss.; PG, 1985, 5; BARBERO, Política y DP, 1977, 9; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 47 ss.; LANDROVE, Intr 1985, 24; QUERALT, ADPCP 1985, 305 s.; RGUEZ. RAMOS, Compendio PG, 1986, 8, 119, 279 s.; COBO/VIVES, PG, 1987, 26, 705. Ello con independencia de que puedan ser inconstitucionales por atentar al principio de legalidad o al de seguridad jurídica: cfr. infra n. 78.

(76) TC 23/1986, de 14-2, «BOE» 5-3-86; 21/1987, de 19-2, «BOE» 4-3-87.

(77) Tribunales de Justicia y Justicia constitucional, PJ 1986-2, 10 ss.

(78) El fallo en estos casos era meramente conceder amparo al recurrente, y la interpretación de dichas STC es tanto menos general por las peculiaridades de los supuestos concretos, en los que, además del principio de legalidad, el TC entendió vulnerado el *non bis in idem* —y ello era quizá lo decisivo— por ser el supuesto de estado

Las medidas de seguridad, tanto las postdelictivas como con mayor razón las predelictivas (que ni siquiera exigen un delito previo), a diferencia de las penas no requieren culpabilidad: ni es preciso que en el delito cometido —en el caso de las postdelictivas— concorra culpabilidad, ni tampoco hace falta que el peligro de futuros delitos sea de acciones culpables, sino que en ambos casos basta con que se trate de acciones típica, penalmente antijurídicas. El que no sea

perigroso del art. 2, 8.º LPRS: traficar con drogas, idéntico al hecho del art. 344 CP. Por otra parte, la argumentación de las STC es endeble y poco convincente: Se dice en ellas que se vulnera el principio de legalidad con las medidas predelictivas porque conforme al art. 25.1 CE «no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal». Pero, en primer lugar, no tiene sentido atenerse únicamente a los términos más o menos literales del art. 25.1 (que además no son exactamente como se dice en las STC). Lo importante es el significado —histórico y material— de tal principio, que es el de garantizar que sólo una ley previa pueda determinar cuándo se sancionan unos hechos y con qué sanciones; y si el art. 25.1 CE se refiriera a las medidas de seguridad —que no se refiere—, la exigencia se cumpliría con que una ley, y no el juez o la Administración, determine previamente a qué supuestos de estado peligroso (aunque sean predelictivos) les son aplicables medidas. Pero tal precepto —a diferencia del 25.2, que las menciona— no comprende el principio de legalidad para medidas (así MIR, PG, 1985, 65; COBO/VIVES, PG, 1987, 706), ni siquiera para las postdelictivas, pues el presupuesto de éstas no son «acciones u omisiones» que constituyan «delito» (art. 25.1), sino la peligrosidad criminal unida a un supuesto tipificado como estado peligroso, del que el delito, en su caso, no es más que un componente; y mucho menos aún se referiría a las medidas si dicho precepto exigiera, como dicen las STC cit., un «culpable» del ilícito penal (que no lo exige), ya que las medidas por definición no requieren culpabilidad. Además es incorrecto prescindir del inciso final del 25.1: «según la legislación vigente en aquel momento» y quedarse sólo con el inciso inicial: «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa», como si no existieran otras posibles condenas, que es lo que vienen a sostener esas STC; pues entonces se produciría el absurdo de tener que entender que el 25.1 CE prohíbe las condenas o sanciones civiles por ilícitos civiles, ya que no son delito, falta o infracción administrativa. Lo que el precepto quiere decir es, naturalmente, que si alguien va a ser condenado por delito, falta o infracción administrativa (y no quiere extender la garantía a otro tipo de condena o sanciones), el hecho debe estar previamente descrito como tal por la legislación. Por último, la 1.ª Sent. cit., la STC 23/1986, añade que se vulneraba también la presunción de inocencia del art. 24.2 CE con tal medida predelictiva, pues «se le estaría presumiendo culpable antes de que en proceso penal por delito se dilucidara su culpabilidad»; ello puede tener cierta base respecto del art. 2, 8.º LPRS, en cuanto que el estado peligroso se funda en dar por sentado que ha habido tráfico de drogas (lo que es lo mismo que el delito del 344 CP, pero apreciado antes de la condena), pero no como regla general para las medidas predelictivas, porque en ellas no se presume ni se declara «culpable» al sujeto, sino peligroso. La posible inconstitucionalidad de las medidas predelictivas guarda relación más bien con la infracción del principio de seguridad jurídica, del art. 9.3 CE (así COBO/VIVES, PG, 1987, 707; QUINTERO, PG, 1986, 150, que tb. menciona los arts. 81 y 53 CE como base del principio de legalidad. BUSTOS, PG, 1984, 8, basa su inconstitucionalidad en los arts. 9.3, 14 y 25.1), y del mandato de determinación, precisión o certeza como exigencia material del principio de legalidad, en la medida que éste indirectamente se pueda basar en los arts. 53.1, 81 ss. y en las exigencias de un Estado de Derecho del art. 1 CE (así MIR, PG, 1985, 64 ss.; COBO/VIVES, PG, 1987, 706 s.); pero tales infracciones, al no afectar a derechos fundamentales —arts. 15 a 29 CE—, no son apreciables en recurso de amparo, sino mediante cuestiones o recursos de inconstitucionalidad.

precisa la culpabilidad no significa que ésta sea incompatible con las medidas de seguridad, de tal modo que a los culpables se les impusiera sólo la pena, y las medidas se reservaran para los sujetos inculpables, pero peligrosos; por el contrario, a las personas culpables también se les puede aplicar una medida de seguridad si encajan en un «estado peligroso».

Por último, al igual que la pena, la medida de seguridad prevista por la norma penal sólo se puede imponer en un proceso por el juez penal (sea un juez especializado —Juzgados y Salas de Peligrosidad—, sea el juez ordinario: así la Disp. transit. 27.^a, 2 y 3, LOPJ 1985 atribuye las funciones de los anteriores Juzgados de Peligrosidad a los Juzgados de Instrucción, pero mantiene las competencias en apelación de la Sala de Peligrosidad en la Audiencia Nacional).

3. Para acabar de exponer estas nociones conceptuales sobre penas y medidas, sin entrar todavía en su significado material, hay que señalar que en la mayoría de los sistemas penales actuales coexisten ambas consecuencias jurídicas del delito, lo que se denomina «dualismo» o «doble vía», frente a los sistemas «monistas», que optan exclusivamente por una u otra reacción. Pero cuando coexisten ambas consecuencias en un sistema penal, podría optarse por una rígida separación en su aplicación: para los culpables sólo las penas y nunca medidas, y éstas solamente para los inculpables peligrosos (79), o puede optarse, como hace el Derecho español, por la posibilidad de coincidencia de penas y medidas en ciertos supuestos de personas culpables y peligrosas. A su vez, en tales casos puede optarse por una aplicación cumulativa de pena y medida, que es lo que ocurre normalmente en el Derecho español actual, o bien por una aplicación sustitutiva, total o parcial, de medida de seguridad y pena, sustituyendo aquélla o ésta, como se hace en el llamado «sistema vicarial», por el que opta para la mayoría de los casos el AP 1983 de nuevo CP, siguiendo la tendencia dominante en la moderna reforma penal en los países desarrollados (80).

4. Un tercer modo de reacción frente al delito previsto por las leyes penales lo constituyen lo que se puede denominar «consecuencias accesorias». El concepto procede del Derecho alemán, queriéndose indicar con el mismo que se trata de sanciones de naturaleza peculiar que, sin ser penas ni medidas, se unen o pueden unirse a una

(79) Hay que advertir que a esto también se le puede denominar «sistema monista», porque nunca son aplicables a un mismo supuesto ambas consecuencias (ni cumulativa, ni sustitutivamente); pero realmente el sistema penal es dualista, por poseer ambas formas de reacción frente al delito.

(80) Sobre todo ello cfr. JORGE BARREIRO, *Las medidas*, 1976, 165 ss., 183 ss.; La reforma de 1978 a la LPRS, en: *Comentarios a la leg. penal* (dir.: Cobo), II, 1983, 520 ss.; MUÑOZ CONDE, *Monismo y dualismo en el DP español*, en: *EPCr*, VI, 1983, 217 ss., 236 ss.; RFDUC, monogr. n.º 6, 1983, 505 ss.

condena penal (81); y si bien los §§ 45 ss. del StGB incluyen bajo esa rúbrica la inhabilitación para cargo y para sufragio activo y pasivo, que no hay ningún inconveniente conceptual para considerar penas —como se hace en nuestro CP—, también es cierto que aquel concepto es aplicable a la confiscación de beneficios ilícitos y al comiso, que el Tít. 7. de la Sec. 3.^a de la PG del StGB regula asimismo separadamente, reconociendo que no son penas ni medidas. Nuestro AP 1983, en una propuesta bastante aceptable (82), dedica el Tít. VII del Libro I a las consecuencias accesorias, considerando como tales en los arts. 136-138 el comiso, la privación de beneficios ilícitos de personas jurídicas, y la clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades de empresas o personas jurídicas. El CP vigente no prevé tal categoría sistemática general, sino que incluye el comiso entre las penas, y luego recoge de modo disperso por su articulado sanciones de disolución, clausura, suspensión o prohibición de actividades, p. ej., en los arts. 174, 265, 344 bis b, 344 ter, 347 bis, 452 bis d 2.º, o de comiso de ganancias ilícitas, aunque se hayan transformado [lo que parece estar pensado para la utilización de sociedades entre otros casos (83)] en el art. 344 bis e CP.

La naturaleza de estas sanciones es ciertamente discutible, pues respecto de ellas puede sostenerse, y se ha sostenido, que son penas, o medidas de seguridad, o incluso administrativas. Así el art. 48 CP considera pena accesoria al comiso. Y de las sanciones que afectan a personas jurídicas, se ha sostenido que son penas por quienes defienden la capacidad delictiva de las personas jurídicas (84), o por otro sector doctrinal, seguido por los arts. 132 y 153 del P 1980, que son medidas de seguridad (85). Pero tales sanciones tienen en común que afectan o, en el caso del comiso, pueden afectar a terceras personas no responsables del delito (pues las personas jurídicas no

(81) Así JESCHECK, Lb 1978, 637 ss.; Ttdo 1981, 1094 ss., donde incluye además de los §§ 45 ss. StGB, la publicación de la sentencia condenatoria en delitos que afectan al honor, que realmente es una reparación moral de naturaleza civil.

