

Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal (I)

FCO. JAVIER ALVAREZ GARCÍA

Prof. Derecho Penal Universidad Complutense

Las relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho penal vienen a reflejar parecidos problemas a los que se planteaban en los procesos de interacción entre los conceptos abstractos y los concretos o, si se quiere, entre «lo general» y «lo particular» (1). Problemas éstos metodológicos-que han encontrado muy diferente respuesta a lo largo de la historia, en una contradicción que no ha dejado de tener importantes consecuencias prácticas.

Así, para la escuela histórica (2) se trataba de construir una lógica jurídica que llevara al jurista, del mismo modo que al matemático sus números, a calcular con conceptos; en este sentido escribía SAVIGNY: «...en nuestra ciencia todo el éxito se basa en la posesión de los principios rectores; pues bien: esta posesión es justamente la base de la talla de los juristas romanos. Los conceptos y preceptos de su ciencia no son para ellos un producto de su arbitrio, son entes reales, cuya existencia y cuya genealogía han llegado a conocer a través de un trato íntimo, prolongado.- Por ello, todo su procedimiento tiene una seguridad como no se encuentra en otra parte, fuera de las matemáticas, pudiendo decirse

(1) Véase, N. BOBBIO *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 230 y ss.

(2) Véase, J. BMS. VALLET DE GOYTISOLO *Metodología de las leyes*, Madrid 1991, pp. 113 y ss.

sin exageración que calculan con sus conceptos» (3). El conocimiento, pues, se alcanzaba con el método (4).

El problema, sin embargo, de la construcción de SAVIGNY es que se desentendió de las consecuencias que para la vida real podían llegar a tener sus construcciones (5) (6), insistiendo en la «prerrogativa del jurista frente al legislador» (7); el Derecho comenzó a flotar por encima de las relaciones sociales, convirtiéndose la ciencia del Derecho en «finalidad en sí» (8), limitando «el pensamiento, conceptual, al modo de la lógica formal, a la comprensión de las reglas jurídicas necesariamente abstractas», abriendo, por ello, el camino a la «Jurisprudencia conceptual» de PUCHTA (9) (10). Contra semejante concepción del Derecho que pretendía que se ajustara la realidad a las construcciones teóricas, y no al contrario, no resultó extraño que se rebelaran tanto los que tenían

(3) «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» en *Thibaut Savigny. La codificación*, a cargo de Jacques Stern (Trad. JOSÉ DÍAZ GARCÍA), Madrid, 1970, p. 69. Naturalmente, esta concepción procede del último SAVIGNY: para las diferencias entre sus postreros escritos y los de su juventud, véase ARTHUR KAUFMANN «Paranámica histórica de los problemas de la filosofía del Derecho», en A. KAUFMANN y W. HASSEMER *El pensamiento jurídico contemporáneo* (ed. española a cargo de GREGORIO ROBLES; trad. MARÍA VIRGINIA MARTÍNEZ BRETONES y GREGORIO ROBLES MORCHÓN), Madrid, 1992, pp. 114 y s.

(4) Véase. HERNÁNDEZ GIL. A. *Metodología de la ciencia del Derecho*. 2.^a ed., vol. I, Madrid, 1971, p. 121 y s.

(5) En el mismo sentido, RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Trad. Wenceslao Roces), 4.^a ed., México, 1974, p. 117.

(6) «Ciertamente, Savigny hablaba de un «avecinamiento» entre teoría y práctica, pero se trataba de una aproximación que, en última instancia, funcionaba exclusivamente en interés de la ciencia. No era, en otros términos, una relación de recíproca interacción, sino únicamente la tentativa de someter la praxis al control de la teoría. La auspicada unificación de teoría y práctica no se alcanzaba; lo que se lograba era, solamente, una total subordinación de la práctica a las exigencias de la ciencia» (P. BECCHI «Anselm Feuerbach e la polemica sulla codificazione», en *Studi in memoria de Giovanni Tarello. Volume I. Saggi storici*, Milano, 1990, p. 92).

(7) P. BECCHI «La polemica sulla codificazione in Germania attraverso la storia delle interpretazioni». en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXI, 1991, p. 72.

(8) HATTENHAUER, H. *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia* (Trad. MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA), 2.^a ed., Madrid, 1981, p. 208. Véase también, W. WILHELM *La metodología jurídica en el siglo XIX* (Trad. ROLF BETHMANN), Madrid, 1980, pp. 32 y 43 y ss.

(9) LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho* (Trad. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO), Barcelona, 1980, p. 35.

(10) Afirma LEGAZ Y LACAMBRA (*Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., Barcelona, 1975, p. 110), que «La índole misma del Derecho privado, que ya desde los romanos presenta un grado maduro de elaboración técnica, ha sido causa de que la construcción jurídica se haya dejado guiar demasiado por preocupaciones puramente lógicas y que en ella haya predominado la abstracción y la sistematización con olvido de la consideración de

encargada la diaria práctica del Derecho —v. KIRCHMANN (11)—, como los teóricos de las ciencias jurídicas —el IHERING del *Bromas y veras en la jurisprudencia* (12)—; de esta forma se abriría el camino a la jurisprudencia de intereses, desde la que HECK reclamaría la vuelta

la dimensión vital de la realidad jurídica y de la función práctica que, por ello, compete a la ciencia del Derecho». Para GONZÁLEZ VICEN, F. E. («Orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1961, p. 70). «Los conceptos [...], se transforman en entidades lógicas con leyes propias, de tal manera que de ellos pueden extraerse por el análisis nuevas consecuencias, cuyo carácter y validez jurídicas se basan tan sólo en la corrección formal con que han sido derivados de ellos [...] . La conexión lógica se convierte en fundamentación de la validez normativa y el proceso entero se mueve en un círculo cerrado: los principios superiores son inferidos de las proposiciones jurídicas y todo lo que se halla implícito en ellos es tenido, a la vez, como consecuencia dotada de validez jurídica». Véase también, VALLET DE GOYTISOLO, J. *Metodología jurídica*, Madrid, 1988, pp. 293 y ss.

(11) «Preguntad a un campesino en qué punto está su proceso; os responderá: todavía ondea; una excelente palabra para el serpenteante proceder del asunto, y para su total incomprendibilidad para la parte litigante. El campesino que ha perdido el caso no dice que ha habido injusticia, sino mas bien: he jugado mal. La pérdida del caso y la devastación de su campo por el granizo, son para él eventos de la misma naturaleza: ausencia no de Derecho sino de fortuna.- Este es, por lo tanto, el triunfo de la ciencia del Derecho: la creación de un Derecho que el pueblo no reconoce, que no tiene poder sobre su sentimiento, que viene para él puesto sobre el mismo plano que las fuerzas brutas de la naturaleza. [...] Nada teme más la gente del campo y de las provincias que tener como juez un joven asesor, adornado del esplendor de la doctrina y del conocimiento de las leyes, que decide los litigios partiendo en cuatro un cabello.» (J. H. v. KIRCHMANN «La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza», en J. H. v. KIRCHMANN Y E. WOLF *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, pp. 27 y 29).

(12) Sobre el «primer» IHERING véase, en cambio, el juicio crítico de A. HERNÁNDEZ GIL en su *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pp. 152 y s. Sin embargo, y como indica A. FALZEA, «Una vez que se hubo aclarado que el derecho es un fenómeno práctico de la vida social, Jhering no podía seguir aceptando el principio de la autonomía del pensamiento jurídico y el predominio absoluto del conceptualismo: es decir, no podía seguir admitiendo que el dato positivo tuviese que ser tratado como una verdad de orden lógico, y que el conjunto del derecho hubiese de considerarse como una creación de la dialéctica conceptual al margen de preocupaciones de carácter práctico. Por ello le parece grotesco atribuir a los conceptos jurídicos una existencia abstracta y practicar con ellos un método de tipo matemático, pretendiendo obtener por deducción y consecuencia proposiciones secundarias de otras primarias más generales ya sean de origen legal o consuetudinario. A este orden de ideas, Jhering opone la concepción de la jurisprudencia como ciencia práctica» (*Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, 4.^a ed., Milano, 1992, p. 213). Véase también, K. LARENZ *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pp. 65 y ss.; E. WOLF *Rudolf von Ihering. Otto von Gierke* (Trad. Antonio Truyol Serra), Madrid, ?, pp. 31 y ss.; R. v. IHERING *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, 1978, pp. 210 y ss., y A. MERKEL *Derecho penal* (Trad. P. Dorado), T. I. Madrid, pp. 17 y ss.

de la dogmática hacia la influencia en la vida (13), asignando a la sustancia un mayor peso en relación con el momento formal de la actividad legislativa, lo que no podía hacer IHERING dado los planteamientos metodológicos de los que partía (14).

