

ARTICULO PRIMERO

Objeto de nuestra consideración es el fenómeno de la *criminalidad* desde las diferentes perspectivas que se ha abordado su estudio; de esta manera, tendremos una visión total del problema que nos permitirá constatar el significado de cada una de ellas. Es en este contexto donde adquiere su relevancia la tesis sobre la progresiva desaparición del Derecho penal.

No es un hecho nuevo la puesta a prueba de la eficacia del Derecho penal. Las ciencias empíricas, desde su eclosión en el siglo XIX, han pretendido el monopolio sobre el conocimiento y solución de un problema común a diferentes disciplinas: la criminalidad. Y, para ello, han tratado de demostrar la ineficacia de la pena. De esta for-

ma, el Derecho penal tendría que cargar con el *handicap* de la reincidencia a causa de la nocividad del sistema penitenciario, la criminalización de los sectores más débiles de la sociedad, el *mito* de la culpabilidad o la protección penal de los intereses de la *clase dominante*. Y, todo ello, con el *pretexto* de la necesidad de la pena como factor de prevención ineludible.

En una primera aproximación al tema, hay que poner de relieve lo arriesgado que es medir una institución como la pena por su aparente ineficacia. Las *cifras oscuras* de la criminalidad son el argumento favorito de la Sociología criminal. SACK, sin embargo, se ha opuesto a la pretensión de extraer consecuencias de las estadísticas realizadas por los órganos de control social (1). En tanto la Criminología emplee las estadísticas como descripción del objeto a analizar y en cuanto las ha sustituido por la investigación de las cifras oscuras, se está moviendo en el terreno de la concepción vulgar sobre el objeto, evitando desarrollar su propio marco teórico.

Efectivamente, objeto de estudio (*Objektbereich*) y estudio mismo (*Nissenschaft*) han de permanecer separados. A mi entender, durante mucho tiempo la indiferenciación de estos dos aspectos ha provocado una serie de confusiones que culmina en el momento actual con la pregunta: ¿para qué punir?.

El Derecho penal no puede justificarse en sí mismo, pues como fenómeno social (praxis del Derecho penal) es producto de una decisión colectiva: Si la sociedad, constituida políticamente, decide prescindir de la pena (sustituyéndola por ejemplo por un sistema de medidas de seguridad) desaparecería el Derecho penal como tal. De la misma forma, puede argumentarse a la inversa: por muy convencidos que estemos de la inutilidad y crueldad de la pena (quizá por conocer mejor que otros su realidad), no vamos a conseguir nunca su desaparición si no logramos convencernos de que, además, no hay otras razones distintas a la inutilidad y crueldad de la pena que justifiquen su mantenimiento, en cuyo caso estamos confundiendo al demonio con Belcebú.

Si colocados en la posición de un *ciudadano modelo*, sensible a los problemas fundamentales de la sociedad en que vive y consciente de la inutilidad (desde el punto de vista de la prevención general) y crueldad (en cuanto a la resocialización) de la pena, llegamos a la conclusión de que la sociedad no puede prescindir de ella, habría que deducir de ahí que constituye un mal necesario en nuestra sociedad. Y, lo que es más importante: habrá que buscarle a la pena un fundamento distinto y más radical que los de prevención general y especial esgrimidos predominantemente en el momento actual e insistir en la distinción entre el *por qué* y el *para qué* de la pena.

En mi opinión, los juristas nunca han dejado de partir de estos presupuestos a los que tan bien responden las palabras de Hans SCHULTZ (2) que abanderan la meta de Política criminal del Proyecto alternativo de CP (1966) en la República Federal de Alemania, según el cual nuestra sociedad no puede castigar sin mala conciencia; si bien la *ideología* de los fines de la pena ha podido empañar la visión de la realidad a que responde la pena. Pero, ¿cuál es esa realidad?.

Cuando se crea una nueva figura de delito que en forma típica se incorpora al CP, se procede a *configurar la realidad social* de su ámbito de vigencia. La forma empleada para ello es el lenguaje. La sociedad, por medio del lenguaje, está configurando penalmente algo que teme por que le puede hacer daño y producir su inestabilidad.

Mediante la *descripción* del Derecho penal patrimonial, la sociedad defiende algo que considera imprescindible para su mantenimiento como tal: la estructura económica, de ataques que estima muy graves.

En el momento de la aplicación del tipo penal en concreto por el juez, puede hablarse de un uso *adscriptivo* del lenguaje (con las correcciones que veremos); pero en el momento de la creación de la norma, el lenguaje del legislador es *descriptivo*. En ese instante, la comunidad, constituida como Sociedad civil, establece los límites dentro de los cuales el ciudadano puede moverse sin temor a la intervención estatal mediante la pena, el más severo de los instrumentos de intervención del Estado.

Mi tesis es que el primer destinatario de la norma penal, al contrario de lo que se ha dicho, lo es el ciudadano que no tiene la intención de infringir la norma, pues es él quien sobre todo está interesado en saber cuáles son los límites dentro de los cuales el ciudadano puede moverse sin temer la desaprobación y sanción de la sociedad jurídicamente constituida. (Como médico deseo saber hasta dónde puedo moverme dentro del *riesgo permitido*; como abogado, si puedo asesorar a ambas partes sin caer en prevaricación; como docente, cuáles son los límites de mi libertad de expresión sin atacar a la Constitución; como funcionario, si puedo recibir regalos sin incidir en cohecho; en definitiva, cómo puedo actuar sin incurrir en responsabilidad penal.) Saber que esos límites que condicionan mi libertad de movimiento y la de los demás conciudadanos en aras de la estabilidad de la sociedad que formamos permite un aprendizaje de vida en común que junto a otros factores va a determinar nuestro comportamiento (en lo que puede verse una clara función educativa del Derecho penal: *aprendizaje de roles*), no debe impedirnos ver algo que es anterior a todo eso; o sea, el hecho de la *constitución social*, que se traduce en la siguiente reflexión: *Puedo estar tranquilo de que lo que considero un grave ataque para la vida comunitaria, también lo es para mis conciudadanos, razón por la cual lo hemos elevado a la categoría de delictivo.*

Las cuestiones que hemos planteado se sitúan deliberadamente en un plano *prejurídico*. De esta forma, evitaremos la tautología en que muchas veces han caído los juristas, incluso los más próximos a la realidad como los influidos por la Filosofía inglesa del análisis (3), de presuponer lo que precisamente tenía que ser cuestionado con anterioridad: la existencia misma del Derecho penal. Para evitar eso, el mejor camino es el de confrontarse con quienes más radicalmente han puesto en entredicho a las instancias jurídicas de control social: el Positivismo italiano y la Sociología criminal.

ARTICULO SEGUNDO

Cuando FEUERBACH escribió en el año 1828 el primer tomo de sus *Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen*, que es un análisis de casos criminológico, lo caracterizó como un estudio de Psicología criminal y le atribuyó una importancia muy relativa de Política criminal. FERRE, cincuenta años después, denunció en su *Sociología criminale* la separación entre Sociología criminal y Derecho penal. La razón de la muy diferente posición de estos autores frente al Derecho penal de su tiempo explica esta diferencia de valoración.

FEUERBACH parte de una argumentación criminológica al establecer la base de la misión del Estado en su lucha contra la criminalidad, pues la respuesta a esta

cuestión presupone un saber experimental consistente en la certeza de que la amenaza penal, robustecida con su ejecución, es adecuada para la intimidación inherente a la prevención general. De ahí precisamente quiere extraer MAUCKE una conclusión fundamental para el estudio de la relación Criminología-Derecho penal: Primero se plantean metas de Política criminal que, remitida a la realidad, obliga a una investigación de Sociología criminal que, a su vez, puede repercutir sobre la Política criminal (4).

Sin embargo, la idea de prevención general presenta por lo menos tres aspectos: la función de intimidación del delincuente potencial en que FEUERBACH basa su teoría de la coacción psicológica; la función de seguridad que la ley penal desempeña ante el ciudadano de protección de una serie de valores o intereses sociales importantes; y, finalmente, la función del Derecho penal en su totalidad como elemento necesario de toda comunidad: una sociedad no puede existir sin sus delincuentes (DURKHETE). Por eso, la función atribuida por FEUERBACH y NAUCHE a la Criminología es por lo menos insuficiente, si no negativa como veremos.

La Escuela positiva italiana, por su parte, se entiende a sí misma como enemiga del Derecho penal de su tiempo del que no espera nada sino su sustitución. Un reproche que acertadamente se ha hecho a los iniciadores de la Criminología como disciplina autónoma por parte de los propios criminólogos contemporáneos es su ingenuidad al aceptar como correcta la *descripción* del comportamiento delictivo hecha por los juristas, y concentrar su estudio sobre los reactivos del delito: sustitución del sistema de penas del Derecho contemporáneo por un Derecho del tratamiento del delincuente. La misma actitud sostiene el alemán Franz von LISZT. Así pues, no se trata de integrar Derecho penal y Criminología, sino de sustituir al sistema penal por otra Política criminal de una mejor lucha contra el delito.