(82) Tb. positivamente, justificando, p. ej., el paralelismo entre el comiso de instrumentos peligrosos y la disolución de una sociedad que puede ser utilizada como instrumento peligroso, MIR, El sistema de sanciones en la Propuesta de AP de CP 1983, DJ 1983 (37/40), 190.

(83) Aunque el inciso inicial del 344 bis e suscita dudas, por efectuar la salvedad: «a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito»; y las sociedades a las que se haga figurar como titulares de ganancias ilícitas producto del tráfico de drogas en puridad son terceros no responsables del delito, aunque estén controladas por los delincuentes. Pero, dada la *ratio* del precepto, probablemente procede una interpretación restrictiva (teleológica) del concepto de tercero no responsable, excluyendo del mismo a tales sociedades.

(84) P. ej., BARBERO, RDMerc 1957 (64), 324, 327 ss.; ZUGALDÍA, CPC. 11 1980, 77 ss., con ulters. citas.

(85) ANTÓN ONECA, PG, 1949, 155 s.; CUELLO CALÓN, I, 1975, 323 ss.; RGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 230 s.; MIR, PG, 1985, 142; más matizadamente en Adiciones al Ttdo. de Jescheck, 1981, 309, 312. Ya el art. 90, 10.^a del CP 1928 incluía entre las medidas de seguridad la disolución, supresión o suspensión de personas jurídicas.

lo son). Por eso no son penas. Y tampoco son medidas de seguridad, pues éstas requieren peligrosidad criminal en el sujeto a quien se aplican, y ni el comiso ni la confiscación de beneficios ilícitos lo presuponen en absoluto, ni tampoco en las «medidas» aplicables a personas jurídicas hay peligrosidad criminal en éstas, puesto que no pueden delinquir (86). Por lo demás, las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídicopenal —y no meramente administrativa (87)—, pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (anticipando su sentido material) en todo caso de carácter preventivo.

F) *La aplicación judicial: ¿criterio definitorio?*

Hemos visto, al adelantar la definición de Derecho penal, que cierta doctrina, como *Quintano* basándose en *Carrara* (88), exige, para que la definición quede completa, que se añada la nota de que la aplicación de la norma penal se realice mediante un proceso penal previo. Y, en efecto, en el actual estado de cualquier Derecho penal civilizado se requiere una aplicación jurisdiccional, y tras un proceso, de la norma jurídicopenal; sólo así se aprecia el delito y sus responsables, y sólo así se imponen las penas o las medidas de seguridad criminales. Esto es un hecho indiscutible en el *actual* panorama jurídico, que tiene un importante sentido material de garantía, que veremos más adelante, y por ello puede destacarse ya en el concepto mismo del *actual* —haciendo esa precisión— Derecho penal. Ahora bien, la cuestión es si además, como pretende ese sector doctrinal, es un crite-

(86) Por eso, RGUEZ. MOURULLO, PG, 1977, 230, tiene que hablar, siguiendo a R. SCHMIDT, de «peligrosidad objetiva» de la persona jurídica, reconociendo que la misma se basa en acciones de otros sujetos. Y MIR, Adiciones a Jescheck, 1981, 312, reconociendo que en la persona jurídica no hay peligrosidad criminal, considera que los textos legales no deben concebirla como sujeto pasivo de la medida, sino que los destinatarios de la medida que recae sobre la persona jurídica son los sujetos físicos que hay tras ella, a los que se les puede privar de que la utilicen criminalmente. Pero, en primer lugar, las medidas de seguridad requieren un pronóstico de peligrosidad criminal concreto sobre algún sujeto determinado, aunque fuera alguno de los sujetos de atrás, lo que no sucede en estas «medidas», en que basta la peligrosidad objetiva (de utilización como instrumento) de la sociedad o —según otras fórmulas legales— ello ni siquiera se exige expresamente. Y, en segundo lugar, las medidas de seguridad suponen una privación o restricción de facultades o simplemente un tratamiento que se aplica precisamente al sujeto peligroso; mientras que aquí se aplica a una sociedad de cuyas acciones pueden ser titulares personas que no tengan nada que ver con quienes la utilicen o puedan utilizar criminalmente (aparte de que la sociedad ya tiene personalidad propia).

(87) Así, en cambio, RGUEZ. DEVESA, PG, 1988, 392.

(88) CARRARA, Programa del Corso di Diritto criminale, I, 1924, Prefacio; QUINTANO, Compendio I, 1958, 5; Curso I, 1963, 5; seguido por GIMBERNAT, Código de las leyes penales, 1977, 13; también BARBERO, Política y DP, 1977, 9.

rio definitorio, delimitador de lo que es Derecho penal, en el sentido de que sólo la aplicación judicial puede en casos extremos servir para deslindar sanciones penales de otras sanciones no penales, como las administrativas.

La respuesta debe ser negativa. La aplicación jurisdiccional no es un criterio definitorio de lo que son normas penales, o delitos, o sanciones penales, en primer lugar porque éstas han podido aplicarse en otros momentos históricos o pueden aplicarse actualmente en otras culturas jurídicas por poderes públicos distintos del judicial, o incluso por otros sujetos, sin que por eso se les pueda negar el carácter de normas e instituciones del Derecho penal. Y, en segundo lugar, porque no toda sanción o medida que impone el juez de lo criminal en el proceso penal es una sanción o consecuencia jurídicopenal; puede tratarse también de sanciones o medidas procesales, civiles o administrativas [de estas últimas cabe citar, p. ej., la expulsión de extranjeros del territorio nacional autorizada por el juez en los casos de los arts. 21.2 y 26.3 de la LO 7/1985, de 1-7, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (89), expulsión que en otros casos y según el art. 26.1 de dicha LO puede acordar el Director de la Seguridad del Estado —medida claramente administrativa—, mientras que, si se dan los presupuestos de estado peligroso y «peligrosidad social», tal expulsión puede constituir una medida de seguridad criminal de los arts. 5.12 y 7 LPRS; o las múltiples sanciones disciplinarias y de orden que puede imponer el juez penal, p. ej., conforme a los arts. 181, 258, 684 o 716 LECr (90)]. Ocurre aquí lo mismo que con la inclusión de una sanción en una norma penal, que tampoco es criterio seguro, puesto que en una misma ley puede haber parte penal y preceptos no penales, sino de otra índole. Por tanto, como ya hemos visto al examinar el concepto de pena, en casos límite la única delimitación segura se basa en datos formales: el que, además de aplicarse jurisdiccionalmente y a un hecho calificado de delito, la sanción se denomine formalmente «pena» o «castigo» o encaje en el catálogo general de penas del CP; y lo mismo podría decirse —aunque aquí las dudas sean aún mayores— respecto de las

(89) En el art. 21.2 LO 7/1985 tal expulsión se prevé como «sustitutiva de las penas que le fueren aplicables» al condenado por delitos menos graves; por ello es discutible su naturaleza administrativa o de una peculiar sanción sustitutiva penal (aunque no sea pena ni medida de seguridad). Pero en el art. 26.3 la expulsión puede autorizarla el juez respecto de extranjeros sometidos a diligencias por delitos menos graves y a expediente de expulsión en trámite, pero que todavía no han sido condenados; por tanto, es indudable la naturaleza no penal de tal expulsión, que tampoco es meramente cautelar o procesal, sino claramente administrativa sancionadora, pero que puede ser acordada por el juez en lugar de serlo por la Administración, a quien normalmente le corresponde según el art. 26.1.

(90) Así lo destaca CASABÓ, en: Córdoba/R. Mourullo, Comentarios II, 1972, 82 n. 27.

medidas de seguridad y su encuadramiento en los catálogos de medidas y estados peligrosos de la LPRS o, en su caso, del CP.

Por consiguiente, aunque ello no tiene un carácter definitivo y definitivo (sobre lo que es o no Derecho penal), es cierto que en nuestro actual Derecho las normas jurídicopenales y sus instituciones han de apreciarse y aplicarse jurisdiccionalmente en un proceso. Hay que aclarar, para concluir, que esta última característica de las normas penales no forma parte de su objeto de regulación: es decir, que las normas del Derecho penal no se ocupan de cómo ha de producirse la aplicación judicial de las mismas, pues esa es materia procedimental —conexa con la penal y con importantes repercusiones mutuas, pero ciertamente distinta—, objeto del Derecho procesal penal.

3. Concepto material de Derecho penal

A) *Sentido material de delitos, sujetos, sanciones y garantías formales*

Los elementos del Derecho penal que hemos analizado formalmente tienen un significado material.

a) Por una parte, los objetos de los que se ocupan las normas penales tienen en común la nota de la *gravedad*. Así el *delito materialmente* supone (o suele suponer, cuando en los Estados democráticos el legislador selecciona correctamente las conductas delictivas) una conducta gravemente nociva para la sociedad, perturbando considerablemente bienes jurídicos importantes, es decir, condiciones mínimas de convivencia social de modo reprobable y no justificado y poniendo en cuestión la vigencia del orden jurídico (91); ello constituye la anti-juridicidad material. A esto se viene a añadir la culpabilidad como situación de responsabilidad normal del sujeto, que supone su asequibilidad al mandato y la amenaza penal: motivabilidad normal, que fundamenta la necesidad y eficacia de la prevención general (92). Como consecuencia de ello las *sanciones* penales también permiten restringir o afectar los bienes jurídicos más importantes como respuesta al delito. Aunque con distintos presupuestos y *finalidad* las diversas sanciones: las penas, dado que su finalidad fundamental es la prevención general, aunque también se orienten a la prevención especial (93),

(91) Desde v. LISZT, Lehrbuch, 12.^a/13.^a ed., 1903, 140 ss., se suele poner de manifiesto la nocividad social concretada en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos como componente de la antijuridicidad material. Pero a ello hay que añadirle la no justificación material, y —si se integra el dolo y la imprudencia en el injusto— la reprobabilidad; y, como consecuencia de ello, el ataque o inobservancia (de la pretensión de validez) del orden jurídico: esto último lo ponen de relieve, p. ej., SCHMID-HÄUSER, AT, Stb, 1984, 63 ss., 84 ss.; JAKOBS, AT, 1983, 27 ss.

(92) Vid. LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 45 s.