En la contraposición entre la jurisprudencia de conceptos y de intereses (15), el Derecho penal se inclinó por la primera. «No se había encontrado todavía —escribe BETTIOL (16)— una fórmula metodológica

(13) Criticaba HECK a la jurisprudencia de conceptos afirmando que, ésta, había concebido los conceptos científicos generales, como dotados de potencialidad causal para producir normas jurídicas (*Interessenjurisprudenz*, p. 11). Afirma ENGISCH de la «jurisprudencia de intereses», «Desde el momento en que se libera de los conceptos basados en sí mismos y de las construcciones de la ley, trasciende la ley. Coloca a esta última al igual que la teoría del derecho libre en un campo de fuerzas sociales, económicas y culturales cuya observación hace comprensible sobre todo la función jurídica ordenadora de la ley» (*Introducción al pensamiento jurídico*) (Trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, 1967, p. 229. Sobre la significación ideológica, tanto de la jurisprudencia de conceptos como de la de intereses, véase PORZIO, M. «Sulla scelta del metodo nella interpretazione», en *Archivio Penale*, 1961, pp. 419 y ss.

(14) Véase, DE LOS MOZOS, J. L. *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pp. 132 y ss.

(15) Se ha mantenido por algunos autores (véase por todos, K. LARENZ *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado* [Trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra], Madrid, 1942, pp. 43 y s.) que la tesis básica de HECK según la cual el Derecho sería el producto de los intereses en pugna en el seno de una sociedad, correspondiendo al juez dar la preferencia al interés que en la ley ha alcanzado hegemonía, «atina sólo respecto del Derecho de obligaciones como agudización culminante del Derecho común, en el cual aparecen siempre contrapuestos de hecho el acreedor y el deudor con intereses pugnantes» (p. 44), pero que no sirve para todas las relaciones reguladas por el Derecho. Todo lo cual no significa que la corriente de la «jurisprudencia de intereses» haya quedado, definitivamente, superada por el tiempo; a este respecto, LARENZ distingue entre la jurisprudencia de intereses como teoría del Derecho, y la jurisprudencia de intereses como método de aplicación del Derecho (p. 221). «Como teoría del Derecho, la teoría de la jurisprudencia de intereses no puede mantenerse hoy, porque presupone una realidad política y social totalmente distinta, a saber, la "sociedad burguesa" del siglo XIX... En cambio, como método de aplicación del Derecho, la jurisprudencia de intereses, en una época de predominio del concepto jurídico formal y de un estrecho positivismo, ha prestado grandes servicios a la jurisprudencia, al enseñarle a mirar el fin de la norma legal y a tener en cuenta las relaciones vitales de índole económica, a las que habrá de referirse la decisión que se ha de adoptar» (p. 221).

(16) *Diritto penale. Parte generale*, 12.^a ed., Padova, 1986, p. 79. Véase también, del mismo autor, «Giurisprudenza degli interessi e Diritto penale» en *Scritti giuridici*. Tomo I. Padova, 1966, pp. 330 y ss. Esa oposición de la jurisprudencia de intereses a la metodología propia de la de conceptos, no supone que aquélla prescindiera de los conceptos abstractos ya que, como indica BETTIOL (ob. ult. cit., p. 333), «No habría cosa más injusta que el considerar a la corriente metodológica de la jurisprudencia

capaz de superar las dos tendencias, es decir, una fórmula que tratase de armonizar entre ellas la *psicología* de la doctrina de los intereses y la *lógica* de la de los conceptos, para ofrecer una elaboración de las instituciones penales que no fuese únicamente esquema o solo contenido» (17). Y es

de intereses como contraria a la necesidad de conceptos y de categorías generales, por decir que ella afirma la sola legitimidad de la concreta valoración de los particulares intereses en contraste. Combatir la jurisprudencia de conceptos, como hace la jurisprudencia de intereses “no quiere decir negar el valor de los conceptos, a pesar de que ésto haya podido parecer por incapacidad polémica de algunos juristas, sino aquélla particular *forma mentis* que preside a la formación de los conceptos en los secuaces de aquélla escuela. En efecto ¿como sería posible una jurisprudencia sin conceptos?” (BOBBIO, N. *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, p. 22); en este último sentido, véase también ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*, ob. cit., p. 229.

(17) Por referirme únicamente al Derecho penal de v. LISZT. entiende A. A. CALVI («Introduzione» a F. von LISZT *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. XXII) que «...Franz von Liszt sin duda empujado por el Zweckgedanke hacia una dogmática penal adherida a la *Interessenjurisprudenz* se limita, en este sentido, a fundar materialmente el concepto de antijuridicidad (véanse las observaciones de GEORGAKIS en *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 123, Leipzig, 1940, pp. 50 y 61 y ss. RADBRUCH en «Franz v. Liszt - Anlage und Umwelt» en *Elegantiae iuris criminalis*, Basel, 1950, pp. 230 y ss., sostiene decididamente el carácter conceptualístico de la dogmática lisztiana y de ella afirma la derivación ideológica política. Que la fundación «material» del concepto de antijuridicidad signe, en cambio, para von Liszt la superación de la *Begriffsjurisprudenz*, es mantenido por Eb. SCHMIDT en *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 354 y 378; cfr. en el mismo sentido, v. WEDEL «Franz v. Liszt geschichtliche Bedeutung als Ueberwinder des strafrechtlichen Positivismus» en *Schweizerischer Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 47, 1933, pp. 324 y ss.); por el resto, y no se puede dejar de ver en ello un reflejo de su pensamiento político liberal, permanece todavía anclado en los viejos esquemas de la *Begriffsjurisprudenz*. Lo que confirma que el paso de una a otra metodología no puede, sobre el terreno de la ciencia penal, ser visto como necesario reflejo del pensamiento político criminal positivista». Véase también, J. M. SILVA SÁNCHEZ *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 52, para el cual, «A diferencia de BINDING, VON LISZT entiende el sistema dogmático como un sistema lógico (no teleológico), en el que prima la vinculación a la “ley”. La idea de fin, de bien jurídico material (que LISZT entiende como «interés que crea la vida») despliega sus efectos en la política criminal o en la sociología criminal, pero no en la dogmática. En otras palabras, la cuestión del «Derecho correcto» es, en VON LISZT, una cuestión política y no jurídica, para cuya respuesta es competente el legislador o el político, no el juez o el dogmático».

en este período intermedio (18) cuando se propaga aquélla «mágica

(18) Aunque bien es cierto que la introducción de la elaboración teleológica de los conceptos por parte del neokantismo, supuso la superación de la jurisprudencia de conceptos (véase, en este sentido, B. SCHUNEMANN «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en B. SCHUNEMANN *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* [Trad. J. M.^a Silva Sánchez], Madrid, 1991, p. 51), no debe olvidarse que el neokantismo es la versión, para la metodología jurídico-penal, de la jurisprudencia de intereses en el Derecho civil (K. LARENZ *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 114); y aunque sus elaboraciones supongan, desde el punto de vista teórico, la postergación del naturalismo positivista en la ciencia del Derecho penal (en el tipo, mediante el papel central otorgado al bien jurídico en la interpretación de todos los elementos; en la antijuridicidad, por medio de la introducción de la doctrina de la «antijuridicidad material», y en la culpabilidad, a través de su concepto normativo), no es menos cierto que no se habían terminado de imponer cuando adviene la época nacional socialista con la cual se compromete la inmensa mayoría de los juristas alemanes.