Más aún, estos autores seleccionan de entre las acciones legalmente desaprobadas las *formas fundamentales del delito*, el *delito natural* y el *delincuente nato* de LOMBROSO, que no desaparecen de una época a otra; presupuestos, ambos, falsos, pues ni valoración del legislador se refiere al delito y al delincuente en sí sino a una pluralidad de aspectos que ni desde el punto de vista del autor ni del hecho forman una unidad biológica, psicológica o sociológica; ni existen acciones que en cualquier lugar y tiempo hayan estado prohibidas (5). Lo que no quiere decir que la Criminología deba renunciar a la elaboración de su propio concepto de delito.

En el año 1964, en un trabajo dedicado a rebatir las críticas que por parte de la Dogmática se hacen a la Criminología que empieza a configurarse como ciencia autónoma, procede KAISER a elaborar un programa de lo que la *moderna Criminología* pretende (6). De esta *declaración de principios*, yo destacaría su esfuerzo por acuñar un concepto de delito que contraponen al de la Dogmática penal. Meta de su estudio es configurarlo de manera distinta al *Positivismo* anterior y que, por otra parte, pueda ser completado con el concepto de delito de los juristas.

La posición propugnada por la Criminología moderna se diferencia de las de R. LANGE Y GAROFALO en que estos últimos aspiran a un concepto de delito suprapositivo y previo; meta que la Criminología, como ciencia empírica, jamás podrá alcanzar. KAISER pone de relieve que el *malestar* denunciado por LANGE en torno al concepto de delito —orientado necesariamente a valores jurídicos materiales— es una crí-

tica dirigida a la Política criminal, pero no contra la Criminología; pues el objetivo de ésta debe ser penetrar en la fundamentación de aquéllas que es desaprobado públicamente, lo que dependerá muchas veces de susceptibilidades irracionales, para racionalizarlas y valorar los resultados de Política criminal obtenidos (7).

La moderna Criminología, fundamentalmente, ha desarrollado una teoría multifactorial de la criminalidad, está interesada en la verificación empírica de la idea de prevención y quiere estudiar cómo nacen las normas penales (8). La Criminología ha reaccionado ante la unilateralidad de las teorías sobre la criminalidad que pretendían reducir su origen a razones biológicas, psiquiátricas, psicológicas, psicoanalíticas, sociológicas, etc, etc; poniendo claramente de relieve la imposibilidad de reducir de esa manera la explicación del delito cuando, además, el aparato empírico en que se basaban tales teorías unilaterales era bastante raquítico. Por eso, la respuesta es: en lugar de teorías monistas, teorías multifactoriales; en vez de teoría, análisis empírico de los efectos de prevención individual y general de los recursos penales; en lugar de teoría crítica de la norma e instancias de control social, vinculación a la praxis para no dejarla abandonada a sus necesidades, lo que no impide prestar atención al estudio del nacimiento de la norma.

La Criminología moderna quiere verse como una disciplina autónoma cuyo objeto de estudio es el análisis empírico de todo lo relacionado con el delito: delito mismo, delincuente y controles penales; pretendiendo contribuir, sin competir con el Derecho penal (aceptando por ejemplo el principio de culpabilidad), a la elaboración de un Derecho penal más práctico (criticando por ejemplo la creación de nuevas figuras del delito) (9), más racional (dedicando una gran atención al estudio de la determinación y medición de la pena) y más humano (estudiando la posibilidad de sustitución de las penas privativas de libertad como factor básico de resocialización) (10); sin olvidar otros aspectos esenciales de la lucha contra la criminalidad por medio del Derecho penal, como el control empírico de la finalidad de prevención positiva (¿En qué medida se siente seguro el ciudadano ante la *avalancha* de delincuencias?) (11).

No creo que sea justo el reproche que se ha hecho a la Criminología moderna de ser la mejor mantenedora del *status quo*. Las dificultades de imposición de la prevención especial (*¡Las cárceles no pueden ser hoteles de cinco estrellas!*) ponen de relieve en qué medida la sociedad está o no preparada para la renuncia a la pena. Parece insensato querer *acabar* con el Derecho penal cuando ni siquiera estamos mentalizados y decididos a aceptar la idea de resocialización (sobre todo sus costes). No será precisamente una Criminología entendida como crítica de la Sociedad la que determine, en un momento más o menos próximo, no un Derecho penal más humano sino algo distinto al Derecho penal como instrumento de lucha contra el delito. Eso, por el contrario, sólo ocurrirá cuando logremos una Sociedad más madura moralmente y generosa. Querer imponer a la Sociedad la renuncia a la pena por *decreto-ley* es una insensatez. Parece, el contrario, que la Criminología moderna acierta en ver en la idea de resocialización el gran desafío de nuestro tiempo, perfectamente compatible con el fundamento de la pena, como después veremos. Sólo por ese camino podrá detectar (empíricamente) en su momento que ha llegado el tiempo de pensar no en sustitutivos de la pena sino del Derecho penal mismo.

La tesis fundamental del LABELIMG—APPROACH es que la acción del delincuente no se diferencia en nada de la acción de una persona *normal*, no delincuente. De ahí se deduce, como segunda tesis, que delinquen por igual personas de distintas clases o grupos sociales, pero sólo son procesados y condenados los de determinada procedencia, siendo esa delincuencia la que trasciende a las estadísticas sobre la criminalidad. Finalmente, tercera tesis, la discriminación denunciada con la segunda tesis no es causal sino resultado de una *selección* dirigida contra determinados grupos sociales (12). Ciertamente ocurrirá, con más frecuencia de lo que es de desear, que los órganos de control social actúen selectivamente; pero incluso una investigación de tipo sociológico sobre este extremo debería estudiar mejor cómo se procede a dicha selección: en virtud de la subsunción de conductas en una norma abstracta del CP, o mediante la inclusión del caso concreto en un determinado grupo *delictivo* al margen de la definición legal. Si se trata de lo segundo, harían mejor los autores del *Labeling* en estudiar cuáles son las características que lo definen; por eso, sorprende la nula importancia que éstos conceden al estudio del comportamiento delictivo mismo (13). Por otra parte, la tesis sobre la *distribución* social de la criminalidad necesita perentoriamente de constatación empírica, lo que ha hecho la Criminología moderna —contradiendo precisamente a aquella teoría (14). Sin embargo, lo más importante es el hecho de que las tesis fundamentales del *Labeling* sobre la *etiquetación* parecen mejor referidas a la norma abstracta del CP (Código penal) creada por el respectivo órgano de control, al discutir que sea posible constatar científicamente la infracción de una norma abstracta (15). De esta forma, lo que la radicalidad de sus tesis parece hacer ver se reduce, en definitiva, a una cuestión metodológica: cómo aprehender el objeto *criminalidad*.

En efecto, como se recordará, SACK criticaba con su rechazo de las estadísticas criminales a una Criminología como la tradicional que confunde el objeto de estudio con el estudio mismo. Este punto de partida tiene su arraigo epistemológico en la versión sociológica de la Fenomenología de un Alfred SCHUTZ y en la Etnometodología, que quieren dirigir su atención no al conocimiento del ente en sí (inaprehensible) sino al conocimiento *sobre* el objeto: cómo los miembros de la sociedad entienden el fenómeno de la criminalidad. Lo importante, no será el *comportamiento desviado*, sino el significado del empleo del predicado *desviado*. Ahora bien, si el análisis ha de recaer sobre la *etiquetación* de la acción y no sobre la acción misma, ¿cómo puede llevar a cabo la Etnometodología su objetivo si la *etiquetación* por parte de los órganos de control social es ella misma una acción?

En contra del *Labeling-Approach* hay que decir:

1. — Que el *significado* de la *concreta situación* en que basa esta teoría la posibilidad de constatar intersubjetivamente la punibilidad de un comportamiento sólo puede descubrirse en base a las reglas de aplicación de predicados de naturaleza abstracto-situativa, en tanto que preexistentes al planteamiento de una situación en que se cuestione su aplicación. Así opera el uso de los signos del lenguaje, del lenguaje jurídico en concreto (16). Con este presupuesto general, es compatible la tesis de HART sobre la naturaleza adscriptiva de los conceptos jurídicos. La tesis de HART, puede formularse así: el comportamiento desviado es un atributo llevado a cabo por una persona en cuanto previamente ha sido tenido por tal por quienes lo adscriben, *siendo esto último lo que*

hace de aquél un concepto social y, por tanto, adscriptivo (17). Frente a esta gran objeción metódica, otras secundarias como la *defeasibility* de los conceptos jurídicos (como, por ejemplo, el contenido del juicio de culpabilidad o la indagación de los motivos de la acción *atribución de motivos* y su prueba en el proceso, que ciertamente constituyen grandes problemas para la Dogmática) pierden validez como argumentos para rechazar en su totalidad que puedan ser objeto de estudio; pues, al menos los criterios de intersubjetividad en que se basa la configuración de estos y otros conceptos jurídicos, son de naturaleza *objetiva*.