(93) Sobre la prioridad, compatibilidad o antinomias entre ambos fines de la pena, cfr. LUZÓN, Medición de la pena, 1979, passim.

tienen como presupuesto la previa comisión responsable de un delito, y no forzosamente la futura comisión de un delito —peligrosidad criminal—. En cambio, las medidas de seguridad, como su finalidad es exclusivamente preventivo-especial [aunque de facto en algunos casos puedan también cumplir una función preventiva general (94)], presuponen ineludiblemente la probable comisión futura de un delito —aunque no sea culpable—, es decir, peligrosidad, pero no siempre la previa comisión de un delito (sí las post, pero no las predelictivas) y, en cualquier caso, no requieren, aunque pueda darse, la previa comisión culpable de un delito. Y las consecuencias accesorias tienen también finalidad preventiva (reforzada, agravada): En la medida que son accesorias de penas, a las que acompañan, tienen finalidad disuasoria y, por tanto, preventivo-general, pues refuerzan la eficacia disuasoria de aquéllas frente a potenciales delincuentes, al amenazarles con privarles de disfrutar o utilizar efectos del delito, aunque formalmente sean ajenos, o al suponer la amenaza de inutilizar aquellos objetos o entidades, aunque sean de ajena titularidad, que puedan utilizar como instrumento de delitos. Y, por otra parte, tienen una clara finalidad preventivo especial —reforzando la de las penas o eventualmente medidas a las que acompañan—, ya que pretenden evitar que los sujetos que han delinquido y por ello potencialmente peligrosos vuelvan a utilizar instrumentos —objetos o personas jurídicas— para el delito (o incluso que otros sujetos distintos los vuelvan a utilizar aprovechando su idoneidad al efecto), o impedir que se beneficien de los efectos del delito, y ello, al resultarles rentable, les refuerce en su idea de persistir en el futuro o que materialmente les facilite o aumente su capacidad de seguir delinquiendo.

b) Si se da aquella gravedad material, por su especial dañosidad social y reprobabilidad, en las conductas que son presupuesto de las sanciones —y ello sucede en la mayoría de los delitos que lo son por igual o con pequeñas variantes en las distintas sociedades a lo largo de la historia y con independencia de su sistema político, económico, cultural, etc. (95), pero también en muchas conductas que adquieren esa gravedad en un determinado estadio de desarrollo histórico y social—, entonces resulta *inexacta* la consideración del delito simplemente como «conducta desviada». Los conceptos de desviación (*deviation*, *Abweichung*, etc.) y comportamiento o conducta desviada (*deviant behavior*, *abweichendes Verhalten*, etc.), de origen sociológico, están masivamente extendidos en la sociología y la criminología modernas para designar una amplísima gama de fenómenos sociales

(94) MIR, Intr 1976, 80; LUZÓN, Medición, 1979, 48; COBO/VIVES, PG, 1987, 704 s.

(95) Cfr. FIGUEIREDO/DA COSTA, Criminología, 1984, 89 (y n. 48, donde menciona la tradicional distinción entre *crimina naturaliter proba* y *mere prohibita*).

problemáticos y el delito como uno más de entre ellos (96). Incluso se ha dicho que, aunque a los juristas no les gusta tal expresión, «conducta desviada» es la fórmula sobre la que quizá un día podrían ponerse de acuerdo penalistas y criminólogos, de origen sociológico, psicológico o de otro tipo; para designar el objeto de su profesión (97). Pero conducta desviada significa sólo apartamiento, divergencia, discrepancia de usos o normas de todo tipo: sociales, éticas, religiosas, jurídicas, da idea de disidencia o marginalidad y no implica necesariamente dañosidad, ni gravedad, sino simplemente que la conducta no coincide, disiente o se aparta de lo usual, mayoritario, normal, dominante o sencillamente de lo establecido u ordenado. Por eso, cuando la tipificación de una conducta como delito ha sido correcta y materialmente justificada —desde las exigencias de un Estado democrático de Derecho—, no se puede definir el delito como conducta desviada a secas (pues esto es una pura constatación formal) (98), ni siquiera como gravemente desviada, ya que hay algo más: hay razones materiales para que esté justificada su consideración como la conducta más gravemente desviada respecto de (o mejor: infractora de) las normas más esenciales, a saber, su elevada e injustificada lesividad o peligrosidad para las condiciones básicas o elementales de convivencia de los ciudadanos en sociedad (lo que abreviadamente se denomina como «dañosidad social» grave) (99). Y en las sociedades democráticas

(96) Cfr. al respecto y sobre la utilización del concepto en las teorías de la anomia en las versiones de Merton, Parsons, de la subcultura de Cohen y de las subculturas delincuentes de Cloward y Ohlin, y por otras teorías criminológicas, FIGUEIREDO/DA COSTA, *Criminología*, 1984, 74 ss., 311 ss., 328 ss.; GARCÍA-PABLOS, *Estudios penales*, 1984, 106 ss., 110 ss.; CLARK/GIBBS, en: LÜDERSSEN/SACK (edits.), *Seminar: Abweichendes Verhalten I*, 1975, 155, 180 s. n. 9. Esta última obra colectiva, bajo la rúbrica común de «Conducta desviada», contiene tres tomos (I, II, 1975; III, 1977) dedicados al surgimiento de la desviación en relación con las normas sociales y a las reacciones sociales ante la desviación y la criminalidad.

(97) LÜDERSSEN, *Einführung*, en: *Seminar: Abweichendes Verhalten*; I, 1975, 7.

(98) Tal calificación como mera desviación, si se la considera como algo artificial, arbitrario o que responda a intereses de grupos dominantes, puede conducir a una exagerada descalificación y crítica global del sistema penal de selección de conductas como delictivas, como hacen las teorías del etiquetamiento y la criminología crítica (ver *infra*). Pero tb. puede conducir a la tendencia opuesta, aún más peligrosa y rechazable: a una concepción conservadora extrema, que legitime toda incriminación de la simple desviación; pues si el delito materialmente no es otra cosa que conducta desviada, puede considerarse justificada la criminalización de comportamientos discrepantes o disidentes en materia ideológica, política, moral, sexual, etc., aunque no sean gravemente lesivos o peligrosos para bienes jurídicos. Restrictivamente, O. DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 105, 313, considera delitos los comportamientos desviados "más graves".

(99) FIGUEIREDO/DA COSTA, *Criminología*, 1984, tras exponer (63 ss.) los cambios sobre el objeto de la Criminología, desde el concepto formal y legalista de crimen al concepto material del mismo y, dentro de éste, del concepto de dañosidad social al de desviación, subrayan (87, 90) que incluso para un concepto sociológico de crimen o delito no basta con cualquier comportamiento desviado, sino que ha de ser además socialmente dañoso y capaz de despertar reacciones sociales emotivas y susceptible, por ello, de constituir un problema de política criminal. STRATENWERTH, *AT*, 2.ª, 1981, 18, señala que sólo deberían criminalizarse aquellas conductas infractoras de normas sobre las que exista total consenso social, y no cuando haya discrepancias.

hay mecanismos suficientes para que la incriminación de conductas responda en la mayoría de los casos a estas premisas, e ir cambiando o exigiendo el cambio en caso contrario. Siendo así, aún es menos compartible la hipótesis fundamental de la «criminología crítica» (100) de la neutralidad —y consiguientemente ubicuidad y normalidad— de la conducta delictiva, que realmente es creada, en primera instancia (selección primaria), por las normas mediante procesos arbitrarios y discriminatorios de selección, definición y adscripción («etiquetamiento» o «estigmatización» como criminalidad) conforme a los intereses de los grupos dominantes. Aunque esta teoría tiene buena parte de razón en su crítica al modo selectivo, casual a veces, desigual —y a veces clasista— de proceder el aparato de la Justicia en la aplicación de la ley (en la «selección secundaria»); como también tiene parte de razón en que en ocasiones el proceso de selección primaria —legislativa— de conductas delictivas ha sido, o sigue siendo, injustificado desde el punto de vista de la dañosidad social y ha respondido sólo a intereses de grupos dominantes, minoritarios o incluso mayoritarios, en dominar o reprimir la mera desviación.

Cuando ello sucede, incluso en los sistemas democráticos (donde, aunque en pugna con corrientes opuestas, hay una progresiva tendencia a corregir tales excesos mediante procesos desincriminadores, o incriminadores en lagunas de protección de intereses colectivos), pero sobre todo y de modo mucho más generalizado en sistemas totalitarios o no democráticos, ciertamente pueden llegar a constituir, a calificarse de delitos, aunque ello sea abusivo e injustificado materialmente, conductas no gravemente lesivas o peligrosas para bienes jurídicos importantes, sino meramente desviadas, discrepantes, disidentes o marginales —respecto de las pautas o intereses de grupos dominantes— en el aspecto político, religioso, moral, de modo de vida, sexual, etc.

c). La consideración aparte del *sujeto*, de su personalidad y otras circunstancias personales, junto con la del hecho a la hora de determinar la pena, significa una especial consideración de los intereses y necesidades de prevención especial (respecto del sujeto concreto, aparte de las necesidades preventivo-especiales que por lo general pueda denotar el hecho y sus circunstancias particulares); aunque normalmente ello sucede sin rebasar el marco de la proporcionalidad con

(100) TAYLOR/WALTON/YOUNG, *The new Criminology: for a social theory of deviance*, 1973 (trad.: *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, 1977); *Critical Criminology*, 1975 (trad.: *Criminología crítica*, 1977); BARATTA, *Criminología crítica e política criminale alternativa*, QCr 1977, 339 ss.; *Criminología crítica y política penal alternativa*, RIntDP 1978-1, 43 ss. Cfr. BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, 1980, 224 ss.; GROSSO, *Nueva criminología y dogmática jurídicopenal*, CPC 10 1980, 47 ss.; bastante coincidente aunque parcialmente crítico, GARCÍA-PABLOS, en: *Estudios penales*, 1984, 107 ss.; *Problemas actuales de la criminología 1984*, 39 ss., 84 ss., 93 ss. Totalmente crítico NAUCKE, *Las relaciones entre criminología y política criminal*, CPC 5 1978, 95 ss.

la gravedad del hecho, necesaria para la eficacia de la prevención general. Si el límite máximo de la punición lo marca la gravedad del hecho; aunque luego operen las circunstancias personales del sujeto y su comportamiento ante y postdelictivo para cuantificar, hacia arriba o hacia abajo, la punición o para sustituirla, estamos ante manifestaciones residuales de Derecho penal de autor, pero siempre dentro de un Derecho penal de hecho como garantía de libertad y seguridad jurídica del ciudadano frente a posibles excesos (101) (a los que sería mucho más propenso un Derecho penal exclusivamente de autor), y que por ello no son censurables, sino plausibles por permitir un trato mucho más individualizado de cada delincuente. Así sucede con la consideración de la personalidad del delincuente (art. 61, 4.ª CP) o de las perspectivas para la futura vida del autor en sociedad (§ 46, 1 StGB) para la medición de la pena dentro del límite máximo trazado por la gravedad del hecho y el marco penal típico, con el comportamiento posterior positivo (§ 46, 2 StGB) o la rectificación o arrepentimiento como atenuante (art. 9, 9.ª CP), con la menor o nula necesidad preventivo-especial de pena en el sujeto como atenuante analógica muy cualificada (arts. 9, 10.ª y 61, 5.ª), o con la condición de delincuente primario en el sujeto, sus circunstancias favorables, el pronóstico positivo y la menor o nula necesidad preventivo-especial como criterios que pueden indicar la suspensión o sustitución de la pena (102); pero también sucede con la reincidencia y otras posibles circunstancias personales agravantes mientras no rebasen el límite máximo del marco penal típico fijado por la gravedad del hecho.