Por lo que se refiere a nuestro país, sólo a partir de los años treinta (aunque la traducción del tratado de LISZT se publica en 1914, la introducción de la dogmática jurídica no se produce hasta la obra de L. JIMÉNEZ DE ASÚA *La teoría del delito (Discurso leído en la solemne inauguración del Curso académico de 1931 a 1932)*, Madrid, 1931) puede comenzar -sólo comenzar- a hablarse de un interés que supere la mera curiosidad o la referencia erudita, por las construcciones dogmáticas realizadas allende los Pirineos. Por supuesto que hablar en aquella época, en la ciencia del Derecho penal española, de movimientos neokantianos o de superación del positivismo naturalista, resulta fuera de lugar (quizás la primera crítica seria y rigurosa desarrollada por penalistas, y teniendo en cuenta planteamientos como los de STAMMLER u otros, no se produce en nuestro país hasta la obra de QUINTILIANO SALDAÑA: *La última fase del positivismo jurídico en Italia*, Madrid, 1935). Y lo acabado de decir se muestra inmediatamente con sólo consultar las obras que, en aquellos años, reclamaban mayoritariamente la atención de los juristas o de los aspirantes a serlo. Tomemos el ejemplo de JOSÉ M.^a VALDÉS RUBIO (*Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, 5.^a ed., Madrid, 1913, pp. 19 y ss.): para este autor el Derecho penal debe ser definido como «la Ley moral social necesaria para la prevención de las infracciones dolosas o culposas, para la reparación de la justicia violada por el delito o la falta, para el restablecimiento posible del orden perturbado y para la corrección del delincuente» (pp. 25 y s.) -esta definición, al decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, afectaba «un carácter descriptivo, con un cierto sabor metafísico» (*Derecho penal (Obra ajustada al Programa de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal, de 5 de Enero de 1922)*, 3.^a ed., Madrid, 1924, p. 8); ni una sola referencia a la norma (habla, en cambio, de la «Ley moral social»), y ello a pesar de que VALDÉS RUBIO tenía conocimiento de la obra de ALIMENA (el cual adoptaba una definición de Derecho penal con «sentido jurídico», al decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., p. 8), lo que se evidencia por la bibliografía que incluía en la Lección II de su obra, donde cita expresamente los «Principii de (sic) Diritto penale». Bibliografía ésta donde, por cierto, no figura, por más que fuera como mera referencia, el Tratado de v. LISZT -cuya cita sí incluirá más adelante, en la versión portuguesa de la obra- o trabajo alguno de BELING (sí se cita, sin embargo, el «Derecho penal» de MERKEL en la traducción de DO-RADO). En cuanto a su concepto de delito, y tras atacar el «materialismo positivista» con argumentaciones de tipo religioso -sigue manteniendo la subordinación de la «ley humana» respecto de la «eterna» (p. 167)-, rechaza la exigencia del perjuicio para

droga, irracional y anticonceptual» (19) que se plasmó en el Derecho penal en una decidida desvalorización de la Parte general a favor de la Parte especial.

Este «despegue» de la ciencia del Derecho penal alemán del estudio de los conceptos generales en favor de los tipos delictivos concretos, se debe, al menos en su formulación (20), a Carl SCHMITT y a su «pensamiento concreto de ordenación» plasmado en su obra *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, 1934) (21). En este escrito, el jurista alemán propugnaba la desvinculación en la solución del caso de la contemplación de la entera realidad del Derecho, op-

afirmar la existencia de ilícito (pp. 110 y s.), distingue entre aspecto interno y externo de la conducta -no ha descubierto aún el «tipo»- (pp. 119 y ss.) y manifiesta la ausencia de capacidad analítica, en la teoría del delito, propia de épocas anteriores a aquélla en la que ejerció su actividad como penalista. El mayor problema es que diez y seis años más tarde poco más se había avanzado: en este sentido constituye todo un ejemplo la obra de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS *Derecho Penal. Obra adaptada al programa de judicatura de 18 de julio de 1929*, Madrid, 1929, en la que, aunque se llega a introducir algún nuevo concepto -como «tipicidad»- ni se desarrolla, ni se nota su influencia en la sistemática de la teoría del delito. Lo mismo sucede con algún otro autor como J. MASAVEU (*Nuevo Derecho penal*, Madrid, 1929) o E. CUELLO CALÓN (*Derecho Penal. Tomo I. Parte general*, 2.^a ed., Barcelona, 1930), aunque en este último caso se evidencia un mayor nivel de información de lo que está sucediendo allende nuestras fronteras; sin embargo CUELLO CALÓN no consigue ser más, en la obra citada, que un epígono de un cierto modo de comprender el Derecho penal.

(19) RADBRUCH, G «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», en *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, p. 167.

(20) Sobre la evolución de la dogmática alemana inmediatamente anterior al período nazi, véase: BARATTA, A *Positivismo giuridico e scienza del Diritto penale*.

(21) No obstante lo dicho, y con anterioridad a la obra citada de C. SCHMITT aunque seguramente no de forma tan acabada, ya en los años veinte se había extendido, en Italia, suficientemente esta corriente anticonceptualista y antiformalista aunque, como indica HERNÁNDEZ GIL (*Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 326), sin llegar a formar escuela. Entre estos pioneros del anticonceptualismo cita HERNÁNDEZ GIL (ob. cit., pp. 326 y ss.) a DE FRANCISCI, MAGGIORE, PERTICONE, PAGANO, PUGLIATTI y JEMOLO, y con ciertas matizaciones, también a ANTOLISEI y LORENZO MOSSA; véanse, también, las consideraciones realizadas a este respecto por F. ANTOLISEI en su «Per un indirizzio realistico nella scienza del Diritto penale», en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937-XV, pp. 121 y ss., y especialmente en las pp. 132 y s. en las que hace las siguientes afirmaciones: «Inconvenientes no menos graves se han derivado del abuso de la lógica abstracta que es una de las principales, incluso la principal, característica de la orientación formalística. De tal abuso como, por lo demás, se ha verificado en general en el campo de la dogmática jurídica ha nacido la tendencia exagerada a la formulación de conceptos y categorías generales, a las clasificaciones y a la construcción de sistemas, con constante preocupación por la arquitectura lógica. De ello ha venido el uso excesivo del procedimiento deductivo con inclinación a considerar válidas las ilaciones por el solo hecho de que derivan lógicamente de las premisas, sin verificar su correspondencia con las necesidades concretas de la vida jurídica. De ello ha derivado la suprava-

tando por reglas deducidas de una ordenación concreta. «Estas ideas de Carl Schmitt —indica ENGISCH (22)— han hecho escuela en gran medida en el mismo año de la aparición de su escrito... Por lo que hace, p. ej., al *derecho penal*, se había ya comprobado anteriormente un desplazamiento del interés por la parte general, hasta entonces preponderantemente cultivada, en favor de la parte especial. Pero la expresión de Schmitt «pensamiento ordenalista concreto» y algunas aclaraciones marginales sobre los conceptos generales en el derecho penal han facilitado sin duda el lema que los juristas se han apropiado, dando muestras de agradecimiento, a fin de considerar aquél desplazamiento de interés como exigencia de una «sana» mentalidad jurídica abocada a lo concreto».

Este desplazamiento del punto central de interés, para la dogmática penal, desde el estudio de «lo general» a la investigación de «lo concreto», provoca —con autores como DAHM y SCHAFFSTEIN (23)— la construcción de categorías como «tipos concretos de delitos», «antijuridicidad concreta» o «tipos concretos de delincuentes» (24). En definitiva, se mantiene la idea de que hay que abandonar las categorías generales porque en ellas es imposible que se refleje, por su abstracción, la realidad vital; de esta forma, se llega a esos «tipos concretos de delitos» que requieren una elaboración teórica particular, de la cual se derivarán, también, «tipos concretos de delincuentes» (25). Semejante

loración de los conceptos y de las categorías generales, los cuales han sido asumidos como dogmas, válidos en todo tiempo y lugar. De aquí la rigidez de las construcciones, de aquí ese inflexible dogmatismo que, como bien ha dicho De Francisci, ha creado una infinidad de fórmulas conceptuales vacías, situadas en el cielo de las abstracciones, más allá de la realidad y de los hechos. Cualquiera que juzgue serenamente, no puede evitar reconocer que han sido precisamente estas degeneraciones formalistas del método técnico jurídico las que han alejado la ciencia de la vida y excavado aquél abismo entre la teoría y la práctica al cual se ha hecho referencia al inicio del presente escrito».