2. — Así ocurre con el concepto de Bien jurídico. Según SACK, la creación de una nueva norma penal protectora de un nuevo Bien jurídico, no es el producto de ese *minimum ético* en que coinciden todos los miembros de una sociedad sino que, por el contrario, es el resultado de un conflicto donde el más fuerte logra imponer su voluntad en detrimento de los demás. Sin embargo, falta en el análisis de SACK lo fundamental sobre una teoría del Bien jurídico en Derecho penal: el estudio de los criterios de elevación de intereses o funciones sociales a la categoría de Bien jurídico; como así mismo falta la reflexión sobre la eventual necesidad social de configurar Bienes jurídicos a proteger penalmente. El error fundamental de SACK es metódico, no conceptual, pues teoría y praxis del Bien jurídico son un capítulo de la teoría y praxis del Derecho: fundamento de validez de las normas. La reflexión sobre el contenido normativo del Derecho no se basa en un saber sobre entidades, entendido como contraposición del conocimiento e interés de uno con los de los otros. Al contrario, entendido el lenguaje como proceso de comunicación, se emplean sus signos para el entendimiento interpersonal: en cuanto argumentamos lingüísticamente estamos estableciendo las bases de un entendimiento mutuo (*competencia comunicativa*). Por esta razón, no es válida ninguna de las dos posiciones extremas: ni la que reduce la validez de la norma jurídica a la voluntad de la mayoría, ni la que parte de *entidades* preexistentes al proceso de comunicación (18). Lo mismo puede decirse de otra de las tesis centrales del *Labeling*, según la cual, la *configuración subjetiva de la realidad* propuesta podría ampararse en la crítica que los propios juristas han hecho del entendimiento de la tarea del intérprete como simple aplicación de la ley, a la que oponen una *teoría* de la interpretación en la que aquél la *re-crea*; y es a través de esa actividad por donde entran todos sus prejuicios subjetivos. Esta objeción olvida que la validez de la norma jurídica, su sentido jurídico, es independiente del comportamiento de sus destinatarios y de quién la aplica (lo que no ocurre con el entendimiento sociológico de la norma) (19). La pregunta, por tanto, es la siguiente: ¿Con qué criterios puede justificarse la decisión judicial? Responder exhaustivamente a esta cuestión excede de nuestras posibilidades en este momento; ahora bien, de cómo entiende el jurista de hoy la función de interpretación no puede extraerse la conclusión que pretende la Criminología crítica, pues para que ello fuese correcto, sería necesario que los juristas partiesen de una tesis hermenéutica según la cual el ámbito semántico de aplicación de los tipos delictivos fuese ilimitado —lo que no es el caso—. Muy al contrario, si la idea de Hermenéutica puede jugar un papel en la interpretación del Derecho es porque concurre con la aportación analítica acerca de la relación semántica y/o pragmática entre el concepto jurídico y el caso concreto a dilucidar (20).

3. — La última tesis propuesta por SACK es la más válida de las examinadas hasta ahora. Ciertamente, el actuar de los órganos de control social es susceptible de estudio en dos facetas, de las cuales corresponde a la Sociología estudiar la realidad de aquel actuar, es decir, la parte no planeada de su actividad, como realidad empírica no consciente; pues, como bien pone de relieve SACK (21), es (también) *el resultado necesario, decisionista, inevitable de la intervención simultánea de diferentes factores que no están al alcance, o sólo en medida limitada, del órgano*. Este examen, sin embargo, deja intacta la validez *qua* norma jurídica del Derecho, que no va a depender de su realización más concreta. En suma, y ésta puede ser la síntesis de lo hasta aquí expuesto, es un gran error conceptual y metodológico confundir el pleno en que opera la norma penal como norma jurídica — como producto de un *pacto social* útil y necesario para la convivencia — con ese otro plano (la conveniencia de su estudio sociológico no la niega nadie) en el que se anlizan los diversos aspectos de la normalidad o patología de su realización.

CAPITULO TERCERO

Ningún problema del Derecho penal ha sido objeto de tan viva especulación como la *teoría de la pena*, no sólo por parte de los juristas sino también entre filósofos y sociólogos. En torno el mismo reinado y reina una gran confusión a la que coopera, no en último lugar, la mezcla de puntos de vista desde los que se ha abordado su estudio. La confusión fundamento-fines, teorías-praxis, análisis técnico-análisis empírico es constante. Concretamente, por lo que respecta a la distinción entre el *fundamento* y los *fines* de la pena, hay que decir que las teorías penales, pese a haber detectado su necesidad, no se han planteado su delimitación, han confundido ambos aspectos o los han hecho coincidir; resultado de lo cual es un enriquecimiento de las pers-

pectivas desde las que estudiar los fines de la pena que coincide con un planteamiento raquítico sobre el fundamento. Resulta, por otra parte, bastante sorprendente que enrolado un autor en las filas de los defensores de la prevención especial, por ejemplo, pretenda ver precedentes en la Patrística (o en Protágoras los defensores de la prevención general); como si la discusión en torno a la pena desde finales del siglo XVIII, cuando se inicia la configuración del Estado moderno, tuviese algo en común con la sostenida en fases anteriores de la historia de la humanidad (22).

Quizá el autor más *maltratado* en exposiciones someras y esquemáticas de la teoría de los fines de la pena en la actualidad y en el siglo XIX es KANT. NAUCKE (23), el penalista más concienzudo hoy en el estudio sobre la aportación kantiana denuncia: *Es una cuestión abierta, sobre todo, qué significado tuvo en el siglo XIX la opinión de Kant de que la pena sea sin duda retribución justa*. A la cuestión sobre la influencia de Kant pertenece también la pregunta: en qué medida fue KANT correctamente interpretado. Dicho de otra forma, si parte de la influencia de la teoría kantiana de la pena no es sino la influencia de un equívoco acerca de esta teoría.

La teoría *absoluta* de KANT, para quien la pena es pura *retribución* desprovista de todo fin (?), produjo un gran impacto en el siglo XIX, dominado por concepciones relativas sobre la pena — fundada racionalmente en base a su finalidad —: el Estado tiene la finalidad de asegurar la paz y el orden (de donde se deduce que la pena se legitima por su fin: restablecimiento del orden quebrantado, intimidación, aseguramiento y re-socialización); frente a todo esto, KANT: la Ley penal obliga *incondicionalmente*, es un imperativo categórico, pues sólo puede ser aplicada a causa del delito y sólo porque se ha infringido la Ley.

Presupuesto de la posición de KANT es la idea de que el hombre actúa *moralmente libre*. Si al hombre le es exigido que actúe necesariamente de esta forma, le estará también crear las condiciones necesarias para ello. Entre estas condiciones están el Derecho y el Estado. Por tanto, el Estado no está para garantizar la paz y el orden, sino para posibilitar que el hombre actúe moralmente libre. Entre las Leyes del Estado dirigidas a esa finalidad estará la Ley penal. De lo anterior se deduce que la pena-fin no debe estar permitida pues, según el conocido argumento de KANT, el hombre es un fin en sí mismo. Puesto que la pena no puede basarse en la idea de finalidad, sólo podrá hacerlo en la de retribución (*Wiedervergeltungsprinzip*). Es precisamente en este punto donde KANT va a permanecer aislado a lo largo de todo el siglo XIX.

Una excepción a esta actitud general es FEUERBACH, para quien la Ley penal es también un *imperativo categórico*, pues la pena sólo puede imponerse por razón del delito cometido. La coincidencia, sin embargo, es sólo aparente ya que la argumentación de FEUERBACH es que si la pena quiere *intimidar* realmente ha de derivarse automáticamente del delito cometido (categóricamente). Como ha dicho NAUCKE (24), *para Kant el imperativo categórico de la justicia penal explica el fundamento de la punición; para Feuerbach, la referencia al imperativo categórico sólo aclara cómo haya de aplicarse la Ley para que tenga el máximo efecto final*. En suma, KANT sirvió a los juristas del siglo XIX, paradójicamente, para afianzar la fundamentación de la pena en base a su utilidad. La formulación kantiana abrió la posibilidad de apoyar en principio jurídicos de filosofía crítica la fundamentación de la pena-fin. De ahí la *síntesis de los*

hegelianos (25): si la pena sirve de garantía para el Derecho, resultará que sirve para establecer la autoridad del Derecho lesionado, lo que convierte a la teoría *absoluta* de HEGEL en una relativa de resultados de haber concebido FEUERBACH a la pena-fin como pena-justa.