En cambio, si, como sucedía en nuestro Derecho en etapas anteriores, la reincidencia o multirreincidencia llega a dar lugar —en general y especialmente en los delitos patrimoniales— a penas superiores en grado a la pena típica, entonces (aunque ciertamente la reincidencia no es una circunstancia totalmente desconectada del hecho, puesto que supone que al delinquir el sujeto desprecia anteriores condenas) se está dando ya en la pena especial relevancia a consideraciones preventivo-especiales —y secundariamente preventivo-generales— entroncadas con el Derecho penal de autor por encima de la gravedad del hecho; lo que por ello fue mayoritariamente criticado en la doctrina (103). Pero, sobre todo, estamos ante una prevalencia de las necesidades preventivo-especiales y ante un reconocimiento de la insuficiencia o del no respeto al Derecho penal del hecho en el campo

(101) Cfr. LUZÓN, *La aplicación y sustitución de la pena en el futuro CP*, RFDUC monogr. 6, 1983, 421; *Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform*, en: HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, 115; Prólogo a De Vicente: *El comportamiento postdelictivo*, 1985, 27.

(102) Sobre todo ello, LUZÓN, *Medición de la pena*, 1979, 41 ss., 80 ss., 86 ss., 110 ss., 116 ss.; Prólogo a De Vicente, cit. Tb. sobre el comportamiento postdelictivo, positivo o negativo, DE VICENTE, op. cit., 1985, *passim*.

(103) Cfr., por todos, MIR, *La reincidencia en el CP*, 1974, 546.

de las medidas de seguridad. Como aquí cuenta en principio únicamente la peligrosidad del autor, ello lleva no sólo a que, si es nula o escasa, no haya medida de seguridad o ésta sea a su vez leve o breve, sino en caso de elevada peligrosidad del sujeto, en sentido inverso, a imponer medidas más allá de la pena proporcional a la (poca o no excesiva) gravedad del hecho. Esta auténtica manifestación del Derecho penal de autor triunfando sobre el Derecho penal de hecho hace que parte de la doctrina se oponga o al menos mantenga reservas frente a ese «fraude de etiquetas» (104) y sus excesos; pero también es cierto que un considerable sector doctrinal no se opone aquí a que se rebase la duración máxima de la pena proporcional a la gravedad del hecho. Para evitar abusos, conviene establecer el principio de proporcionalidad de la medida no sólo con la peligrosidad del autor, sino con la gravedad de los hechos cometidos y que pueda cometer, instaurar de modo general el sistema «vicarial» —o de sustitución total o parcial de la pena por la medida—, y circunscribir los casos de medidas adicionales a la pena a supuestos totalmente excepcionales (como reconocimiento de insuficiencias asimismo excepcionales del Derecho penal de hecho para la protección social) frente a sujetos muy peligrosos en relación con delitos graves o muy graves (105).

d) Por otra parte, la existencia de ciertos requisitos *formales*, tales como la exigencia de rango de ley (incluso orgánica) a la norma penal y de aplicación jurisdiccional —donde se requiera— de tales normas también tiene un claro significado material de *garantía* (106). Dada la enorme gravedad y repercusiones que pueden tener las sanciones penales —debida a su vez a la gravedad de los delitos—, desde la perspectiva liberal del Estado de Derecho se pretende salvaguardar el máximo de libertad y de seguridad jurídica a los ciudadanos aplicando la división de poderes y evitando en todo caso la intervención del ejecutivo (salvo, precisamente, en la fase ejecutiva final y bajo control judicial) en la apreciación, abstracta o concreta, de delitos y en la previsión o aplicación de sanciones penales. Por ello, la previsión de delitos y sanciones criminales se reserva al Parlamento como

(104) Criticando el fraude de etiquetas, p. ej., MUÑOZ CONDE, Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo, en: DP y control social, 1985, 60 s. Ya VON LISZT, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, 1905, 72, ironizaba sobre quienes permitían hacer mediante medidas lo que no se le permite a la pena y se quedaban «contentos si se respetan las viejas y venerables etiquetas».

(105) Esa es la orientación del AP 1983: arts. 88.1, 89, 95 ss., 100. En ese sentido LUZÓN, Medición, 1979, 85; Prólogo a De Vicente, cit., 1985, 27 s.

(106) Sobre el significado material de las reglas y procedimientos jurídicos *formalizados*, HASSEMER, Einführung, 1981, 294 ss.; Fundamentos, 1984, 390 ss. Sobre el valor del garantismo del Estado de Derecho, LAMARCA, Posibilidades y límites de la dogmática penal, CPC 1987, 546 s., n. 61 (señalando el redescubrimiento del garantismo por la moderna doctrina socialista como muestra de lo que *Bobbio* llama «el descubrimiento de lo obvio»).

representación del pueblo y mediante leyes previas y precisas, y la aplicación de las mismas se reserva, como ulterior garantía de imparcialidad y recurribilidad, al poder judicial independiente (107).

Conviene, por último, examinar más detenidamente los aspectos materiales de las normas jurídicopenales, concretamente su carácter o esencia y su función (de la que resulta la función material del Derecho penal).

B) *Carácter o esencia de la norma jurídicopenal: ¿norma de valoración o norma de determinación?*

Una de las cuestiones discutidas con más intensidad por la doctrina jurídicopenal ha sido la del carácter —o, según otros, esencia— valorativo o imperativo de la norma penal. ¿Es ésta un juicio de valor o, por el contrario, un imperativo, o más bien ambas cosas? En principio, tal discusión no es más que un reflejo de la mantenida en la teoría general del Derecho, pero en Derecho penal se plantea con especial intensidad, dado que de las proposiciones jurídicopenales parece desprenderse ya a primera vista una norma (en el sentido de *Binding*) con carácter de imperativo, es decir, de prohibición o mandato. La formulación de los preceptos que castigan el homicidio, la violación, el hurto o la omisión de socorro está diciendo implícitamente: no matar, no violar, no hurtar, auxiliar al prójimo en grave peligro.

a) Ya respecto de la norma jurídica en general se puede optar por una concepción valorativa o axiológica de la misma, según la cual la norma expresa un juicio de valor, positivo o negativo, sobre determinadas acciones, relaciones, circunstancias, situaciones o resultados, de tal modo que antijurídico sería todo aquello sobre lo que recae una valoración jurídica negativa por considerarlo objetivamente indeseado (108); o también se puede optar por otras caracterizaciones de la norma jurídica que rechazan el considerarla como un imperativo (109).

(107) Tradicionalmente se vincula la garantía judicial al principio de legalidad: ver RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 173; COBO/VIVES, PG, 1987, 47.

(108) Cfr. la exposición de esta postura (aunque él no la comparte) en JESCHECK, Lb 1978, 188; Ttdo 1981, 318 s.

(109) La concepción valorativa (en contraposición a la imperativa) de la norma se ha desarrollado, en efecto, sobre todo en el campo del Derecho penal. Fuera de él se han dado otras caracterizaciones de la norma no coincidentes exactamente con la del «juicio de valor». Así, p. ej., según ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, pp. 204 ss., la norma contiene una declaración sobre la orden dictada por el legislador: cfr. LARENZ, Metodología, 1966, 167 n. 14; para Díez-PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, 1973, 91-92, la norma constituye una enunciación de los criterios generales de decisión de los conflictos (le sigue R. MOURULLO, PG, 1977, 83). LA-

Pero otro extendido sector doctrinal entiende que la esencia de la norma jurídica consiste en ser un imperativo (110), es decir, una prohibición o un mandato dirigido a los ciudadanos (por ello, a la norma jurídicopenal se la caracteriza en este sentido como «norma de determinación»). En palabras de *Engisch*: si la consecuencia jurídica de toda norma es la imposición de deberes —reduciendo los derechos a sus correspondientes deberes— y el deber es un dictado de la voluntad, como «la expresión de una voluntad dirigida a un comportamiento ajeno se llama “imperativo”...», podemos entonces decir que las normas jurídicas, como normas de deber dirigidas a una conducta humana ajena, son imperativos». «Con ello se quiere decir que las normas jurídicas expresan una voluntad de la comunidad jurídica o del Estado o del legislador. Esa voluntad está dirigida a un determinado comportamiento del súbdito del Derecho, exige ese comportamiento para conseguir realizarlo... Los deberes son, pues, el correlato de los imperativos» (111).

Cuando la discusión se sitúa en el plano de la norma jurídica en general, a la teoría imperativista se le han formulado diversas objeciones. En primer lugar, si el imperativo se concibe como vínculo o conexión psicológica entre dos voluntades —es decir, lo que algunos denominan «imperativismo ingenuo» (112)—, se ha alegado que entonces tal concepción no podría explicar la esencia de normas jurídicas como la costumbre o los tratados internacionales, en que no hay una voluntad que ordena y otra llamada a obedecer o—en los tratados— no hay subordinación de unas normas a otras, o en el caso de la ley, que la idea de una voluntad del soberano o del legislador no comprende suficientemente el proceso de elaboración parlamentaria —pluripersonal— en la moderna técnica legislativa o que, en el caso de una ley vigente desde hace tiempo, es absurdo pensar que se está obedeciendo la voluntad del soberano de hace cien años (113). A estos argumentos se puede responder: en cuanto a la costumbre, aunque su origen no responda a una voluntad, desde el momento en que se convierte en verdadero Derecho vinculante, hay por definición la voluntad de la comunidad jurídica —como diría *Engisch*— de que ello rija y sea respetado. En cuanto a los tratados, aunque igualmente en su origen la voluntad de unos Estados no esté subordinada a la

RENZ, oponiéndose también a la teoría de los imperativos, considera la norma (op. cit., 170 s.) como una «orden de validez»; sin embargo, en la 3.^a ed. de la obra (*Methodenlehre*, 1975, 238 s.) la entiende, adhiriéndose a Reinach, como «norma de determinación», que distingue, no obstante, del imperativo.