(22) *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (Trad. Juan José Gil Cremades), Pamplona, 1968, p. 290?

(23) Véanse: DAHM, *G Verbrechen und Tatbestand*, Berlín, 1935; y SCHAFFSTEIN, *F. Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935.

(24) No debe entenderse, por lo apuntado, que los juristas de la Escuela de Kiel desarrollaran la metodología propia de la jurisprudencia de intereses. Su elaboración contacta, más exactamente, con la fenomenología de HUSSERL. Véase, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., pp. 135 y ss.; BETTIOL, G. «Giurisprudenza degli interessi e Diritto penale», ob. cit., pp. 333 y s., y SCHWINGE-ZIMMERMANN *Wesensschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937, *passim*.

(25) Véase, CALVI, A. A. *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, 1967, pp. 502 y ss. Resulta especialmente aleccionador el análisis que CALVI realiza (ob. cit., p. 507, n. 94) de la posición ostentada por MEZGER, en relación a la teoría del *Tätertyp*, en los años posteriores al golpe de estado de 1933 en Alemania: «Su posición (la de MEZGER) corre el riesgo de aparecer entre las más extre-

concepción del Derecho penal, arrumba con los principios del Derecho penal liberal y, en primer lugar, con el principio de tipicidad. Así, juristas autoritarios como H. WELZEL proclamarán: «el Estado está dispensado, en situaciones excepcionales, de todos los vínculos jurídicos como el de la tipicidad de las normas del Derecho penal» (26); resulta evidente, en esta frase, el predicamento que tuvieron las ideas de C. SCHMITT.

Sin embargo, las exageraciones de la dirección acabada de aludir, y el que se empeñara con el Estado nacional socialista, no nos debe hacer

mistas, por no decir la más extremista de todas. La apariencia cae, enseguida que se recuerda un dato fundamental: la vocación del insigne autor por los estudios criminológicos, y su constante esfuerzo dirigido a crear un nexo objetivo entre valoración jurídica y criminológica de la personalidad. Dirijámonos, por lo tanto, a los escritos de Mezger, aunque lamentándonos por no haber podido consultar el último, sobre la materia, publicado en 1944. Cfr. MEZGER, «Die materielle Rechtswidrigkeit im Kommenden Strafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 55 (1936), p. 1 s.; IDEM, «Die Straftat als Ganzes», cit., loc. cit. [ZStW Bd. 57, 1938], pp. 680-682, p. 686 s. y p. 696 s.; IDEM, «Tatstrafe und Taterstrafe [insbesondere im Kriegsstrafrecht]», cit., loc. cit. [ZStW Bd. 60, 1941], p. 357 y p. 363 s.; IDEM, «Tattypen, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegsstrafrecht», en *Deutsches Strafrecht*, Bd. 9 (1942), p. 108 y p. 115.- No nos parece posible equivocarnos sobre la posición de este autor, por lo demás bastante clara en sus desarrollos legalistas. En el primer escrito, tomando nota de la marcada subjetivización a la cual viene siendo sometido el ilícito, Mezger reclama, abiertamente, el necesario respeto por el principio de «tipicidad». En el segundo, él restringe la importancia práctica del «Tätertypus»: afirmando que este serviría, a lo más, para interpretar ciertas especies «de posición», para medir la pena en algunos otros casos, así como para orientar principalmente la aplicación de medidas preventivas a delinquentes habituales peligrosos, también en clave criminológica. En el tercer ensayo, Mezger pone hábilmente el acento sobre la capacidad funcional del «Tätertypus» para contener la extensión analógica de las normas incriminadoras. En el último, en fin, la disputa sobre el «Tätertypus» es dejada de lado, con igual habilidad, sobre el terreno criminológico: las «leyes de guerra» se aplicarían solamente allí donde la acción reflejase la personalidad del autor, en sentido criminológico, mostrando su adhesión al tipo normativo correspondiente».

La respuesta a las supuestas propiedades «taumaturgicas» del «Tätertypus» por lo que se refiere a la analogía, viene dada por GUARNERI («Nuovi sviluppi della teoria del delinquente tipo», en *Giustizia Penale*, I, 1943, cols. 101 y 102, cit. por CALVI, p. 510, nota [101]): «Estamos en presencia, si se me permite el uso del lenguaje de los patólogos, de una cura *omeopática*. Se ha opinado que la analogía se debería curar con la antianalogía representada por el delincuente tipo. Así, primero, se concede al juez la facultad de crear nuevas figuras delictivas y después se le ofrece la posibilidad de evadirse del avispero, en el cual se le manda caer, mediante aquél hilo de Ariana [...]. Si la justicia penal no se funda sobre leyes generales y abstractas, establecidas con anterioridad, obligatorias para todos y por lo tanto también para los jueces, no hay otra cosa que fuerza, violencia, tiranía».

(26) «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en AA.VV. *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín, pp. 118 y ss.

olvidar los excesos cometidos en el estudio de la Parte general en relación con la escasa atención dedicada a la Parte especial. No en vano, GRISPIGNI —aún después de terminada la II.^a Gran Guerra— afirmaba: «...quien considere las condiciones de la ciencia penal no sólo en Italia, sino también en Alemania, debe constatar que, mientras que para la parte general aquélla ha realizado progresos verdaderamente conspicuos, desde cualquier punto de vista, en cambio por lo que se refiere a la parte especial del Derecho penal se encuentra todavía en la fase de la exégesis» (27). A este lamento se unió en nuestro país el de QUINTANO RIPOLLES, para el cual al decaimiento de la Parte especial contribuyó tanto la jurisprudencia de conceptos como el positivismo: «En

(27) *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947, p. V y s.; del mismo autor, véase: *Diritto Penale italiano. Volume secondo. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1952, p. 129, para el cual «En tanto que la disciplina penalística no haya elaborado una teoría general de la parte especial, no podrá decirse que haya entrado en la fase verdaderamente científica, lo que se logra cuando de la exégesis se pasa a la dogmática»; en el mismo sentido: PISAPIA, *GD Introduzione alla Parte speciale del Diritto penale*, Milano, 1948, pp. 9 y ss. Todavía recientemente, autores como HIRSCH («Tendencias en la evolución de la reforma de la Parte Especial, en particular desde la perspectiva del Derecho penal de la República Federal de Alemania», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua*, n.º 11, monográfico, 1986, p. 381) afirman que, «... a la parte Especial se le presta escasa atención en la discusión internacional sobre el Derecho penal. El interés de ésta se dirige sobre todo a las instituciones jurídicas de la Parte General, desde el concepto de imprudencia y los presupuestos de los delitos de omisión hasta la construcción de la condena condicional y la diversificación del catálogo de sanciones [...]. La postergación de la Parte Especial se debe a que, naturalmente, en los contenidos de los concretos tipos penales, las concepciones valorativas de cada país se expresan con más fuerza en las instituciones de la Parte General, que están más influidas por la situación del conocimiento científico y por ello son más neutras desde el punto de vista nacional».

Con anterioridad ERIK WOLF en su *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre von besonderen Teil des Strafrechts*, Breslau, 1931, p. 3, afirmaba que «Mientras en el ámbito de la parte general del Derecho penal alemán ha dominado un método desarrollado sistemáticamente, se contenta, todavía, la presentación de la parte especial con la explicación o comentario de la ley. De ello, no se extrae una construcción arbitraria y contradictoria del Código, sino que se construyen grupos de bienes jurídicos afines, y dentro de ellos, entonces, se tratan los tipos concretos. En ello se puede reconocer un principio de sistematización, pero un verdadero sistema teóricamente fundado de la parte especial, no existe todavía. Existirá sólo esperanza de una construcción provechosa, cuando el conocimiento de las propiedades generales de los tipos legales se haya adelantado considerablemente. Hoy sólo puede decirse que tal sistematización debe ser la meta final de todo trabajo con la dogmática de la parte especial, siempre que esta dogmática quiera satisfacer las exigencias del método científico».

ambas direcciones, en efecto, la cientificidad de la Parte especial quedaba hartamente mal parada, sobre todo en la segunda, ya que, al reducir la vida del derecho a un mero capricho del legislador y situar la ciencia al margen de la jurisprudencia, se minimizó hasta límites insospechados el papel de la parte especial, que incluso desaparece pura y simplemente en el famoso Proyecto FERRI, de 1921, y en su sucedáneo ruso soviético de KRYLENCO, de 1930, paradigmas de “Códigos sin parte especial”» (28); he de indicar, sin embargo, que exagera QUINTANO RIPOLLES al menos por lo que al Proyecto FERRI se refiere, ya que el autor italiano había indicado paladinamente su intención de elaborar la Parte especial del Código penal, lo que las circunstancias políticas vinieron, a la postre, a impedir (29).