En 1883, sin embargo, renuncia von LISZT a justificar la pena en base a ambos elementos. La pena es sólo finalidad. La pena sirve sólo para garantizar la paz entre los ciudadanos, encontrando en ello su fundamento, y no en aras de la autoridad del Derecho lesionado. La fundamentación de la pena vuelve a ser lo que al principio: una teoría *relativa* de la pena. Los intentos de integrar a KANT en esta tendencia fracasaron (26). Todo lo que después se ha dicho de la pena, y se ha dicho muchísimo, es reproducción de estas posiciones encontradas en una multiplicidad de variantes.

La Historia de la pena es la historia de una gran confusión entre *Praxis* y *Empiria*, conceptos que en KANT y en HEGEL —sobre todo el primero— están perfectamente diferenciados. La idea de *Fines de la pena*, ya desde FEUERBACH, se emplea como *fórmula mágica* que no sólo va a servir para justificarla sino que, además, pretende asegurar un rendimiento *efectivo* en la lucha contra la criminalidad: Si la pena logra el efecto propuesto, sea este atemorizar al delincuente potencial (prevención general) sea resocializarlo (prevención especial), el delito desaparecerá. Por el contrario, una concepción de la pena que no responda a esta idea de *finalidad*, que no vea aquí el fundamento de la pena, no tiene cabida en la sociedad moderna y es pura metafísica —sin pararse a ver que detrás de ello pueda haber una fundamentación radicalmente práctica.

En efecto, para KANT el Estado no es pura metafísica. Ahora bien, tampoco es pura *empírica* en el sentido en que HOBBS entendió el Contrato Social. Como ha dicho Manfred RIEDEL (27), KANT no concibe el Contrato Social como *factum* sino como *norma* —medida de la Sociedad civil en su manifestación histórica. La Constitución burguesa es un *apriori*, la idea de voluntad colectiva, causa y no efecto del pacto social. Lo fascinante de KANT es su concepción normativo-práctica del Estado y sus instituciones (la pena): *La Constitución burguesa no es arbitraria, sino necesaria para la seguridad de los demás y de conformidad a Derecho. Tampoco es la Sociedad la causa de ese estado, sino su efecto. El fundamento práctico soberano del Derecho hace a una Sociedad* (28). HEGEL, por su parte, diferenciando precisamente *Praxis* y *Empiria*, procede a su superación integradora: *La subsistencia y el bienestar del individuo y su destino jurídico están enraizados en el bienestar y el Derecho de todos, en ellos fundamentados y sólo en esta conexión realizados y asegurados* (183) *Grundlinie der Philosophie des Rechts*). Y en el párrafo 187: *Los individuos, como ciudadanos de este Estado, son personas privadas que tienen como finalidad sus propios intereses. Como ha puesto de relieve RIEDEL (29), la finalidad del interés particular de estos ciudadanos privados se toca, sin embargo, en conexión interna con la finalidad de los intereses de todos; por lo que sólo puede alcanzarse si la persona determina su querer y hacer de aquella -forma general-, se confronta como tal con la unión de intereses, -la sociedad- y por su parte —como dice Hegel— se hace un -eslabón- de la cadena que es esta conexión.*

Bajo la *consigna Rehabilitación de la Filosofía práctica*, se han dado cuenta los filósofos europeos del eminente significado práctico de las *Críticas* de Emanuel KANT. Ni KANT ni HEGEL especulan por especular. Al contrario, son muy conscientes de la sociedad en que viven y de la sociedad que están configurando para el futuro. No creo que haya otro extremo de la Filosofía de KANT que haya sido tan mal entendido como su teoría de la pena. En Derecho penal (un capítulo de la Filosofía práctica) no puede hablarse de *rehabilitación*, mejor habría que pensar en un *desagravio*. A esta finalidad, nada será mejor que redescubrirlo, pues los *signos de los tiempos* no sólo han mantenido la validez de su filosofía penal, sino que además aparece como única salida del *cañejón* en que la Teoría de los Fines de la pena hoy se encuentra.

En la Filosofía moral de KANT, la razón pura (independiente de las condiciones naturales del hombre) se transforma en razón práctica mediante la aplicación de los principios de la razón sobre las condiciones del destino humano: existe una primera ley que determina objetivamente como necesaria qué acción debe producirse, ley que determina la conversión de la acción en deber; y un impulso que conecta la autodeterminación subjetiva con la representación de aquella acción (30). El hombre utiliza la razón pura para aprehender la realidad empírica y autolegislar. Razón pura es, por tanto, impensable sin *experiencia*. La experiencia de la razón práctica, por su parte, consiste en el conocimiento de que el hombre ni por naturaleza ni por necesidad está predeterminado a obedecer la ley moral. En suma, *la ley objetiva debe poder ser aplicada a la subjetividad de situaciones típicas humanas* (31). Esta es precisamente la relación que une al Derecho natural con el Derecho positivo: *Existe un concepto general de Derecho, construido de forma analógica, que representa a diversos hombres que se realizan libremente y que deben ser obligados por la ley de su armonización. De tal forma, se llega al Derecho general como libertad acorde con la libertad de los demás conforme a Ley. En esta conexión, aparece la coacción como concepto ajeno, en principio, al concepto de Derecho general* (32).

Frente a esta posición, la de FEUERBACH: la ley jurídica no se deduce de la ley moral. La ley jurídica puede ordenar algo inmoral. Por tanto, será la *coacción* la que atribuya carácter a lo jurídico (33). Por otra parte, es cierto que el hombre — como ser racional — puede aprehender determinados deberes, pero de ahí no puede derivarse el Derecho; lo que sólo puede ocurrir *si también en concreto tiene el hombre esta obligación. El hombre en concreto sólo tiene la obligación que realmente reconoce como tal* (34). En la *Antrittsvorlesung* de 1804, analiza FEUERBACH la relación Derecho racional-Experiencia. La salida a la tensión entre estos dos polos está en su síntesis: lo que es simple ley natural ha de positivarse a través de la experiencia. Como ha concluido KAULBACH (35), *Kant aboga por el espíritu de la ley al que hace jugar contra su letra; Feuerbach habla de una conversión del espíritu en letra*. Para FEUERBACH no basta con el reconocimiento interior, es necesaria la institucionalización para asegurar la confianza en el funcionamiento del Derecho.

El error fundamental de FEUERBACH está en confundir dos funciones distintas del Derecho: la determinación racional de lo justo y la aplicación del Derecho justo (positivo y suprapositivo) a la *empiria*. Por eso, no puede ser útil FEUERBACH para una Política criminal de envergadura como necesitamos hoy, cuando se ha comprobado que no

basta con una Política criminal encaminada a hacer desaparecer el delito *de la faz de la tierra*; que es más importante la identificación del ciudadano con sus leyes (primera función del Derecho penal), pues en su consecución está la posibilidad de superación del Derecho penal como Derecho necesariamente represivo.

Por eso insiste tanto KANT en el *imperativo categórico*, porque es consciente de que sólo a través suya (¡y no con la pena!) puede alcanzarse una superación moral individual y colectiva; y HEGEL, el máximo exponente de la superación del hombre a través de la sociedad. Lo que obsesiona a KANT son los abusos del poder político a que puede llevar una radicalización de las posiciones de FEUERBACH: *Se trata más de los Derechos del hombre que del orden (y la tranquilidad). Se puede fundar un gran orden y tranquilidad mediante la opresión general...* (36). La pena no es para KANT pura retribución metafísica, es la *pena justa*, no manipulable finalmente, que se impone a una persona que se presupone libre (por elemental respeto a la dignidad humana) cuando la sociedad no puede prescindir de la pena. Si la sociedad estuviese en condiciones de prescindir de la pena, por no ser ésta necesaria para asegurar la convivencia, no *tendría inconveniente KANT en renunciar a la misma. Lo inexorable en KANT no es que la pena deba seguir inmediatamente a la lesión del Derecho (perspectiva empírica); el respeto al Derecho justo, positivo o no positivo, no la pena, es el imperativo categórico de KANT.*

Creemos interpretar correctamente a STRATENWERTH, en su afán de mantener el principio de culpabilidad en Derecho penal (basado en la idea de libertad y responsabilidad del hombre) y separar Política criminal y Derecho penal. En esta ocasión, no se trata de responder definitivamente a la pregunta sobre la extensión del juicio de culpabilidad a casos en los que razones de prevención general hacen temer una ampliación excesiva de la exculpación (37): Puesto que no se dan los presupuestos estrictamente jurídicos de la culpabilidad, habrá que absolver; y si la sociedad se resiente ante ello, tanto peor para ésta. No, ese planteamiento no conduciría a nada. Y, por supuesto, tampoco es válido aceptar sin más que razones de prevención general *coloreen* (¿Qué queda de él?) el principio de culpabilidad.