(110) Cfr. al respecto con amplísimas indicaciones bibliográficas ENGISCH, *Einführung in d. jur. Denken*, 1971, n. 6b, 195-196; también LARENZ, *Metodología*, 1966, n. 14, 167; *Methodenlehre*, 1975, 235 s., n. 5.

(111) ENGISCH, *Einführung*, 1971, 21 s.

(112) Vid. R. MOURULLO, *PG*, 1977, 78.

(113) Cfr. BAJO, *Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma*, en: *Estudios penales I*, 1977, 16-19; R. MOURULLO, *PG*, 1977, 78 s.

de otros, desde el momento de su ratificación e incorporación al orden jurídico interno hay una aceptación del Estado de someterse —quedando, en su caso, también vinculados los ciudadanos— a la «voluntad» objetiva que se desprende de esa norma. Pues, y esto es lo más importante, ya que vale igualmente para la ley normal, lo que cuenta no es la voluntad subjetiva e histórica del legislador o soberano (aunque se la conciba como una voluntad «impersonal»), sino lo que en la teoría de la interpretación se denomina la «voluntad» objetiva de la ley, es decir, su finalidad o su sentido, que puede consistir en ordenar o prohibir algo, con independencia de cuál fuera la del legislador. Es decir, que el «imperativo» no debe concebirse como derivado de una «voluntad» en sentido psicológico y cuasipersonal. En segundo lugar, contra esa concepción (desafortunada ciertamente) del imperativo como vinculación real entre dos voluntades, se alega que tampoco puede explicar los casos en que la voluntad de los súbditos no se siente vinculada por el mandato, porque lo desconoce o no lo comprende, etc. (114). De ello me ocuparé, no aquí, sino en relación a la norma jurídicopenal en particular.

Por otra parte, se alega que hay normas meramente permisivas o declarativas; otras que suprimen totalmente imperativos, normas derogatorias que dejan libre la voluntad de los súbditos; o normas que conceden, modifican, limitan o sustraen derechos, poderes o capacidades (115). A lo primero, ya sabemos que la respuesta de los imperativistas es que tales normas permisivas o declarativas son incompletas, y sólo unidas con el imperativo principal determinan el alcance exacto de éste; en cuanto a las normas derogativas se responde que sólo tienen la función de disminuir el conjunto total de imperativos vigentes sin introducir en el mismo preceptos jurídicos de nuevo tipo: esas normas «sacan determinadas formas de conducta fuera del dominio jurídico y las dejan en el ámbito libre de Derecho; todo lo que después queda, son sólo imperativos otra vez» (116). Por lo que respecta a la existencia del último tipo de normas, los imperativistas recurren, como sabemos, a ver en los derechos el correlato de los deberes (que ya expresan imperativos), o bien a considerar a aquellas normas que determinan el status jurídico de una persona —p. ej., la adquisición de la capacidad jurídica o de la nacionalidad— como proposiciones jurídicas incompletas que forman parte del supuesto de hecho (añadiendo requisitos indispensables) de otras normas de las que ya derivan deberes para o frente a alguien (117); o

(114) Así BAJO, op. cit., 20; R. MOURULLO, op. cit., 79-83.

(115) Sobre esto último cfr. LARENZ, Metodología, 1966, 167-170; tb. BAJO, Estudios penales I, 1977, 18 s.

(116) Cfr. ENGISCH, Einführung, 1971, 23 s. Igualmente, siguiendo a LUMIA, Principios de teoría e ideología del Derecho, 1979, 34 ss., O. DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 166 s.

(117) Cfr. LARENZ, Metodología, 1966, 167-170, criticando por insuficiente dicho procedimiento.

bien se responde que, en cualquier caso, puede tratarse de un imperativo dirigido al Juez o a otros órganos estatales para que reconozcan, declaren o impongan determinadas consecuencias ante cualquier supuesto de hecho (118).

Ahora bien, podemos dejar planteada la cuestión de si es o no exagerado pretender que toda norma jurídica constituye un imperativo y de si, p. ej., no expresa suficientemente el sentido de las normas civiles reguladoras de la propiedad considerarlas sólo en el aspecto de imposición de deberes a terceros de respetar o no perturbar al propietario, porque en cualquier caso lo que sí se puede afirmar es que las normas jurídicopenales son imperativos, normas de determinación, con independencia de que toda norma jurídica sea o no un imperativo (119). Y aunque en otras ramas del Derecho realmente hubiera normas jurídicas cuyo sentido no fuera imperativo, con la afirmación del carácter imperativo de la norma punitiva no se está rompiendo la llamada «dilecta unidad de la antijuridicidad» ni ello «implica dos concepciones del Derecho» (120); pues incluso quienes niegan que todas las normas jurídicas sean imperativos, reconocen, claro está, que hay muchas que sí lo son (121), y se trataría simplemente de que en las normas punitivas concurre esa característica.

b) En efecto, las normas que se podrían denominar punitivas en sentido estricto —las normas jurídicopenales que asignan *penas* a los delitos— (122) constituyen imperativos dirigidos a los ciudadanos: prohibiciones o mandatos de realizar determinadas conductas, que, como vimos, se desprenden implícitamente de la formulación de la proposición jurídicopenal completa. Por supuesto que lo que denominamos norma secundaria también contiene un imperativo, dirigido al Juez, de imponer la sanción en caso de incumplimiento del primer imperativo (122 bis); pero cuando se discute el carácter imperativo o de norma de determinación de la norma penal, en lo que se está pensando es en el primero, en el imperativo de la norma primaria (la «norma» en el sentido de *Binding*): La norma penal es una norma de determinación: mediante la amenaza de la pena pretende determinar, motivar a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos (123). Con

(118) Así ENGISCH, Einführung, 1971, 23: «prohibiciones y mandatos a los sometidos al Derecho, entre los que, por lo demás, también se cuentan los órganos del Estado». Critica este recurso R. MOURULLO, PG, 1977, 84.

(119) Así MIR, Intr 1976, 54 s.

(120) Como pretende BAJO, Estudios penales I, 1977, 29. Le critica MIR, CPC 4, 1978, 178.

(121) Vid. LARENZ, l.u.cit.

(122) Así MIR, op. cit., 56.

(122 bis) MIR, Intr 1976, 31 ss.; PG, 1985, 21-ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 170.

(123) Concepción mayoritaria hoy en Alemania: cfr. JESCHECK, Lb, 1978, 188 s.; Ttdo 1981, 319 s. En España, cfr. sus orígenes en GIMBERNAT, Estudios de DP, 1976, 64 ss., 94 ss.; MUÑOZ CONDE, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, 312 ss.; Introducción, 1975, 46 ss.; MIR, Introduc-

ello, como se verá, no se pretende negar que la norma penal sea también norma de valoración; lo que se niega es que sea sólo norma de valoración.

Lo curioso es que la mayoría de quienes en el campo jurídicopenal atacan la concepción imperativista de la norma, acaban reconociendo que la norma penal también opera como norma de determinación, sólo que consideran que el aspecto primario es el de norma de valoración. Concretamente, lo que se niega es que en el campo de la antijuridicidad la norma que se infringe sea norma de determinación: en la antijuridicidad sólo se infringiría la norma objetiva de valoración, mientras que la norma penal en su aspecto de norma subjetiva de determinación sólo operaría en el campo de la culpabilidad (124).

Pues bien, la norma jurídicopenal es, ya en el ámbito de la antijuridicidad, norma de determinación, tiene carácter imperativo. La crítica más importante (125) que se le hace a esta concepción es la de que con ella no se puede explicar la antijuridicidad de las conductas de los inimputables y se hace imposible la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, ya que el imperativo sólo se dirige y vincula a la voluntad de quienes son capaces de conocerlo, comprenderlo y seguirlo, pero no lo pueden infringir quienes, como los menores, los locos o los que sufren un error de prohibición invencible, no están en condiciones de ello por no ser asequibles al mismo (126). Y en efecto, antiguamente ha habido quienes, concibiendo la norma penal como imperativo, entendían que los imperativos jurídicos sólo se dirigen a los imputables, que serían los únicos que los pueden infringir, de modo que los inculpables no podrían actuar antijurídicamente: así la llamada «concepción subjetiva de la antijuridicidad» (127). Pero lo que sucede es que esta concepción es equivocada, y además actual-

ción, 1976, 56 ss.: PG, 1985, 30 s.; LUZÓN, Aspectos esenciales leg. def., 1978, 219 ss.; Medición, 1979, 26. Defiende una concepción imperativa de la norma, pero criticando la teoría de la motivación, O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 86-90, 102 ss.

(124) Así, p. ej., MEZGER, GS 89 (1924), 240 ss.; Lehrbuch, 1949, 164 ss.; Tratado I, 1955, 341 ss.; BAJO, Estudios penales I, 1977, 25 s.; R. MOURULLO, PG, 1977, 83; COBO/VIVES, PG, 1987, 189. Sobre la evolución histórica que conduce a esta concepción, cfr. BACIGALUPO, RFDUC monogr. 11, 1986, 65 s.

(125) Otras objeciones, como las que formula BOCKELMANN, Strafrecht AT, 1975, 35 (a las que se adhiere BAJO, op. cit., 20 s.), de que la concepción imperativista no puede explicar las normas permisivas o la punibilidad de la culpa inconsciente, son fácilmente refutables: cfr. las respuestas de MIR, Intr, 1976, 55. Por lo demás, BOCKELMANN sólo se opone a un imperativismo extremo, pues a continuación (36 s.) considera él mismo la norma penal también como norma de determinación e «imperativo generalizador».

(126) Así la crítica de BAJO, Estudios penales I, 1977, 20 s., 33-35; también BOCKELMANN, op. cit., 35.