De cualquier forma, con la dirección inaugurada por los juristas nacional socialistas el círculo se había cerrado. Pues si históricamente, como indica RODRIGUEZ DEVESA (30), la Parte especial antecede a la general —lo cual, en opinión de QUINTANO RIPOLLES (31), no debe extrañar ya que en la vida y en lo lógico «el *noumeno*, es anterior a lo conceptual y al fenómeno»— después de casi siglo y medio —desde finales del XVIII hasta los años treinta del presente— en que toda la relevancia fue concedida a la Parte general, se terminó, con el «movimiento de renovación del Derecho alemán», por olvidarse de las construcciones necesariamente abstractas.

Después de tan agitada evolución histórica es necesario aceptar, en orden a la fijación de las «nuevas» relaciones entre Parte general y Parte especial, buena parte de las críticas que los juristas nazis dedicaron a la dogmática de la Parte general. Efectivamente, y como indica MARI-NUCCI, en el proceso dogmático de la Parte general se había llegado a una peligrosa mentalidad del «sí mismo», «una mentalidad que ha llevado a una especie de entificación de aquellos conceptos»; olvidando que —como indica PISAPIA (32)— el Derecho está en función de la solu-

(28) *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Tomo I. Infracciones contra las personas*. Madrid, 1962, p. 3.; véase también, FINCKE, M. *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit., p. 5.

(29) Véase a este respecto el «Epílogo» de QUINTILIANO SALDAÑA al *Proyecto preliminar del Código Penal para Italia*, a cargo de C. JIMÉNEZ ESCRIBANO, Madrid, 1925, p. 176.

(30) *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1983, p. 3.

(31) *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Tomo I. Infracciones con las personas*, ob. cit., p. 2.

(32) *Introduzione alla Parte speciale del Diritto Penale*, ob. cit., p. 10.

ción de cuestiones concretas, «y no para afirmar principios que constituyan un fin en sí mismos» (33) (34).

Así, la «tentativa», el «dolo», la «imprudencia», el «encubrimiento», etc., desconocen momentos autónomos, esto es: que no estén en correlación con la figura del delito consumado (35). No existe un «delito de imprudencia» —de la misma forma que no existe un «delito de dolo»—, sino un homicidio imprudente; la referencia a la imprudencia únicamente nos señala la parte subjetiva del tipo (aunque sin determinarla en todos sus extremos), pero todos los elementos objetivos han de ser integrados en referencia —combinación, pues, entre el artículo 565 y aquél, que admita versión culposa, que se contemple en cada caso— a las distintas figuras de la Parte especial. Otra forma de entender el problema, es decir: olvidándose de la dependencia de los conceptos generales en relación con los concretos tipos delictivos, nos lleva a la distorsión incluso en el plano meramente interpretativo; «basta pensar en la “reducción” de los distintos “*crimina culposa*” en un único e indistinto “*crimen culpa*” (“precisamente un delito omisivo” (36)), con la consiguiente total “abstracción de la ‘culpa’ de los “*crimina culposa*”

(33) En el mismo sentido afirma T. WÜRTENBERGER (*La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, p. 11): «Hoy, frecuentemente, el desarrollo de los conceptos dogmáticos y la sistematización se han convertido, incluso, en fin en sí mismos, en la actividad cognoscitiva propia de la ciencia: consecuentemente aumenta el peligro de que los conceptos y los valores sistemáticos, adquiridos *ex novo* en este esfuerzo, no puedan ser plenamente reconocidos por la praxis jurídica en su valor dogmático y en sus consecuencias».

(34) Lo dicho, sin embargo, no nos puede llevar a abrazar afirmaciones, como la realizada por FINCKE (*Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit., pp. 26 y ss.), de que las normas de la parte general constituyen una forma ciega, mientras que las de la parte especial son las que llevan consigo las opciones de política criminal. Por el contrario, en las normas de la parte general también se realizan opciones de política criminal; así, mediante la tipificación de la tentativa, cuyo castigo, obvio es decirlo, no sería posible con el único recurso de las normas de la parte especial —fuera de los casos de expresa consideración en la parte especial de supuestos de imperfecta realización—, opta el legislador por otorgar una mayor protección a los bienes jurídicos considerados relevantes, frente a los ataques de que pudieran ser objeto. Sin embargo este criterio, el de la punición de la tentativa, no se mantiene, en nuestro Derecho, en el ámbito de las faltas, lo que muestra también una opción de política criminal: en este último caso, la impunidad de la tentativa constituye «una decisión de política-criminal, que afecta a la punibilidad del hecho y no al injusto del mismo» (E. FARRE TREPAT *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, p. 466).

(35) Véase, PETROCELLI, B. *Il delitto tentato*, Padova, 1955. Véase también, E. BELING *El rector de los tipos de delito* (Trad. y notas por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas), Madrid, 1936, p. 10.

(36) Véase al respecto de la equiparación entre imprudencia y delito omisivo, las reflexiones de M. CORCOY BIDASOLO *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 64 y ss.

de los cuales forma necesariamente parte, y con la consiguiente “irrelevancia” entre otros, de los “resultados típicos” en el sentido de las distintas figuras culposas lo que ha servido para hacer, si posible, todavía más “misterio” e incomprensible la ya discutida “relación” entre culpa y resultado» (37).

En definitiva, es necesario aceptar teóricamente lo que en la práctica no deja de ser una realidad: que distintas figuras de la Parte general —como las englobadas en la teoría de la participación o de las formas imperfectas de ejecución— son tributarias de los distintos y concretos tipos delictivos, y que junto con ellos —al suponer una extensión en la tipificación de conductas (38)— contribuyen a una adecuada protección del bien jurídico contra los ataques más intolerables que contra el mismo puedan suceder (39), (40).

Esta idea de dependencia de la Parte general respecto de la especial, resulta avalada por la génesis histórica de aquella (41). En este sentido indica DEL ROSAL que, «hasta finales del siglo XVI no fue posible, en virtud de la carencia de un método adecuado, como, por otro lado, por el estado de evolución de nuestro Derecho, la instauración de una *Parte General* del Derecho penal... Es a partir del instante en que el pensamiento intelectual elabora una síntesis, cuando tropezamos con rudimentarias *Partes Generales* de nuestro Derecho. En Francia, con

(37) MARINUCCI, G. *Il reato come «azione»...* ob. cit., p. 45.

(38) Y la mejor demostración de esta ampliación es que, en casos concretos, el legislador decide limitarla, precisamente por respetar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. En este sentido, el artículo 5 de nuestro vigente Código punitivo constituye todo un paradigma: «Las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas.- Se exceptúan las faltas frustradas contra la persona o la propiedad».

(39) Véase, en el mismo sentido, PEDRAZZI, C. *In concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 6.

(40) Esta interacción entre los dos ámbitos normativos se manifiesta más claramente en cuanto se observe, como indica L. STORTONI (en T. PADOVANI y L. STORTONI *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, pp. 16 y s.), «como las opciones realizadas por el legislador en sede de parte general, tienen un efecto inmediato respecto a las normas de la parte especial y viceversa; por otro lado, el carácter no ontológico de la distinción entre los dos grupos de normas hace que su ubicación en una de las dos partes no sea constante, sino que, por el contrario, pueda variar con el cambio de los tiempos».

(41) En la actualidad esta idea sigue siendo avalada, como indica L. STORTONI (en T. PADOVANI y L. STORTONI *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, ob. cit., p. 14), por los sistemas del *common law*. En ellos, por lo menos hasta épocas muy recientes, los códigos no pasan de ser una mera recopilación de normas incriminadoras, aunque recientemente, y de forma especial en los países de lengua inglesa, se inició un vasto movimiento dirigido a integrar en los respectivos códigos penales, y antecediendo a la «parte especial», una «parte general».