Sin duda, todavía nos falta mucho por saber acerca del principio de culpabilidad, la idea de prevención general y los problemas a que aluden las cuestiones conflictivas del juicio de culpabilidad. Ahora bien, si la Política criminal ha de servir para algo, es para canalizar la prevención general, para indicar sobre cuál de los múltiples aspectos de la *lucha contra el delito* ha de recaer en cada caso el acento. Dicho de otra forma, es posible que en algún momento nos demos cuenta de que en estos casos conflictivos lo justo es exculpar. Entonces, habrá que proyectar la idea de prevención general no sobre el principio de culpabilidad sino sobre la sociedad, que tendrá que aceptar el hecho de la exculpación. Evidentemente, eso comporta un riesgo de desestabilización (por las mismas razones que hoy han llevado a algunos autores a ampliar la culpabilidad a supuestos dudosos). Ciertamente, dependerá de muchos factores (evolución social) que llegado ese momento acepte la sociedad tal solución dogmática pero, a mi manera de ver, el Derecho penal como totalidad podrá jugar un papel fundamental en esa cuestión: como veíamos, no se trata tanto de hacer desaparecer el delito de nuestra sociedad como de conseguir que la infracción de la ley que aquél supone no determine la pérdida de la credibilidad en el Derecho. Sin duda, dicha pérdida es mayor cuando la infracción procede de quien per-

sonalmente había estado en condiciones de evitarla que cuando no fue ese el caso y la infracción no puede ser subjetivamente atribuida. Pero, ¿por qué es menor la pérdida de credibilidad en el Derecho en estos últimos casos? ¡No porque no haya una razón de prevención como ésta se ha entendido hasta ahora! Muy por el contrario, sólo partiendo de la base de que el Derecho penal lo que preferentemente persigue es la cohesión social, podrá comprenderse y aceptarse la exculpación en los casos dudosos aludidos. Si una sociedad tiene a su Derecho penal como propio, como factor de cohesión, no se verá afectada, al contrario, por la exculpación en estos casos.

ARTICULO CUARTO

HEMKEL (38), siguiendo a WELZEL, hace derivar la validez normativa del Derecho de un concepto ético fundamental: *El éthos jurídico*; de esta manera, el legislador no puede dar cualquier contenido a la norma por él creada, estando condicionada su tarea por ese deber superior que vivido como tal por el individuo le va a obligar a respetar la nueva norma. Según WELZEL (39), para que la validez de la norma se fundamente en algo distinto al simple poder ha de estar basada en un orden social que le obligue normativamente. Ahora bien, a lo que ni uno ni otro autor han respondido (*porque para ello no existe ninguna receta de validez general*) es a la pregunta sobre cómo puedan lograrse esos proyectos de sentido para la ordenación de la vida social.

Gerhard DORNSEIFER ha tratado de llenar esa laguna conectando con la Filosofía del Racionalismo crítico (40). Para los autores estudiados por DORNSEIFER (MERKEL, MAX WEBER, ALBERT) y para él mismo, se trata mejor de elaborar el marco que posibilite una valoración realista y crítica del orden actual; lo que estos autores no pueden así evitar es el relativismo y el decisionismo. Por eso, ante el dilema, parten de que no es posible un saber absoluto, y sí una aproximación paulatina a la verdad, lo que no exige más que una *disposición a su búsqueda inflexible* en el marco de un consenso engendrado por el Estado democrático de Derecho que permite mantener las reglas del juego —garantizadas jurídicamente— que aseguran la mayor racionalidad posible dentro de lo consensualmente pensable. En definitiva, *la legitimidad se deriva del proceso de identificación cuya fuerza es el recurso a la libertad de participación garantizada jurídicamente: obligatoriedad de la decisión de la mayoría en un contexto de discusión intelectual y argumentación alternativa*.

La pregunta sobre la fundamentación de los juicios de valor, de las normas (éticas, jurídicas, etc), es uno de los grandes temas de la Filosofía contemporánea. La Filosofía actual realiza el gran esfuerzo de buscar criterios conforme a los cuales poder deducir la validez —verdad o falsedad— de aquellos juicios de valor; lo que hasta ahora sólo se postulaba de predicados. Jürgen HABERMAS (41), en este contexto, ha desarrollado una teoría pragmática de la verdad de gran significado para fundamentar la validez de la norma jurídica y refrende lo que ha sido doctrina tradicional entre juristas para derivar la aplicación de la ley en el proceso de desarrollo del Derecho.

HABERMAS defiende una teoría consensual de la verdad acerca de los juicios de valor, a la que entiende como proceso de comunicación entre sujetos capaces de hablar y de actuar. El punto de vista de HABERMAS, en realidad no es uno consensual, sino *discursivo* (42). Tal discurso no se basa ni en la fuerza lógica de las oraciones ni en hechos empíricos, sino en la *fuerza del mejor argumento o motivación racional* que debe ser aclarada en el marco de una lógica del discurso. La lógica del discurso (en nuestro caso *jurídico*) se diferencia de la lógica formal (lógica jurídica) —que proporciona las reglas de elaboración y transformación de declaraciones con contenidos de valor constantes— y de la lógica trascendente —que investiga los conceptos fundamentales relevantes para la configuración de objetos de posible experiencia (axiología jurídica o, en términos más modernos de nuestra área de investigación, Política criminal). La lógica del discurso es una *lógica pragmática* —que investiga las propiedades formales de conexiones argumentales. La argumentación jurídica no consiste en una serie de conclusiones extraídas por deducción de determinadas premisas preexistentes, sino de *actos de habla*. El paso de un punto de la argumentación a otro no aparece fundamentado ni lógicamente (argumento del Positivismo jurídico) ni empíricamente (argumento de la Sociología criminal, realismo jurídico, etc).

Los criterios proporcionados por la lógica formal no son suficientes para caracterizar la lógica del discurso pragmático. Un argumento puede ser *imposible o necesario* para fundamentar una pretensión de validez, pero el criterio más importante no es ni el uno ni el otro sino el de *posible*; pues es el que proporciona un nuevo contenido sustancial ya que, al fin y al cabo, *un argumento es la fundamentación que ha de motivarnos a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de un mandato, es decir, una valoración* (43).

Constituido el lenguaje de fundamentación, se ha ordenado ya el fenómeno a justificar en un determinado ámbito objetivo. Los predicados fundamentales del sistema lingüístico deciden con qué clase de causas, motivos y fundamentos normativos ha de ser puesto en relación el fenómeno. *La fundamentación no establece una relación entre la premisa (jurídica) y la realidad, sino una coherencia entre varias premisas pertenecientes a un mismo sistema lingüístico.* Por otra parte, y esto es muy importante, el sistema lingüístico elegido decide qué clase de experiencia puede ser tenida por evidente en una determinada conexión argumentativa. Observaciones, encuestas, necesidades, etc, que desearíamos introducir en la argumentación son, a su vez, experiencias *interpretadas*, dependientes del sistema lingüístico. El *principio de la inducción* de HABERMAS permite incluir el hecho nuevo concreto en la hipótesis inicial que ya con anterioridad fue valorada pese a la discontinuidad. El *principio de la universalidad* hace posible el paso de una serie de indicaciones descriptivas (consecuencias y efectos que se derivarán de aplicar la norma para satisfacer las necesidades previstas) a la norma. La inducción y la universalización son posibles puesto que el sistema lingüístico en cuestión presupone cierto tipo de *experiencia* que HABERMAS concibe conforme a los *esquemas cognitivos* a la manera de PIAGET (44). De aquí se derivan también las limitaciones de la inducción pues los datos admitidos proceden de la experiencia realizada *a través* de esos mismos esquemas cognitivos del lenguaje fundamentador, no representando sin más una instancia independiente de control. Por esta razón precisamente, *no puede ser utilizado directamente el dato sociológico en la argumentación jurídica*, frente a lo que recientemente ha pretendido algún sector de la doctrina (45).

Ahora bien, ¿significa lo acabado de exponer que no existe relación alguna entre el lenguaje (jurídico) y la realidad? No, lo único que ocurre es que la inducción garantiza la coherencia de declaraciones dentro de un mismo sistema lingüístico que, en su totalidad, se confronta con la realidad. Un sistema lingüístico es adecuado al ámbito de su objeto en cuanto permite cuestionar la validez de declaraciones *hechas en su seno* y no la fiabilidad de las informaciones o lo atinado de los actos de cognición.