(127) Cfr. ampliamente sobre la teoría que parte de A. Merkel, LUZÓN, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 213 ss. Aparte de la doc. cit. por mí en esa obra, tb. fue un relevante partidario de la concepción subjetiva Binding: cfr. BACIGALUPO, RFDUC monogr. 11, 1986, 64.

mente, ya no es mantenida por nadie. El error está en concebir la norma penal como norma *subjetiva* de determinación. En efecto: aunque la norma jurídicopenal es también norma de valoración, «el medio o procedimiento por el que la norma jurídica trata de encauzar las conductas humanas para que respeten los bienes jurídicamente valorados es precisamente mediante imperativos o prohibiciones que pretenden motivar o determinar dichas conductas; es decir, la norma a la que se opone el acto antijurídico es también norma de determinación. Pero lo que es falso es que esta norma de determinación no se refiera a los actos de los inimputables y, en general, de las personas no culpables. Los imperativos y prohibiciones jurídicas pretenden motivar a la generalidad, no sólo las conductas de las personas imputables» (128).

De modo que los imperativos de las normas penales van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables (129), entre otras cosas porque, como han destacado Baumgarten y Jescheck, en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal (130). Pero, en cualquier caso, aunque los no culpables sean sólo muy anormalmente accesibles o prácticamente inaccesibles a la motivación de la norma penal, ello no significa que no puedan obrar de modo contrario a la misma: una cosa es que la norma penal *quiera* prohibir una conducta frente a todos, es decir, motivar o determinar a su no comisión (problema de antijuridicidad), y otra que en el caso concreto *pueda* motivar o determinar a ciertos sujetos que no son normalmente asequibles al estímulo de la amenaza penal (problema de culpabilidad). «Pero los comportamientos de los que se trata en la esfera de la “culpabilidad” siguen estando prohibidos (de manera general)» (131).

c) Ya hemos anticipado, no obstante, que la norma penal es tanto norma de determinación como norma de valoración, pues aquélla (el imperativo) se basa en ésta, en valoraciones, en aprobaciones y desaprobaciones. Norma de valoración, pues, en un doble aspecto: primero, en cuanto que valora un determinado bien como digno de protección jurídica, y, en segundo lugar, en cuanto que desvalora, en consecuencia, la conducta que en determinadas circunstancias ata-

(128) LUZÓN, Aspectos esenciales, 1978, 219 s.

(129) Así BAUMGARTEN, Notstand und Notwehr, 1911, 107-110; GIMBERNAT, Festschrift f. Welzel, 1974, 490 s.; Estudios, 1976, 114 s.; BOCKELMANN, Strafrecht AT, 1975, 36; MIR, Intr 1976, 55 s.; Función de la pena y teoría del delito, 1982, 29 ss., 59 ss.; PG 1985, 30; JESCHECK, Lb 1978, 189; Tido 1981, 319 s. Sobre todo ello cfr. *mi* obra: Aspectos esenciales, 1978, 220-222.

(130) BAUMGARTEN, op. cit., 109 s.; JESCHECK, l. u. cit.; se adhiere a Jescheck MIR, Intr 1976, 56. En contra, BAJO, Estudios penales I, 1977, 32; R. MOURULLO, PG, 1977, 80. Estos últimos pueden tener razón en que un niño recién nacido es evidentemente inasequible totalmente a la motivación penal; pero ello no sucede siempre así en los restantes inimputables.

(131) Vid. GIMBERNAT, l. u. cit.

ca tal bien jurídicamente protegido (132). Dice *Mezger* al respecto: «El Derecho como “norma de determinación” (imperativo) no es “concebible” en absoluto sin el Derecho como “norma de valoración”; el Derecho como norma de valoración es presupuesto lógico e indispensable del Derecho como norma de determinación... Pues quien quiere “determinar” a alguien a hacer algo, tiene antes que saber a qué le quiere determinar: tiene que “valorar” ese algo en un determinado sentido positivo. El prius lógico del Derecho como norma de determinación es siempre el Derecho como norma de valoración, como “orden objetivo de la vida”» (133). Ello es evidentemente correcto si se considera que la norma jurídica no suele ser arbitrariedad, voluntad desvinculada de cualquier consideración o un despótico capricho, sino el resultado de previas reflexiones y valoraciones (134). Pero el aspecto de norma de valoración no es más que un momento interno en el proceso legislativo, pues la valoración sólo se convierte en norma jurídica cuando se arma de la fuerza del imperativo, de la orden o de la prohibición, pues de lo contrario sería un puro deseo platónico sin efectividad y fuerza vinculante: por ello es fundamental el aspecto de norma de determinación (135).

d) En cuanto al carácter de las normas jurídicopenales que asignan medidas de seguridad, ya no se puede decir que operen como normas de determinación dirigidas a los ciudadanos al igual que las normas punitivas (las que señalan penas). Ni siquiera en el caso de las medidas postdelictivas se puede concebir la norma como amenaza que pretenda motivar o determinar al ciudadano para que no delinca porque, de lo contrario, posiblemente se le imponga —además o en vez de una pena— una medida de seguridad: pues ello supondría desconocer que las medidas de seguridad tienden exclusivamente a la prevención especial y sólo de modo absolutamente marginal y en algunos casos pueden servir de hecho a la prevención general, pero ése no es su fin (136). Pero sobre todo, no se puede concebir las

(132) Vid. *mi* obra: Aspectos esenciales, 1978, 219.

(133) MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 240 s. Cfr. También ARTHUR KAUFMANN, JZ 1956, 355 ss.; HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, 61 s.; MIR, Intr 1976, 57; BAJO, op. cit., 25; R. DEVESA, PG, 1986, n. 16, 186. En su recensión de Estudios penales I (en CPC 4, 1978, 176 s.) MIR contesta a BAJO, que «prioridad lógica» hay que entenderlo como anterioridad cronológica, no como prevalencia o prioridad de rango.

(134) Así ENGISCH, Einführung, 1971, 27-28. Pero debe quedar bien claro que, aunque en un caso concreto la norma fuera totalmente arbitraria, no por eso dejaría de ser norma jurídica que expresara un imperativo; en este sentido R. DEVESA, l. u. cit.; MIR, CPC 4, 1978, 177 s. (criticando unas manifestaciones de BAJO: op. cit., 24 s., que podrían entenderse en sentido contrario); O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 88 s.

(135) Cfr. ENGISCH, op. cit., 28; JESCHECK, Lb 1978, 189; Ttdo 1981, 320 s.; MIR, Intr 1976, 57; PG, 1985, 31; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 87.

(136) Vid. LUZÓN, Medición de la pena, 1979, 48.

normas que prevén medidas de seguridad como normas de determinación, porque el presupuesto de las medidas —tanto post como pre-delictuales— es un estado peligroso, la peligrosidad criminal: y se pueden prohibir u ordenar conductas, pero evidentemente no «estados» o modos de ser (137).

Podría entonces pensarse que el carácter de estas normas es el de normas de valoración: el Derecho valora negativamente la posibilidad de que un sujeto cometa (o vuelva a cometer) delitos en el futuro, y emite entonces un juicio de desvalor sobre el estado peligroso, sobre esa peligrosidad criminal. Y ciertamente esa valoración negativa es lo que mueve a la norma a ordenar la imposición de una medida de seguridad en ese caso. Pero hay que hacer dos precisiones: primero, que sólo se trata de un juicio de desvalor en el sentido de que ese estado criminalmente peligroso resulta indeseable por suponer la posibilidad de comisión futura de un hecho desvalorado (un delito), pero no de una valoración negativa de una conducta por ser contraria a las normas jurídicas; así pues, si se puede hablar de desvaloración respecto de un estado peligroso, ha de ser en un sentido totalmente distinto al del desvalor que implica el juicio de antijuridicidad. Y, sobre todo, que esa valoración previa no es más que la motivación interna que funciona como presupuesto lógico de la norma que prevé medidas de seguridad, pero no es el aspecto principal o característico de tales normas, ya que en ellas lo primordial es su orientación exclusiva a la finalidad de prevención especial (138).

Sin embargo; también las normas que prevén medidas de seguridad tienen carácter imperativo, sólo que no en el sentido estudiado de norma de determinación dirigida a todos los ciudadanos. Como señala *Mir*, contienen un imperativo dirigido al Juez, ordenándole imponer una medida en caso de darse un estado peligroso; es decir, que de los dos mandatos que contiene la norma punitiva (la que prevé penas), estas otras sólo contienen el de la norma secundaria, pero

(137) Así *MIR*, Intr 1976, 59; PG, 1985, 32; R. MOURULLÓ, PG 1977, 86.

(138) Por lo expuesto, no me parece exacta la posición de *MIR*, Introducción, 1976, 59 s., al decir que tal tipo de normas «no supone un *juicio de desvalor* sobre el sujeto peligroso» y que no se puede concebir las medidas «como respuesta valorativa a un estado de la personalidad desvalorado, pues se aplicaría así a las medidas de seguridad el mecanismo lógico de la retribución, absolutamente ajeno a su concepto», pues las medidas «no son valoración ni el resultado de un juicio de valor». El juicio de desvalor no recae sobre el sujeto peligroso, sino sobre el estado peligroso en el sentido expuesto; y no se trata de que las medidas sean valorativas, ni respuesta valorativa, sino de que las normas que las prevén se basan en una valoración previa; por otro lado no es correcto equiparar desvaloración a retribución, pues una valoración negativa puede conducir exclusivamente a fundamentar la necesidad de prevención (general o especial). En PG, 1985, 32, *MIR* se limita a afirmar que no estamos ante normas de valoración ético-jurídica, que sólo puede recaer sobre conductas evitables por el sujeto; ello es correcto, pero no obsta a que se pueda hablar, en otro sentido —el indicado—, de valoración jurídica negativa del estado peligroso.

no el imperativo de la norma primaria: la prohibición o el mandato a los ciudadanos de realizar ciertas conductas (139).

Ello no afecta a la afirmación general de que la norma jurídicopenal es norma de determinación, pues cuando se plantea la polémica doctrinal norma de valoración-norma de determinación, se está pensando siempre en las normas jurídicopenales más importantes y numerosas: las que asocian penas a los delitos.

C) *Función de las normas penales*

a) *Función de protección*

La norma jurídicopenal, al igual que las restantes normas jurídicas, cumple o intenta cumplir la función de posibilitar la convivencia humana en sociedad. Su peculiaridad estriba en que funciona intentando proteger las condiciones elementales mínimas para esa convivencia social, en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión, y en que sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a esas condiciones mínimas de la convivencia pacífica en la comunidad (140). En la medida que consiga el cumplimiento de estas misiones, la norma penal resultará funcional, en caso de que las perturbe, difuncional (141).