TIRAQUELLUS, 1558; en España, con COVARRUBIAS, 1557 y en Alemania, con VIGETIUS, 1600» (42). Sin embargo, ese «desprendimiento» de las «formas fenoménicas» como la tentativa, proposición y conspiración que, originariamente, se dan insertas de manera «concreta» en el tipo de delito de que se trate (43), tardará en producirse en la legislación (44); y ello a pesar del optimismo de JESCHECK, para el cual «...se encuentra una Parte General en todas las codificaciones penales europeas ya desde mediados del siglo XVIII, primeramente en el *Codex iuris Bavarici criminalis* de A. Kreittemeyer (1751) y más tarde también en la ALR —*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*— (1794)» (45). Y califico de optimista a JESCHECK porque considero que no es exacta su afirmación — con la que, por otra parte, concuerdan autores como RADBRUCH (46)— de que el ALR contenía una Parte general. En este sentido dice HATTENHAUER (47) que «es inútil buscar la Parte general en las codificaciones del siglo XVIII. El Código General de Prusia era tan extenso debido, en gran parte, a que carecía de Parte General. Cada objeto jurídico debía exponerse allí completamente desde sus fundamentos, sin que fuese posible basarse en las doctrinas de una Parte General. Es cierto que también el Código General prusiano tenía una Introducción en la que cabe ver un precedente de la Parte General. En ella, no obstante, se exponían únicamente doctrinas sobre el Derecho en general. Faltaban, en cambio, objetos tales como los presenta la moderna Parte General, especialmente los fundamentos de la teoría de las personas y de la teoría del negocio jurídico. Pues cada esta-
 mento tenía su Derecho propio. No existía ningún motivo ni posibili-

(42) Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal», en *Estudios penales*. Madrid, 1948, p. 21. Véase también, DEL ROSAL, J., COBO, M. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho penal español (Parte especial)*. «Delitos contra las personas». Madrid, MCMLXII, pp. 43 y ss.

(43) ENGISCH, K. *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ob. cit., p. 254, nota (6).

(44) En opinión de FINCKE ello no se ha producido, aún hoy en día, de forma completa; véase, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit., p. 5.

(45) *Tratado de Derecho penal. Parte general* (Traducción y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), vol. I. Barcelona, 1981, p. 25.

(46) Véase, sin embargo, RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Trad. Wenceslao Roces). Madrid, 1974, pp. 111 y s.

(47) *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, ob. cit., pp. 55 y ss.

dad para formular un Derecho que comprendiese todos los estamentos» (48).

No es, efectivamente, hasta el momento en que se consagra el principio de igualdad —y eso únicamente se produce con Napoleón que de un solo golpe termina en Austerlitz con los ejércitos prusianos, austríacos y rusos y, de paso, con toda la estructura jurídica del viejo Sacro Imperio Romano Germánico, que firma su acta de defunción en los primeros días de 1806 (49)— cuando podemos hablar de partes generales; hasta esa fecha —y en ese sentido el ALR constituye todo un ejemplo— la necesidad de tener en cuenta los privilegios de cada estamento habían provocado la imposibilidad de formular unos principios comunes a todos los tipos de, por ejemplo, contratos. Parte general e igualdad se ha-

(48) A propósito de la «Introducción» del ALR, afirma G. TARELLO (*Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 495) que «las formulaciones de principio de la *Introducción* han tenido escasa importancia práctica, no proporcionando normas completas para la solución de controversias jurídicas, sino, por el contrario, aportando solo principios generales (y, normalmente, vacíos de un contenido concreto unívocamente confirmable) para la interpretación de las normas de los dos libros sucesivos; tanto es así, que aquellas formulaciones, normalmente, se sitúan mejor en una historia de las formulaciones verbales que en una historia de las ideologías operativas del Derecho».

En cuanto a la afirmación de HATTENHAUER de que en el ALR se consagraba el Derecho de cada estamento («cada estamento tenía su Derecho propio»), ha de tenerse en cuenta que en el referido cuerpo legal se reconocían tres estamentos principales (campesinos, burgueses y nobles) con dos subdivisiones en cada uno de los dos primeros. Pues bien, con semejante esquema resulta imposible componer una Parte general en el sentido dieciochesco del término, y ello por la sencilla razón de que frente al sujeto único (característica de los códigos del siglo XIX) se continuaba elevando el particularismo jurídico. Con lo dicho, no obstante, no se quiere llegar a la conclusión de que el ALR fuera una mera recopilación legislativa al modo del XVII; en realidad, nos encontramos con un *tertium genus* que bebe en dos fuentes: en la de las recopilaciones, y en la correspondiente a los códigos en el sentido moderno del término (algo parecido sucedía también con el *Westgalizisches Gesetzbuch* o Proyecto Martini de 13 de febrero de 1797 véase TARELLO, ob. cit. p. 525). Se apoya en las recopilaciones por causa del, ya señalado, particularismo jurídico; se acerca a la figura del código moderno en la afirmación del ALR como único Derecho no susceptible de ser integrado acudiendo a otras fuentes, constituyéndose así en el Derecho común del cual han de extraerse los principios necesarios para integrar todas las lagunas que pudieran observarse en la regulación particularizada de las distintas instituciones, presentándose, por tanto, como un sistema jurídico cerrado. Y no se conformaron los redactores del ALR en constituir a éste en el único Derecho común, sino que se separaron considerablemente del Derecho común por excelencia: el Derecho Romano (véase en este sentido: SCHULZ, *F Principios del Derecho romano* (Trad. Manuel Abellán Velasco), Madrid, 1990, pp. 41 y ss. Véase también, H. REICHEL *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último* (Trad. Emilio Miñana Villagrasa), Madrid, 1921, p. 3).

(49) Véase, P. BECCHI «Anselm Feuerbach e la polemica sulla codificazione», ob. cit., pp. 65 y ss.

llaban, en ese sentido, en una relación de dependencia directa. La falta de aplicación de ese principio es lo que provoca (50) que, por ejemplo, el Código General para los Estados Prusianos tuviera más de diez y siete mil preceptos, frente a los apenas dos mil del Código napoleónico.

En nuestro país, y por lo que a la legislación penal se refiere, las leyes históricas contemplaban en los particulares tipos delictivos aquéllas circunstancias —legítima defensa, por ejemplo— que en el caso concreto impedían la aparición de responsabilidad criminal alguna (51). Sirva como manifestación de lo afirmado la Ley II, Título VIII, de la Séptima Partida:

«Matando algun ome, o alguna muger, a otro a sabiendas, deue auer pena de omicida, quier sea libre, o sieruo, el que fuesse muerto. Fuera ende, si lo matasse en defendiendose, viniendo el- otro contra el, trayendo en la mano cuchillo sacado, o espada, o piedra, o palo, o otra arma qualquier con que lo pudiesse matar. Ca entonces si aquel, a quién acomete, mata al otro que lo quiere desta guisa matar, non cae por ende en pena alguna. Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome aya poder de amparar su persona de muerte, queriendolo alguno matar a el; e non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaescer, que por el primer golpe que le diesse, podria morir el que fuesse acometido, e despues non se podria amparar» (52).

En realidad no es hasta el Código penal de 1822 cuando se dispone en nuestro país, legislativamente, de una Parte general.

Sin embargo, el que los códigos estuvieran dotados ya en el siglo XIX de una Parte general, no significa que se hubiera logrado una perfecta síntesis entre los tipos concretos y los principios generales acogidos en el Libro I de los distintos códigos. Es decir, si bien en pura teoría

(50) Junto a algún otro factor; como, por ejemplo, el hecho de que el ALR, y a diferencia de lo que ocurriría con las codificaciones del XIX, acogía no sólo el Derecho civil, sino también parte del Derecho público —Derecho penal, así como normas que, unos años después, serían acogidas en los textos constitucionales—. De todas formas este hecho —no especialización de los códigos— no constituye el motivo fundamental de la extraordinaria amplitud del ALR; el problema era que se debía incluir la regulación que afectaba a tres estamentos distintos, con varias subclases, en un solo cuerpo legal.

(51) Lo mismo sucedía en la legislación aplicable a otros países; así, en la *Constitutio Criminalis Carolina* por lo que se refiere a Alemania (véase M. FINCKE *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, ob. cit. p. 3).