Son muchos los aspectos desde los cuales la teoría acabada de exponer puede ser de gran utilidad para la argumentación jurídica. A algunos nos hemos referido ya. Si el Derecho penal es una fórmula de cohesión social, en cuanto consenso de los ciudadanos para no permitirse a sí mismos determinadas conductas muy desestabilizadoras de la sociedad que forman (por ejemplo, estafar), será algo más que un deseo que la norma que prohíbe estafar se cumpla. La regulación de la estafa en Derecho penal constituye un sistema lingüístico, con sus conceptos y principios; con una hipótesis inicial (la forma más simple de estafar: A exhibe un documento falso del que se deduce un crédito frente a B, que éste satisface llevado del error que A ha provocado; produciéndose la consiguiente pérdida patrimonial de B y el enriquecimiento de A) de la que se deduce la valoración subyacente a la estafa: el engaño encaminado a perjudicar patrimonialmente a terceros es un desvalor jurídico; siempre que me encuentre ante hipótesis asimilables a la inicial estimaré la valoración jurídica negativa consiguiente. La fuerza expansiva interna de la regulación legal de la estafa nos llevará a buscar nuevos contenidos sustanciales: el daño patrimonial, por ejemplo, no consiste en un simple empobrecimiento fáctico de la víctima sino el desvío de una perspectiva de la inversión o una simple necesidad crediti-

cia. Es esta fuerza expansiva de la regulación legal, convertida en lo que podríamos llamar *configuración jurídica de la realidad*, lo que garantiza la función de cohesión de la norma, es decir, la conciencia colectiva de que todo lo subsumible en la estafa va a ser considerado como tal por los Tribunales de justicia.

También es necesario extraer consecuencias de la relación sistema lingüístico-esquema cognitivo-realidad. Hoy, como nunca, se habla de la necesidad de que el jurista práctico adecue su labor de creación y aplicación del Derecho a la realidad. Es entonces cuando, con una simplicidad irritante, se pretende que el dato sociológico sea utilizado *directamente* en la argumentación jurídica. HABERMAS ha puesto también claramente de relieve que ello es inviable, que implica una confusión entre el plano de la *obtención de datos* y el de la *validez de declaraciones*. Tan sólo a través de la conversión del dato en principios y conceptos del sistema lingüístico en cuestión podrá obtener aquél validez para la finalidad que quiere atribuírsele (46).

Con todo, el extremo más importante sobre el que la pretensión de validez de un sistema lingüístico como el jurídico ha de confrontarse es el de su relación con los *destinatarios* del mismo. La norma jurídica es norma de valoración, primero, y norma de *determinación*, después. Ahora nos interesa cómo lleva a cabo la norma su *función de determinación*. En el Derecho contemporáneo Armin KAUFMANN (47) ha estudiado minuciosamente el proceso de *concreción de la norma en deber*. Si, como veíamos, el ser de la norma no es el de una declaración (cierta o falsa) sino el de tener o no tener validez en su actualización dentro del sistema lingüístico donde está ubicada, el individuo debe estar obligado por la norma ya antes de actuar pues si no es así fracasaría el fin motivador de la norma. La norma, por otro lado, no es simplemente un juicio sobre un deber, sino sobre un *deber algo* (hipótesis inicial del esquema de TOULMIN) que se concreta con respecto a un individuo determinado que viene en consideración para el acto concreto objeto de la norma. Y es precisamente de la representación de los hechos que el individuo se ha hecho de donde va a surgir para él el deber que ha devenido la norma. La existencia de la norma devenida deber puede deducirla el obligado bien de su conocimiento directo bien, y esto es lo importante, *a través de sí mismo, es decir en la autodeducción de la norma, en la comprensión de sus fundamentos y del juicio de valor mediante el cual la norma se hace necesaria* (48). A través de la *segunda vía* de acceso al conocimiento de la norma penetra con toda claridad en Derecho penal la necesidad de su *fundamentación* normativa: en cuanto conciencia por parte del individuo de que la comunidad tiene que estar necesariamente reglamentada por su *voluntad* común de los individuos que la componen, lo que hace que su adquisición no se produzca coactivamente sino a través de un conocimiento libre. Lo que por necesidad es heteronomía se convierte en autonomía mediante un acto de autolegislación.

El momento actual del Derecho penal está marcado por su *rechazo*, por una tendencia a convertirlo en Sociología criminal según veíamos; lo que coincide, paradójicamente, con una voluntad de potenciar la pena con criterio de prevención. A este estado de cosas subyace, en mi opinión, una gran confusión. Del fundamento preventivo de la pena ya nos hemos ocupado con anterioridad. Y el rechazo del Derecho penal como totalidad, que coincide con la renuncia a la *teoría de las normas*: la única norma que se reconoce es la norma penal, no soporta una crítica desde las más modernas Ciencias

del hombre. Es erróneo, por ejemplo, suponer que el hombre prescinde de llevar a cabo una conducta delictiva por ser ésta *punible* (pretendida función de motivación del Derecho penal) (49), como si únicamente fuese la pena el mecanismo inhibitor del actuar en contrariedad a Derecho. C.H. von WRIGHT (50) ha puesto claramente de relieve cómo *las reglas secundarias (la norma sacionadora es una norma secundaria) no juegan un papel característico o importante en la explicación de la conducta. Ello es debido a que no son mecanismos para inducir a la gente a hacer cosas.*

Entonces, si no es la pena lo que motiva a los hombres a no infringir la ley, ¿qué es lo que realmente motiva a ello? O, dicho de otra manera, ¿cómo puede desempeñar el Derecho penal su función de cohesión social sino a través de la teoría de las normas que *necesariamente* ha de subyacerle? El hombre actúa conforme a normas, y desde pequeño orienta su comportamiento de esa manera. Cierto que el padre acompaña sus enseñanzas de premios y castigos; pero con ello sólo pretende reforzar la bondad o no de la norma que el niño *ya ha asimilado*, como corrobora la Psicología genética (51). Esa es la forma de estar el hombre en el mundo, y a través de la misma toma contacto con la realidad, transformándola mediante el lenguaje. *El lenguaje (en nuestro caso normativo) es el vehículo por el que el hombre transmite el resultado de sus experiencias de instalación en la naturaleza y en la sociedad. Las ideas reguladoras manifiestan el intento de situar en un horizonte fijo y controlable (la verdad o la justicia, por ejemplo) la plasticidad y ambigüedad con que se presenta la vida humana* (52).

ARTICULO QUINTO

En la actualidad se entiende que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de proteger la coexistencia en sociedad según las directrices de la Constitución. Finalidad del Derecho penal, por tanto, no será la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, cómo ha de dirigir su conducta sino sólo garantizar la seguridad al objeto de que aquéllos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad. Función del Derecho penal es luchar contra comportamiento socialmente dañosos.

Una vez retrotraído el concepto de Bien jurídico protegido en Derecho penal a la Constitución, falta por precisar su *contenido* y, sobre todo, su *determinación*; o sea,

con qué criterios podemos dar por correcto que los Bienes jurídicos que hoy protege nuestro Código penal son acreedores de tal protección. Y, lo que es más importante, en una sociedad como la nuestra —abierta al futuro como no lo ha estado nunca—, ¿de qué criterios disponemos para saber con certeza qué nuevos Bienes jurídicos debemos llevar al Código penal?

Pese a ser el Bien jurídico protegido un concepto de fuerte tradición en Derecho penal ha adolecido siempre de una gran imprecisión teórica en cuanto a la determinación de sus perfiles. Estudios sobre su evolución histórica y la revisión del Derecho penal sexual ante recientes reformas en varios países europeos determinaron un renacer del interés por el tema en los primeros años setenta, lo que ha dado lugar a una animada discusión y, sobre todo, ha permitido constatar que todavía presenta muchas facetas oscuras. El entusiasmo con que algunos autores han acogido los resultados de recientes aportaciones realizadas con un enfoque sociológico es bastante infundado.

A simple vista, puede observarse cómo los estudios llevados a cabo sobre el Bien jurídico han ido encaminados más bien a determinar los límites que el legislador debe respetar para crear nuevos delitos que a aportar criterios que ayuden a encontrar la formulación de los *juicios de valor* que, en definitiva, subyacen a la creación de un nuevo tipo delictivo. En este terreno, ha ocurrido algo muy parecido a lo que veíamos, sucede con el problema de la *validez del Derecho*, de la que aquél es un capítulo: la doctrina no ha sabido o no ha podido proporcionar al legislador criterios concretos que garanticen mínimamente la aceptación de la nueva norma recién creada por sus destinatarios por ser, tener que ser, correcta.