La norma penal intenta cumplir, en definitiva, una función protectora, más concretamente, protectora de esas condiciones elementales de la convivencia social. Esto es, lo que se denomina función de protección de bienes jurídicos (142), misión que trata de llevar a cabo tanto la norma jurídicopenal como el Derecho penal en su conjunto. En cuanto al concepto de bien jurídico, sin entrar aquí en una discusión a fondo del tema, baste decir que los bienes jurídicos son esos presupuestos o condiciones indispensables de la convivencia social pacífica: pueden consistir en estados, circunstancias, intereses, valores, relaciones, etc., que, por ser de utilidad y considerarse valiosos para el hombre y la sociedad, se denominan bienes, y en tanto son objetos de protección por el Derecho, bienes jurídicos o jurídicamente protegidos (143). De entre los innumerables conceptos de bien jurídico pueden mencionarse aquí como significativas dos definiciones recientes y sustancialmente coincidentes: la de bienes jurídicos como aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorealización en la

(139) Cfr. MIR, *Intr* 1976, 60; PG, 1985, 32, tb; R. MOURULLO, PG, 1977, 85 s.

(140) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 47 s.

(141) Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 46 s.; LUZÓN, *Medición de la pena*, 1979, 9 ss.

(142) Así, p. ej., MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 48-49; CALLIESS, *Theorie der Strafe*, 1974, 188; MIR, *Intr* 1976, 106.

(143) Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 48.

vida social (144), y la que los concibe como «posibilidades de participación en los sistemas sociales» (145).

Los bienes jurídicos se consideran individuales cuando se protegen en función y en interés del individuo concreto, y se denominan, en cambio, bienes jurídicos comunitarios o supraindividuales cuando se protegen en función de y en atención a la comunidad social o estatal como tal, no en función de individuos particulares que los puedan o no sentir como propios (146). Aunque naturalmente es cierto que también sobre los bienes individuales tiene interés (en su subsistencia y protección) la comunidad, como a la inversa, también al individuo le interesa la no alteración de los bienes comunitarios, como presupuestos de su autorrealización (147).

b) Función de protección y función de prevención

Pues bien, esta función de protección de bienes jurídicos la llevan a cabo las normas jurídicopenales a través de su orientación hacia la prevención de delitos. El logro de la finalidad preventiva (de prevención general y especial) asignada a las consecuencias jurídicas: penas y medidas de seguridad, previstas por las normas penales es, pues, el procedimiento por el que éstas intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos. Se trata, por consiguiente, de que la función de protección se realiza por medio de la función de prevención; es decir, que no estamos ante dos funciones encaminadas a fines distintos, sino que la función última —la de protección— la cumple la norma penal a través de la función preventiva, general y especial, asignada a diversos medios, las penas y las medidas, ya que tanto la prevención general como la especial sirven a la protección de bienes jurídicos (148). Naturalmente, que con ello la prevención también

(144) Así MARX, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»; 1972, 62; MUÑOZ CONDE, l. u. cit.

(145) Así, CALLIESS, Theorie der Strafe, 1974, 143-152, 186-190; MIR, Intr 1976, 137-140, PG, 1985, 76 s.; BERDUGO, El delito de lesiones, 1982, 22.

(146) Cfr. LUZÓN, Aspectos esenciales de la leg. defensa, 1978, 543-553.

(147) Vid. MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 48 s.

(148) MUÑOZ CONDE, op. cit., 47 ss., habla de que «protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal»; pero «motivación» se refiere sólo a la prevención general, y olvida la función de prevención especial que también intentan cumplir las normas penales. Un planteamiento más similar al aquí seguido es el de MIR, Intr 1976, 88-109: prevención como función del Derecho penal, que en definitiva se orienta a la de protección de bienes jurídicos; similar, pero acentuando el encuadramiento en el actual modelo de Estado, en: Función de la pena, 1982, 25 ss.; PG, 1985, 53 s., 75. En cambio, O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, tras sostener (257 ss.) que la función del Derecho penal, además de la de incriminación, se deriva de la función de las penas y medidas de seguridad, estima (274 s., 269 ss.) que la pena, a través de la motivación ocasionada por la intimidación, cumple una «función de mantenimiento del orden jurídico».

sirve a la defensa o mantenimiento del orden jurídico; pero en un sistema liberal y democrático la afirmación, mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico no se puede considerar aisladamente ni como un fin en sí mismo, sino íntima vinculación con e incluso como medio para la protección de bienes jurídicos concretos de los ciudadanos o de la comunidad.

Las diversas normas jurídicas penales tienen la misma función que los medios —penas o medidas— que prevén. Por lo que respecta a las normas que prevén penas, les corresponde tanto la función de prevención general como la de prevención especial; mientras que las normas que prevén medidas de seguridad están orientadas únicamente a la prevención especial.

Como ha destacado una reciente corriente doctrinal, la evolución operada en la caracterización y fundamentación política del Estado ha influido decisivamente en los cambios de acento en cuanto a las funciones y carácter asignados al Derecho penal: así, al Estado liberal de Derecho correspondería una concepción retributiva de la pena concebida como respuesta a un hecho concreto y una configuración del Derecho penal orientado a establecer garantías para la libertad y seguridad jurídica del individuo frente al Estado; mientras que al surgimiento del Estado social intervencionista corresponden la orientación de la pena hacia el fin de prevención, sobre todo especial, convirtiendo al delincuente en objeto de tratamiento, y, sobre todo, la aparición de las medidas de seguridad, exclusivamente preventivo-especiales (149), del mismo modo que la introducción del carácter socializador en el Derecho penal se manifiesta en la nueva legislación sobre la omisión de socorro, los delitos laborales o económico, o la toma en consideración de la víctima (150). Por último, el Estado democrático de Derecho, entendido como culminación y superación del liberal y del social, implicaría una serie de consecuencias para el carácter y límites del Derecho penal, entre las que se puede destacar la configuración de la pena como un proceso de diálogo, de tal modo que su ejecución resocializadora supusiera la participación activa del delincuente en la configuración de la misma y la creación de posibilidades de participación en los sistemas sociales (151).

Pues bien, dado que la retribución es totalmente rechazable como fin o esencia de la pena (152), a las normas jurídicas penales que establecen penas no les corresponde más que la función de prevención de delitos, sin que ello vaya a suponer merma alguna de las garantías

(149) Cfr. MIR, *Intr* 1976, 86 s., 119 ss.; *Función*, 1982, 25-28; PG, 1985, 53 s.; BERISTAIN, CPC 6, 1978, 64.

(150) BERISTAIN, I. u. cit.

(151) Cfr. CALLIESS, *Théorie der Strafe*, 1974, 160 ss., 199-213; MIR, *Intr* 1976, 85 ss., 164 s.; *Función*, 1982, 29 ss.; PG, 1985, 77-85. Sigue con matizaciones todo el planteamiento de MIR, *O. DE TOLEDO*, *Concepto*, 1981, 311 ss.

(152) Cfr. LUZÓN, *Medición de la pena*, 1979, 21 ss.

para el ciudadano derivadas del Estado liberal (y que pretendidamente se asegurarían mejor asignando una función retributiva a la pena). Pero esa función preventiva de delitos se realiza en dos frentes: Por un lado, mediante la prevención general (153), es decir, intentando evitar (prevenir) que la colectividad, la generalidad de los ciudadanos cometan delitos, esto es, que potenciales delincuentes llegaran a serlo efectivamente. Ello se consigue mediante la intimidación que supone la conminación penal que prevé la norma jurídicopenal, es decir, incidiendo en la motivación de los ciudadanos mediante esa amenaza de pena contenida en la norma —y cuya seriedad se ve confirmada por la ejecución penal— para que se abstengan de cometer delitos. La prevención o intimidación general opera así a través de un complicado proceso psicológico de motivación de los individuos, reforzando con la amenaza de pena los mecanismos inhibidores de los mismos. En este sentido se ha hablado también de «función de motivación» (154) de la norma jurídicopenal.

Y además, la prevención general de delitos mediante las penas se logra también con la afirmación del orden jurídico y consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano; faceta que hoy se conoce como prevención general integradora, estabilizadora o positiva, pero que, para ser admisible, debe concebirse como una función correlativa y derivada de la de la intimidación general, sin rebasar las exigencias de lo imprescindible para la intimidación (154 bis).

Pero, por otro lado, la norma que prevé penas logra también cumplir su función preventiva mediante la prevención especial (155), esto es, intentando evitar futuros delitos del delincuente concreto, apartarle de la comisión de nuevos delitos a través de diversos medios: resocialización, intimidación especial, aseguramiento o inocuización (156).

(153) Los orígenes de este concepto en su sentido actual se encuentran, sobre todo, en FEUERBACH, *Ledhrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.^a ed., 1832, § 12 ss. Cfr. al respecto SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., 1971, 17 ss., 25 ss.; MIR, *Intr 1976*, 65 s.

(154) Cfr., para más detalles, GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, 1971, 93 ss.; El sistema del Derecho penal y procesal, 1971, 93 ss.; El sistema del Derecho penal en la actualidad, ACJ 1971-2, 277 ss.; Estudios, 1976, 64 ss.; MUÑOZ CONDE, en: *Strafrecht u. Strafrechtsreform*, 1974, 312 ss.; *Intr 1975*, 50 ss.; MIR, *Intr 1976*, 57 s., 106 s.

(154 bis) Así, LUZÓN, *Medición*, 1979, 27, 35 ss.; CPC 1982, 97 ss.; GA 1984, 397 ss. Comparten mi posición O. DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 269 s.; MUÑOZ CONDE, *DP y control social*, 1985, 42. Con similar finalidad, defiende una relación de recíprocas restricciones entre ambos aspectos de la prevención general MIR, *ADPCP 1986*, 56-58.

(155) Cuyo origen moderno se encuentra en las tendencias correccionalistas en España, de la Escuela positiva italiana, y de la «dirección moderna» de V. LISZT en su «Programa marburgués»: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 (reimpr. de 1970), 126 ss. Vid.; al respecto, MIR, *Intr 1976*, 68 ss.

(156) Así, V. LISZT, op. cit., 164; cfr. también mi obra: *Medición de la pena*, 1979, 49-50, 55 s.

En definitiva, la prevención especial resulta también, por ello, un medio de protección de bienes jurídicos (157). Y no cabe decir que, a diferencia de la prevención general, la prevención especial no es una función de la propia norma penal, sino que sólo la podría cumplir la propia pena en la fase de ejecución, ya que en la misma fase de conminación penal la norma prevé ya en las reglas legales de determinación de la pena, que luego aplicará el juez en la fase siguiente, el marco de juego de la prevención especial (158).