(52) Véanse, asimismo: Ley 6, Título 4, Libro 6 del Fuero Juzgo; Ley 1, Título 17, Libro 4 del Fuero Real; Ley 2, Título 22, del Ordenamiento de Alcalá; Leyes 1 y 4, Título 23, Libro 8 de la Nueva Recopilación, y Ley 1, Título 21, Libro XII de la Novísima Recopilación.

al procedimiento de abstracción se llega desprendiendo notas distintivas constantes de los objetos de estudio (53), en el procedimiento legislativo no se procedió —por lo que al total sistema se refiere— de esta forma, sino que se llegó a la elaboración de las partes generales de los códigos a través del predominio de aproximaciones de corte filosófico a los problemas de la Parte general. De esta forma se crearon partes generales alejadas, en muchos casos, de la regulación concreta de los tipos delictivos. Este fenómeno se muestra especialmente en la dogmática de la Parte general del Derecho penal, que por su alejamiento de los problemas de la Parte especial no se percató hasta entrado el siglo XX de que la conclusión: «todo lo objetivo pertenece al tipo y todo lo subjetivo a la culpabilidad», chocaba frontalmente con la estructura de los tipos que incluían «elementos subjetivos de lo injusto».

Algo parecido sucede con los llamados «elementos normativos típicos» (54); para BELING, el tipo es valorativamente neutro (55) y contiene, exclusivamente, elementos descriptivos. Semejante concepción, sin embargo, no admitía, como puso de manifiesto M. E. MAYER (56), verificación alguna en los tipos contenidos en las partes especiales de los códigos (57).

(53) LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, ob. cit., p. 440.

(54) Véase, ENGISCH, K. «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1954, pp. 127 y ss.

(55) Véase, sin embargo, la matización de H. WELZEL en *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, pp. 49 y s., *id.*, *Derecho penal alemán. Parte general* (Trad. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ), 2.^a ed., Santiago de Chile, 1976, pp. 79 y s.

(56) Frente a la opinión general de que fue M. E. MAYER quien introdujo los elementos normativos en la dogmática penal, SUAY HERNÁNDEZ, C. afirma que, «Sin embargo, Herberger señala como origen un trabajo de Eduard Kohlrausch publicado en 1904, en un libro colectivo en memoria del centenario de la muerte de Kant. En este trabajo, de inspiración neokantiana, Kohlrausch plantea la diferencia entre descripciones y valoraciones; diferencia que se corresponde con un dualismo metodológico referido a las ciencias de la naturaleza y a las ciencias del espíritu, propio de la filosofía neokantiana» («Los elementos normativos y el error» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 102).

(57) Véase, JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El delito*, 3.^a ed. (actualizada), Buenos Aires, 1965, pp. 905 y ss., donde incluye una lista interminable de los elementos normativos que, según él, se hayan presentes en distintos códigos penales. De todas formas, el número de tipos que contienen elementos normativos crecería desmesuradamente si aceptáramos, como hace MEZGER (*Tratado de Derecho penal*, T. I, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, p. 320) el planteamiento de ERIC WOLF para el cual «todos los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados» (cit. por MEZGER, ob. últ. cit., p. 320 y nota [20]).

De esta situación de mutua incompreensión entre Parte general y Parte especial, se vino a salir con la inauguración por BELING del concepto de tipicidad. Al centrar, el autor alemán, la atención de la teoría del delito en el tipo de lo injusto, obligó a que toda generalización pasara por un examen de los tipos en concreto, para a partir de esa operación inductiva, construir un cuadro conclusivo aplicado a los distintos tipos delictivos. No obstante, la relación no termina en el punto apenas indicado, sino que una vez obtenida la abstracción, ésta debía tenerse en cuenta a la hora de precisar los elementos de los distintos tipos delictivos. Se establece así una relación dialéctica entre Parte general y Parte especial, en base a la cual los tipos delictivos concretos determinan la elaboración de la Parte general, pero una vez construida ésta, esos conceptos abstractos se reflejarán a su vez en lo concreto, en lo particular, contribuyendo a la nueva redefinición de los tipos penales.

Es lo cierto, sin embargo, que esa operación inductiva no está exenta de dificultades y que, precisamente, una errónea realización de la misma puede conducir —y de hecho así ha sido— a elaboraciones teóricas que, lejos de aclarar el contenido de los tipos concretos, han impedido la comprensión de categorías fundamentales en la dogmática del delito. Pensemos, por ejemplo, en la omisión.

Respecto a la omisión, se ha intentado comprenderla, junto a la comisión, en un concepto general de acción, el cual tendría que desarrollar, «Todas las formas del actuar humano que puedan ser relevantes para el Derecho penal —comportamiento doloso e imprudente, hacer activo y omisión— han de tener cabida en el concepto de acción (*función de clasificación*). El concepto de acción debe, además, poseer el suficiente contenido material para que puedan referirse las ulteriores especificaciones representadas por las categorías sistemáticas jurídico-penales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (*función de definición*). Pero tampoco puede adelantar los elementos generales del delito, pues ello conduciría de nuevo a la confusión de los mismos en el concepto de imputación del derecho común (*función de enlace*). Finalmente, el concepto de acción debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso pueden poseer relevancia jurídico-penal (*función de delimitación*)» (58). Este superconcepto de acción se ha tratado de construir por distintas vías (59), pero, por lo que aquí interesa, voy a referirme, únicamente, a dos de ellas.

(58) JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. I, ob. cit., p. 291.

(59) Véase, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 3 y ss., y HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 25 y ss.

Para la primera, de base naturalística, se trataba de acentuar en los tipos omisivos aquéllas características atribuidas previamente a los delitos comisivos; y, así, se indicaba que lo fundamental era la acción verdaderamente ejecutada en lugar de la mandada (y omitida). Para la segunda, de base normativa, y en su esfuerzo de reconducir acción y omisión a un género común, se trataba de poner el acento en la dependencia de las distintas especies respecto a la norma.

Pues bien, la primera teoría —influida por el pensamiento del *aliud agere* en la elaboración del concepto general de acción (60)— lo que hace es dar un predominio absoluto a la estructura de las conductas comisivas; olvidando que en los delitos de omisión se sanciona, no por lo que el autor estaba haciendo sino por lo que ha dejado de hacer. La segunda teorización realiza, justamente, la operación inversa; es decir: construye el concepto sobre la base de la omisión. De esta forma olvida que mientras que no es posible concebir una omisión sin referencia normativa alguna (61), no sucede lo mismo con la acción que, por el contrario, preexiste a la norma, limitándose el legislador a acotar las que quiere considerar relevantes para el Derecho penal.

¿Cuál ha sido el problema? Seguramente un incorrecto planteamiento metodológico; una gran incomprensión del cómo debe construirse la dogmática de la parte general del Derecho Penal. Es decir: el olvido por parte del dogmático de que «el único punto de vista metódico en el cual él deberá situarse será aquél que parte desde el principio del plano normativo: mejor, sobre el plano de un *concreto* ordenamiento penal, vigente en un determinado país, en un cierto momento histórico (62). No basta, en efecto, hacer genéricas referencias a la “norma”, al “derecho”, o a los “sistemas normativos”; y ni siquiera basta esquematizar este o aquél concepto de norma (o de “derecho” o de “sistema normativo”), para después deducir de la “esencia” del uno o del otro concepto, el concepto de acción que “necesariamente” le soporta como “premisa”. De este modo —y aunque sea con un distinto grado de arbitrariedad— se termina en efecto con sustituir un apriorismo con otro apriorismo: en el puesto de la jurnaturalística referencia a la “naturaleza

(60) Véase, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *La omisión de socorro en el Código penal*. Madrid, 1966, pp. 21 y ss.; véase también: DELITALA, G. «Il “fatto” nella teoria generale del reato», en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, pp. 99 y ss., y CADOPPI, A. *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, pp. 166, y bibliografía allí indicada.

(61) Véase, por todos, CADOPPI, A. *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico-criminali*, ob. cit., pp. 172 y ss., y bibliografía allí citada.