El problema que nos ocupa ha sido claramente caracterizado por STRATENWERTH (53). Mientras que hasta ahora los penalistas se habían conformado con la remisión a la *ética social* —los elementales desvalores ético-sociales de acción (WELZEL) o las convicciones culturales de la sociedad (MAURACH)— ahora, aunque el concepto ético-social de delito siga siendo un elemento crítico del Derecho vigente, sin embargo no debe ser la última instancia en la definición del comportamiento delictivo. Pero, ¿cuál será entonces esa última instancia que nos dé la clave de lo merecedor de punición? A juicio de STRATENWERTH son dos los intentos realizados para controlar *racionalmente* qué deba ser objeto del Derecho penal: la teoría del Bien jurídico desarrollada por los juristas durante todo el siglo XIX y que, según decíamos, experimenta un nuevo renacer a partir de los últimos años sesenta y setenta; y las modernas teorías *críticas de la sociedad* y de los *sistemas sociales*. Mientras que la teoría del Bien jurídico tiene que fracasar en un momento como el actual donde es imposible configurar un orden universalmente válido de donde deducir una teoría del Bien jurídico, las teorías crítica y de los sistemas —que aciertan en intentar configurar las condiciones de la vida comunitaria y la posibilidad de su seguridad mediante normas penales al margen de la teoría del Bien jurídico— se quedan muy lejos de presentar *recetas* concretas para la finalidad perseguida.

En contra del parecer de STRATENWERTH, acabado de exponer, hay que decir que HABERMAS —desde el seno de la teoría crítica de la sociedad—, en un trabajo donde se pregunta por la posibilidad de que sociedades complejas como la nuestra puedan formar una propia *identidad social* (54) ha proporcionado, a mi entender, una

serie de criterios que ciertamente no van a liberar al legislador de tener que *decidir* qué quiere proteger penalmente, pero que efectivamente pueden ser útiles para delimitar un marco más o menos restringido de decisión necesariamente libre.

Una sociedad manifiesta su *identidad* de una forma peculiar: *rindiendo* si no la ha perdido. Hablar de identidad *racional* implica un contenido normativo; una sociedad puede perder su propia o auténtica identidad (55). Según Hegel, es *falsa* la identidad de una sociedad si la unidad del contenido vital de cada uno de los momentos que la componen sólo puede mantenerse por medio de la violencia. Pero, ¿podemos hablar hoy en día de identidad social en este sentido?

Para clarificar el concepto de *identidad social*, se ha servido HABERMAS del desarrollo del *yo* elaborado por la Psicología para explicar la formación de la personalidad y de las fases de *evolución social* estudiadas por la Antropología y Sociología contemporáneas.

En Psicología sólo puede hablarse de identidad si el individuo ha tomado conciencia de su *yo*. *La identidad no es simplemente atribuida*. Existe identidad cuando la persona posee una capacidad subjetiva conforme a la cual permanece idéntica a sí misma pese a un eventual cambio profundo de su personalidad — cuando ha de responder a situaciones contradictorias. Los elementos de dicha autoidentificación han de ser intersubjetivamente aceptados. En definitiva, *el autodiferenciarse de los demás debe ser reconocido por éstos*. Este proceso tiene lugar en el seno del grupo. La autoidentidad del adulto se distingue de la del niño y el adolescente en su capacidad de construir nuevas identidades integrando a su vez las superadas por él, y de esa forma organizar sus interacciones en una historia vital inalterable. Es precisamente tal identidad la que posibilita su autonomía e individualidad. En la identidad del *yo* se expresa ya la relación que une al individuo con otros individuos como sus iguales y a la vez le diferencia de los demás — lo que en su día formuló Hegel. HABERMAS ha caracterizado de la siguiente manera la identidad del *yo*: *Sólo una moral universal que genere normas generales (e intereses también generalizables) podrá ser defendida con buenas razones como racional; y sólo el concepto identidad del yo — que asegure la libertad e individualidad de cada uno en nuestro complejo sistema de roles — podrá proporcionar hoy una orientación aceptable para los procesos educativos* (56).

Modernas investigaciones de Antropología y Sociología han permitido detectar los estadios de la formación histórica de identidad del *yo* y del grupo. En las *sociedades arcaicas*, estructuradas según el parentesco y la descendencia, la visión mítica del mundo supone una antropomorfización de la naturaleza que corre pareja con la naturalización de la vida colectiva a través de la magia, en donde todo está relacionado y tiene su lugar adecuado; por eso, en esta etapa de la historia de la humanidad no pueden surgir problemas de identidad al no existir una *diferenciación entre lo particular, lo singular y lo general*. En cambio, las *antiguas culturas desarrolladas*, al disponer de Estados, Monarquías y Ciudades que requieren una organización política, van a necesitar una justificación; justificación que buscan en interpretaciones religiosas y rituales. De esta manera, los dioses de las religiones politeístas toman forma humana, es decir, actúan arbitrariamente, disponen sobre determinados ámbitos de la vida y sucumben ante la necesidad del destino. Es en esta fase cuando comienza una tímida desacraliza-

ción de la naturaleza y una independencia formal de las instituciones políticas frente al orden cósmico —con la consiguiente necesidad de interpretar la *casualidad*. En consecuencia, surgen nuevas formas de relación entre el hombre y la divinidad de las que aquél emerge ordenando las fuerzas de la naturaleza y *desarrollando una identidad*. La comunidad concreta aparece como lo especial dentro del orden cósmico y se diferencia —de otra parte— del individuo particular, evitándose así que aquella identidad centrada en el mundo político pudiese ser perturbada. Son las grandes religiones del mundo, especialmente el cristianismo, las que crean la primera pretensión de validez universal —de tal manera que Dios permite la formación de una identidad del yo al margen de toda norma o rol. Este yo, concebido como ser completo individual con un alma inmortal, abre paso por primera vez en la historia de la humanidad a la idea de libertad (HEGEL, *Enzyklopadie* 482).

Ciertamente, las *antiguas culturas desarrolladas* están constituidas por sociedades con grandes desigualdades de poder y de riqueza; por eso, necesitaban instancias que armonizaran la pretensión de universalidad que representa la comunidad de fieles a la que todos los hombres pertenecen con el orden político existente y sus grandes desigualdades, lo que sería tarea de las *ideologías* —que *deben compensar la desigualdad estructural entre la identidad colectiva de un Estado concreto y la identidad—yo exigida en el marco de la comunidad universal*. La conciencia de este grave problema de identidad sólo surge con la *modernidad*, porque hasta entonces las interpretaciones religiosas cumplían una finalidad integradora, existía el señuelo de convertir a los no creyentes a la religión verdadera y, sobre todo, la teoría de los dos reinos permitió en Occidente una tensa coalición entre la Iglesia y el Poder temporal; factores todos que representaron un muro de contención al problema. Con el surgir de la *modernidad*, sin embargo, todos estos mecanismos se desmoronaron. Al final sólo queda el núcleo de una moral universal; y, como consecuencia, la necesaria dualidad existente todavía entre la identidad del yo —orientada a estructuras universales— y la identidad colectiva, representada por el Pueblo o el Estado.

Son estas consideraciones —el hombre se ha independizado de la naturaleza exterior, de la sociedad y de su propia naturaleza interior— las que hacen de las *sociedad moderna* un Estado constitucional soberano que ha encontrado su *identidad racional*. Por eso es Hegel un contemporáneo. Función de la Filosofía práctica —del Derecho en nuestro caso— será entonces entender a esta identidad como una identidad fundada en la razón de los hombres libres. HABERMAS, sin embargo, ha aludido a los *males* que aquejan al hombre de hoy y pueden hacer aparecer como *cínico* el presupuesto de libertad acabado de exponer: 1. Que el Estado real dista mucho de ese Estado constitucional ideal descrito; 2. Que el Estado no es soberano en la comunidad de naciones; 3. Que hoy por hoy es inviable una identidad dentro de la sociedad mundial; 4. Que en los últimos ciento cincuenta años, dos colectividades —la nación y el partido— han sido capaces de crear la *identidad social* que no ha logrado alcanzar el Estado constitucional (57). La pregunta que inmediatamente surge es la de si ello es suficiente para *tirar por la borda* la aportación hegeliana; HABERMAS, que se ha formulado esta cuestión, llega a la conclusión de que si bien el modelo no sigue estando vigente sí lo está la pretensión de una nueva identidad que tenga validez para sociedades

complejas y estructuradas del yo universalistas como las actuales. Los puntos de vista conforme a los que proceder a su elaboración son muy ilustrativos para la Política criminal del Bien jurídico protegido que aquí queremos esbozar.