Por último, en cuanto a las normas que prevén medidas de seguridad, la doctrina es unánime en considerar que les corresponde una función de prevención especial respecto a sujetos que se encuentran en un estado peligroso (159). Y en cuanto a las normas que prevén consecuencias accesorias, ya hemos visto (*supra*, II 3 A a) que su función es de refuerzo de la disuasión general y claramente de prevención especial.

c) ¿Función de control social, dominación o represión?

Las funciones preventivas y protectoras son las que tradicionalmente se le han asignado al Derecho Penal y sus normas por la ciencia jurídicopenal. Pero recientemente se ha extendido ampliamente, no sólo en la criminología, sino en la política criminal e incluso en la dogmática penal, considerar —junto con o incluso en vez de aquellas funciones— el «control social» como la misión o función característica de las normas y demás instituciones del Derecho penal.

La noción de control social es un concepto sociológico (160), que desde principios de siglo ha tenido en la sociología norteamericana tanto versiones amplias o extensivas, que incluyen los procesos de adaptación de un individuo a la sociedad y a su status, como versiones restrictivas, que aluden a los medios empleados por instancias autorizadas para asegurar la conformidad frente a normas formales, y fórmulas intermedias que incluyen cualesquiera procedimientos de organización social, con sanciones formales e instancias oficiales o sin ellas (161); y que recientemente aparece estrechamente vinculado a

(157) ROXIN, Problemas básicos del DP, 1976, 41 n. 21; MIR, *op. cit.*, 91; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 48 ss.

(158) Cfr. LUZÓN, Medición de la pena, 1979, 56 s. Siguiéndome, O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 282 s.; 291 ss.

(159) Vid., p. ej., BERISTAIN, Medidas penales, 1970, 50; MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 39; JORGE, Las medidas de seguridad, 1976, 87; MIR, *Intr* 1976, 79-81; JES-CHECK, Lehrbuch, 1978, 4 s.; Tldo 1981, 7 ss.; O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 243; CEREZO, Curso, 1985, 33; COBO/VIVES, PG, 1987, 704 (aunque señalando que *de facto* pueden tener carácter intimidatorio).

(160) Cfr. CLARK/GIBBS, Social Control: A reformulation, en: Social Problems 12 1964/65, 398; (vers. alemana): Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung, en: LÜDERSSEN/SACK (edits.), Seminar: Abweichendes Verhalten, I, 1975, 153; SACK, Einleitung, en: Seminar: Abw. Verhalten I, 151; JANOWITZ, Wissenschaftlicher Überblick zur Entwicklung des Grundbegriffs «soziale Kontrolle», KZfss 1973, 499 ss.

(161) Cfr. CLARK/GIBBS, en: Seminar: Abweichendes Verhalten, I, 1975, 153 ss., 180 ss., citando a Ross, Cooley, La Piere o Peterson en la concepción amplia, Lumley,

la desviación, como reacción social o control de la conducta desviada, o definida como desviada (162). Y para ello habría tanto instancias o mecanismos informales: modelos sociales, símbolos, mecanismos socializadores de la familia, la escuela, prohibiciones y sanciones sociales, etc., hasta instancias formales de control, como son las del Estado y el Derecho, de modo que el Derecho penal (o el control penal) es un mecanismo más —de esta última clase— de control social (163).

Tal planteamiento se acepta no sólo en numerosos artículos y monografías, sino ya en manuales y obras generales, que valoran el control social como un mecanismo imprescindible y normal en cualquier sociedad para mantener un mínimo de orden y convivencia social (164). Pero el concepto de «control social» es vago y ambiguo (165): tanto puede utilizarse en el sentido expuesto, como mecanismo, más o menos razonable, de control de la sociedad sobre sus miembros para evitar infracciones, como puede significar control que algunos grupos (dominantes) o miembros de la sociedad ejercen sobre ésta, es decir, mecanismos más o menos burdos, de poder y dominación (166). Así, p. ej., en la presentación de una revista de reciente aparición, «Poder y Control», se propone como objetivo examinar críticamente las manifestaciones y trasfondos de los diversos mecanismos de poder, do-

Down y Bernard en la restrictiva, y Hollinshead y Smith/Ari en las intermedias. Sobre otras definiciones de control social, como las de Wolff, Bottomore o Kaiser cfr. GARCÍA PABLOS, Problemas actuales de la criminología, 115 (con amplias indic. bibliográficas en 116 n. 15).

(162) Cfr., p. ej., CLARK/GIBBS, op. cit., 155 ss.; SACK, Einleitung cit., 151; HASSEMER, Einf 1981, 283 s.; Fundam 1984, 389 s.; GARCÍA PABLOS, Problemas actuales de la criminología, 1984, 67, 118 s.; BERGALLI, Conflicto social y control penal, RFDUC monogr. 11, 1986, 107; LAMARCA, CPC 1987, 545.

(163) Cfr. CLARK/GIBBS, HASSEMER, lugs. últ. cits.; BERGALLI, cit., 109; LAMARCA, CPC 1987, 544.

(164) Aparte de los trabajos cits. en notas anteriores, p. ej., KAISER, Strategien u. Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, Legitimation, Wirklichkeit u. Alternativen, 1972; JESCHECK, en: Max-Planck Ges. Jahrbuch 1980, 14; BERDUGO, Honor y libertad de expresión, 1987 15 ss. También BERGALLI, cit., aun reconociendo (101, 103-106) que el control social puede servir a las formas más burdas de dominio y dominación, considera imprescindible (102) el control social y el control penal. En obras generales, cfr., p. ej., STRATENWERTH, AT, 2.ª 1981, 16 ss. (tb. en 3.ª ed., 1985); HASSEMER, Einf 1981, 292 ss.; Fundam 1984, 388 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 105, 270, 312 s.; MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 18, 36 ss.; MIR, PG, 1985, XXXVI.

(165) Así CLARK/GIBBS, op. cit., 155; MELOSSI, Oltre il «Panopticon», QCr 1980, 277; BERGALLI, RFDUC monogr. 11, 1986, 102.

(166) Cfr., sobre esto último, MELOSSI, cit. en n. anter.; Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro, QCr 1976, 293 ss.; PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione» del penitenziario. La tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia, QCr 1978, 39 ss.; HAFERKAMP, Herrschaft u. Strafrecht, 1980; BERGALLI, RFDUC monogr. 11, 1986, 103, 105 ss. GARCÍA VALDÉS, en Prólogo a ROLDÁN, Historia de la prisión en España, 1988, 4 s., destaca las influencias de Baratta, Melossi y Pavarini en la obra de Roldán, concibiendo al Estado como creador de delincuencia, que necesita, en su misión social, de dominio, explotación y control, o la privación de libertad como instrumento de represión de la disidencia social.

minación y control social según las áreas de los países capitalistas u occidentales: mientras que en Latinoamérica, las estrategias del poder y control social en la pasada década fueron brutales y bárbaras, recayendo sobre los cuerpos y llegando incluso a la desaparición del disidente, y hoy se trata de volver a la normalidad, el control en Europa se ejerce de forma diferente, pudiendo permitirse en su seno incluso la disidencia (167).

Pues bien, ocurre aquí lo mismo que ya vimos sobre la concepción de delito como conducta desviada. Por una parte puede entrañar el riesgo de mantener una concepción acrítica y legitimadora de cualquier forma de actuación del Derecho penal como método de control social de la desviación, o incluso de burda dominación, lo que no es aceptable. Pero, por otra, las connotaciones negativas del término «control de la desviación» pueden conducir, como en ciertas orientaciones radicales a una generalización y descalificación global de la función de todo el Derecho penal, como un mecanismo —eso sí, con ciertas garantías formales— de control (aunque lo ejerza la mayoría) sobre la conducta simplemente desviada, discrepante o marginal, aunque no sea gravemente dañosa para la sociedad, o incluso de dominación e imposición de sus intereses a la sociedad por grupos minoritarios (168). Ello puede darse, y ciertamente se da, sobre todo en sistemas no democráticos, pero también a veces en éstos, y entonces estamos ante una utilización abusiva de la función del Derecho penal [aunque para esos fines se adecuarán mucho mejor en ocasiones otros métodos de control más eficaces y sin formalidades ni garantías (169)].

Pero cuando en una sociedad democrática —con sus correspondientes mecanismos de representación de los diversos sectores sociales y de control del poder, incluyendo el poder punitivo— el Derecho penal interviene en la mayoría de los casos intentando prevenir y luchar contra delitos cuya calificación como tales está materialmente justificada, es decir, contra graves ataques a las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos o de su conjunto, entonces estamos ante algo que es inexacto llamar control social de la (mera) desviación. Ocurre lo mismo que con las connotaciones (negativas) de la descripción de la función del Derecho penal mediante el término

(167) Presentación en: PYC (Poder y Control. Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social), n.º O, 1986, 11-13.

(168) Así, p. ej., GROSSO, CPC 10 1980, 62: es el control social el que crea la desviación. Cfr. tb. las referencias de LÜDERSSEN, en *Seminar: Abweichendes Verhalten* I, 1975, 15 (con citas en 33, n. 19), a la perspectiva materialista, según la cual la sociedad o sus grupos dominantes necesitan la criminalidad y a los criminales porque la represión de los criminales es parte de la necesaria demostración de dominio.

(169) En este sentido MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 37 s., 41 s., 46 s., 61 ss., 67 s.; GARCÍA-PABLOS, Problemas actuales de la criminología, 1984, 77 s.; LAMARCA, CPC 1987, 545 s.

«represión» o «Derecho represivo» (170), pues ello lleva asociada la idea de represión de libertades, o de conductas legítimas o al menos neutras. Pero si lo que se «reprimen» o «controlan» —intentando mantener un grado razonable de control (171)— son conductas intolerables, por su lesividad o peligrosidad, para cualquier sociedad, en ese caso el Derecho penal cumplirá una función protectora de libertades y legítimos intereses de los individuos y de la sociedad, es decir, su correcta y legítima función de protección mediante la prevención.

(170) P. ej., BERISTÁIN, *Crisis del Derecho represivo*, 1977. Hablando de «represión-prevención», GARCÍA-PABLOS, *Problemas actuales de la criminología*, 1984, 59, 129 ss., 136; MUÑOZ CONDE, *DP y Control social*, 1985, 51; BERGALLI, *RFDUC monogr.* 11, 1986, 112.

(171) Así GARCÍA-PABLOS, *Estudios penales*, 1984, 119 ss.; *Problemas actuales de la criminología*, 1984, 50 ss., 103.