(62) Véase también, en este sentido, RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., Madrid, 1959, p. 159. De cualquier forma, el juicio de MARINUCCI, aún siendo correcto en lo fundamental, debe ser matizado para no incurrir en un exceso de «particularismo jurídico» que impediría una correcta evolución de la ciencia del Derecho.

de las cosas” o “a la esencia del hombre” o de la “vida”, se pone otra apodíptica y jusnaturalística referencia a la “esencia” de la norma, del derecho o de los sistemas normativos» (63), (64).

También ha sido frecuente un manejo excesivamente ligero de la metodología de la dogmática penal, lo que, frecuentemente, lleva a errores e incertezas que no por inadvertidos dejan de ser graves. «Los más importantes síntomas de una falta de meditación teórica de los puntos de partida y de las conclusiones metodológicas, podían, ante todo, consistir en el hecho de que frecuentemente se varían conceptos gratuitamente, se confunden modos de representación y se cambian sin motivo planos conceptuales. Así, se permuta el ámbito ontológico con el normativo; se confunden puntos de vista jurídicos y morales; se desconoce la

(63) MARINUCCI, G. *Il reato come “azione”*. *Critica di un dogma*, ob. cit., pp. 31 y s.

(64) En el mismo sentido señala T. WÜRTENBERGER (*La situazione spirituales della scienza penalistica in Germania*, ob. cit., pp. 24 y s.) que «Es metodológicamente errónea la tendencia, que hoy se puede observar en la ciencia penal, de atribuir un carácter absoluto a ciertos contenidos conceptuales, remitiéndose irreflexivamente a su “estructura” “lógico sustancial” (*sachlogisch*) o a la “naturaleza de las cosas”. El punto de partida es la concepción según la cual al legislador y al penalista le son “dadas *a priori*” ciertas “estructuras ontológicas” del ser, a las cuáles ellos estarían vinculados, desde el punto de vista dogmático, al formular un juicio. Así, por ejemplo, se mantiene que el dolo finalísticamente determinado pertenezca por su estructura ontológica a la acción, motivo por el cual esta inserción en el sistema sería determinante tanto para la legislación como para la doctrina. Esta concepción que vincula las valoraciones penales a tales estructuras lógico objetivas, no ha logrado imponerse en la doctrina jurídica ni en la dogmática penal. Partiendo desde un punto de vista científico general, no se puede afirmar que estas estructuras lógico sustanciales, inmanentes a los conceptos jurídicos, constituyan datos “al margen del tiempo” y verdades “eternas”. Con razón Erik Wolf sostiene que el considerar que tales nexos estructurales tengan carácter eterno, está en contradicción, precisamente, con la ontología moderna y con el conocimiento de la historicidad de todo aquello que es: estas verdades de la esfera lógico sustancial, por lo tanto, serían solamente “relativamente” vinculantes... La moderna dogmática penal, al considerar que las estructuras lógico sustanciales tienen carácter absoluto, debería tomar como ejemplo la filosofía del Derecho, donde, respecto a los precedentes y vanos esfuerzos por dar pleno fundamento a la “naturaleza de la cosa”, se encuentra hoy un creciente escepticismo sobre la posibilidad de alcanzar tales apriorísticos objetos del ser (*Seinsgegenstände*). También el desarrollo de la más reciente dogmática penal demuestra cada vez más la imposibilidad de sostener la tesis de la “preexistencia ontológica” de los conceptos jurídicos. Precisamente, la teoría de la acción final, en muchas partes de su sistema, tiene que abandonar el carácter ontológico de sus cogniciones a favor de una valoración normativa de su substrato. Como ejemplo se recuerde la tentativa, fallida, de predeterminar en forma “ontológica”, antes de realizar una decisiva valoración normativa, la esencia de la acción en el ámbito de los delitos culposos o de omisión o, incluso, en el ámbito del derecho penal disciplinario (*Ordnungsstrafrecht*). Aquí es válido el dicho: “Estigmatizar por medio de la norma lo dice todo, mientras que la estructura lógico sustancial no dice nada”».

diferencia entre consideraciones objetivas y subjetivas, o -cosa igualmente reprochable- se absolutiza un concepto a consta de otros, igualmente significativos a los fines de la dogmática... Si se consideran en su conjunto los sistemas penales ofrecidos por la ciencia moderna, en las exageraciones que con frecuencia se hallan, en la excesiva diferenciación en la formación de los conceptos y en la oscura estructura del sistema, se pueden encontrar asonancias con la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) hace tiempo superada. Tendiendo a la pureza dogmática del sistema, se esconden a veces los problemas sustanciales de la ciencia penal suscitados en nuestro tiempo. Existen hoy concepciones y teorías que, por decirlo con Rudolph von Ihering, en la tentativa de tomar impulso en la vida,... ofrecen rápidamente la prueba de no soportar el aire puro de la realidad» (65).

En otras ocasiones, y empleando como cobertura los medios generales de la lógica, el jurista define las conclusiones con anticipación a las premisas que supuestamente le han permitido llegar a aquéllas. De esta forma, cualquier conclusión le es alcanzable en su análisis «científico». En este sentido afirma KANTOROWICZ (66) que «...puede figurar como premisa del principio jurídico y con rigor lógico cualquier proposición; sea la «*lex legum*» de la escolástica o la «*ratio legis*» de sus seguidores. Así se puede lograr cualquier proposición jurídica como conclusión. Por esta razón debe haber, también en este caso, una instancia que escoja entre las premisas posibles aquellas que sólo suministran conclusiones deseadas. Esta instancia, conforme resulta de lo dicho, no es la razón sino la voluntad. El desconocimiento de la situación descrita se explica psicológicamente por el hecho de que las premisas inidóneas para el fin deseado ni siquiera pasan por el umbral de la conciencia jurídica».

Por otra parte, se han forzado los sistemas clasificatorios cuando, por el autor de los mismos, se comprobaba que en las categorías por él ideadas no encajaban exactamente todas las «especies» que en ellas quería incluir. Así, no se ha dudado, en algunos casos, en crear «zonas de sombra», «subespecies», casos «*sui generis*», especies «límite», etc., incurriendo, por ello, en contradicciones. De esta forma se ha olvidado que, como dice ENGISCH, «Un concepto genérico que, al desarrollarse en especies, de lugar a contradicciones *in adjecto*, no sirve. Pero no sólo contradicciones; también hay que evitar otros absurdos. El conocido concepto de acción, formulado por Liszt, como motivación de una “mo-

(65) T. WÜRTEMBERGER. *La situaciones spirituale della scienza penalistica in Germania*. ob. cit., pp. 9 y s.

(66) «La lucha por la ciencia del Derecho», en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN y KANTOROWICZ *La ciencia del Derecho* (Trad. Werner Goldschmidt). Buenos Aires, 1949, p. 348.

dificación en el mundo exterior” no resulta apropiada para una especie como la de los delitos de exteriorización que no dependen de modificaciones del mundo exterior, sino del sentido e importancia» (67).

Ciertamente no se me ocultan otras dificultades —aparte de las puramente metódicas— que se presentan, en muchos casos, para el establecimiento de la adecuada correlación entre una dogmática de la Parte general y los concretos tipos penales. Esas dificultades a las que ahora me refiero radican, especialmente —y como veremos detenidamente más adelante—, en la gran contingencia de los tipos de la Parte especial. Lo que provoca ya no solo discordancias con las elaboraciones teóricas, sino también con las normas contenidas en el Libro I del Código penal. Piénsese, para comprobar esta afirmación, en todas las reformas que ha sufrido nuestro Código penal, en su Parte especial, desde el texto refundido del 73, a cambio de las muy escasas que afectaron al Libro I hasta la reforma del 25 de junio de 1983.

Para concluir, indicar que con lo dicho no se pretende que el dogmático se limite a «copiar» el sistema legal; por el contrario, «Al profundizar, puede completar hacia arriba y hacia abajo el sistema dado por el legislador, ya mediante conceptos genéricos de más alto rango, ocultos al legislador o por él preferidos, ya mediante el desarrollo hermenéutico de grupos de casos específicos a incluir en los géneros y especies legales» (68).

(67) *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*. ob. cit., pp. 312 y s.; véase también, ERIK WOLF *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit...* ob. cit., pp. 14 y s.

(68) ENGISCH, K. *La idea de concreción...* cit., p. 310.