La *identidad universalista* propuesta puede ser caracterizada en tres grandes planos —referidos siempre a las complejas sociedades actuales: 1. La identidad colectiva se basa en la reflexión sobre la igualdad de oportunidades para todos los que participan en el proceso de comunicación social democrática —en cuyo seno la formación de la propia identidad se entiende como continuo proceso de aprendizaje. Dicho proceso de comunicación adopta la forma de un discurso preciso, institucionalizado, arquetipo de lo cual es el mundo del Derecho; mientras que la realidad no lo es tal, introduciendo un momento de movilidad. Esa realidad *subcutánea* se resiste cada vez más al encorsetamiento conforme a moldes institucionalizados y aspira a influir directamente la praxis vital. Un ejemplo de esta tendencia puede constituirlo el arte moderno; pero también la consideración de la enfermedad mental como fenómeno no patológico y del delito como categoría no moral. Y, sobre todo, la desestatalización de la política. En definitiva, de lo que se trata es de *descodificar* cada vez más sectores de realización personal de individuo. En lugar de reglamentación, comunicación. 2. Esta identidad post-convencional va acompañada de una moral también universalista, no formalizada, acuñada según la norma fundamental de comunicación racional. Tal identidad ciertamente no necesita de un contenido fijo, pero sí de un contenido. El contenido puede ser el mismo contenido tradicional, distinguiéndose sin embargo por su *capacidad de ser revisado continuamente*. La revisión se lleva a cabo en parte mediante la interpretación y reconstrucción filosófica, reflexiva, de la tradición; y en parte mediante la interpretación global de las grandes ideas sobre la esencia del hombre: lucha de clases, evolución humana, inconsciente; pero también los Derechos del hombre. Aquí se insertan las teorías criticadas por STRATENWERTH. Ciertamente, son interpretaciones globales que no permiten deducir un orden racional infalible, pero pueden servir para *detectar la formación de una identidad falsa*, de repercusiones —como se ha visto en la historia de la humanidad— siempre dolorosas. El hombre, en este contexto, aparece situado con un pie en la tradición y con el otro en el vacío que representa su apertura al futuro. 3. Precisamente a la hora de planificar, se ponen de relieve las limitaciones del sistema. Si todo tuviera que partir de cero, sería imposible formar y mantener una identidad social. HABERMAS ha puesto de relieve lo difícil que es llegar al convencimiento de que lo planificado responde a la identidad ya formada, pero no ha renunciado a responder esta cuestión (58). Por ejemplo, los planes de estudio no pueden reducirse hoy a reproducir tradiciones, pues también hay que enseñar que todo podría ser de otra manera. Por tanto, el momento de seguridad buscado lo proporcionará la propia reflexión sobre qué debe ser modificado y qué no. Entonces, la aceptación de la no modificación no estará basada en una transmisión acrítica sino en su revisión racional. En esa revisión no sólo deben tomar parte los burócratas de la planificación sino también padres, profesores, alumnos y otras instancias no formalizadas. En definitiva, la argumentación actuará como *filtro* de la tradición. El cambio, de producirse, a su vez, no puede operarse ni burocrática ni violentamente, sino a través de un proceso de comunicación que elabore estructuras valorativas y normativas nuevas. Esa será, en síntesis

la identidad de una sociedad sin prejuicios.

No pretendemos ahora desarrollar una teoría completa sobre el Bien jurídico en Derecho penal. Sí, en cambio, poner de relieve cómo ordenar determinadas tendencias que pueden detectarse en la actualidad, en y fuera del Derecho penal acerca de la pena.

Un criterio compartido por muchos penalistas en la actualidad es el de la progresiva desaparición del Derecho penal. Se ha dicho que la historia del Derecho penal es la historia de su paulatina extinción. Esto, que en su día pretendió ser un diagnóstico sobre la *realidad* del Derecho penal, no puede hoy ser compartido, como lo prueba la tendencia irracional común a diversos países europeos —entre ellos el nuestro— a crear nuevas figuras delictivas de tangibilidad más que dudosa. Ahora bien, la declaración —si no quiere ser una *frase hecha*— ha de ser entendida como *aspiración*, como vía encaminada a una meta utópica: la desaparición del Derecho penal y la solución de los problemas sociales con otros medios más racionales que la pena. Desde que el Derecho penal dejó de pretender ser titular de la justicia *absoluta* (¿Lo ha sido alguna vez sino en la mente de los juristas?) nadie parece que quiera ni pueda admitir y compartir dicha aspiración. Por otra parte, si la institución de la pena únicamente se fundamenta sobre su *necesariedad* (59), por ser imprescindible en evitación de males mayores, tenemos ya dos criterios básicos sobre los que articular una Política criminal *racional* del Bien jurídico protegido.

1. — En la duda sobre la creación de nuevos Bienes jurídicos a proteger penalmente, debemos inclinarnos por su rechazo. Si estamos en contra de la pena, ante nuevos problemas sociales nunca resueltos con el Derecho penal debemos prescindir de él (60). Esta conclusión se corresponde con el primer criterio de nueva identidad propuesto por HABERMAS. Se trata de *descodificar* los nuevos problemas sociales y resolverlos con medios distintos a la pena; en nuestro caso, la criminalidad, de plantear estrategias encaminadas a evitar la raíz de los problemas de donde surge la criminalidad y, sobre todo, al tratamiento y la asistencia social —especialmente en el ámbito de la delincuencia juvenil y respecto a los delincuentes mentalmente anormales. 2. — Toda pretensión de reducir lo que podríamos llamar *derecho penal clásico*, que sin negar la constancia del Bien jurídico protegido se quiere recortar por razones sociológicas —en base a criterios cuantitativos (61)— implica a la totalidad del Bien jurídico, al crearse inseguridad jurídica sobre los límites entre lo prohibido y lo permitido. La despenalización de sectores de un Bien jurídico deteriora la imagen social del resto de ese Bien que se quiere mantener. Los problemas, sin duda existentes, a que responde tal recorte del Bien jurídico pueden ser resueltos en otros ámbitos de la teoría del delito —causas de justificación y exculpación— pero nunca por medio de la desincriminación. Como HABERMAS ha puesto claramente de relieve, se trata de revisar continuamente los contenidos tradicionales de identidad —en nuestro caso la configuración actual del Derecho penal y sus sistema de Bienes jurídicos protegidos— con los que no se puede romper si no queremos perder una identidad basada necesariamente a la vez en la tradición y el cambio. 3. — Con todo, el problema más grave en torno al Bien jurídico no se ha expuesto todavía. Si nos fijamos bien en las cuestiones que hoy preocupan a los penalistas y a la sociedad, veremos que son aquéllas que obligan a ver al Bien jurídico como algo no es-

tático, como una realidad social que se modifica constantemente y que, a primera vista, parece no presagiar nada bueno para el futuro de esta sociedad, dirigida poco a poco hacia su autodesintegración. Se trata de aquellos ámbitos donde manteniéndose el fundamento de protección del Bien jurídico tradicional, sin embargo han cambiado —no desaparecido— los contenidos de deber cuya infracción lesiona el Bien jurídico. Aquí, el cambio normativo parece consistir en la total desaparición de normas ético-sociales y, de ahí, la renuncia a la protección de Bienes jurídicos evidentemente valiosos para esta sociedad (62). Esto no es cierto. Se trata mejor de una mayor aproximación a la situación concreta donde el individuo tiene que actuar —siempre conforme a un código ético—; la diferencia está en que a partir de ahora el hombre no tendrá que elegir entre colocarse con el ordenamiento jurídico y en contra de su conciencia, al haberse producido la deseada aproximación entre ambos (63). Este problema pone de relieve algo muy importante del esquema de HABERMAS. Cuando se ha experimentado un cambio de los criterios valorativos de la sociedad que han determinado nuevos contenidos normativos de ética social, el legislador penal no puede *cerrar los ojos* si quiere ser respetado en sus mandatos, pues nunca va a motivar mediante sanciones a quien se sabe obligado por normas del deber ser moral anterior a todo mandato del legislador de Derecho positivo. De esta cuestión, real, debe separarse la del descubrimiento de toda una superestructura que se superpone al núcleo de Bienes jurídicos tradicionales. Así, a las personas y sus bienes se superpone el medio ambiente, al patrimonio de las personas el orden socioeconómico, a la lesión o destrucción de la vida humana el peligro de lesión, etc, etc (64). Aquí no basta el argumento de *justicia social*. (¡Ya va siendo hora de que también los ricos vayan a la cárcel!) frente a lo que no es si no una auténtica *inflación* del Derecho penal —por todos rechazada en principio; cuando, además, no corresponde al Derecho penal asumir tareas pertenecientes a otros sectores del ordenamiento jurídico en el marco de una Política social determinada.

ARTICULO SEXTO:

No queremos terminar la exposición sin recapitular las consecuencias a extraer de la confrontación con las Ciencias sociales a que hemos pasado revista. El plano prejurídico en que nos hemos situado nos permite aclarar los siguientes extremos: 1. — Qué es el Derecho penal; 2. — Qué no debe ser; 3. — Para qué sirve a la sociedad. 1. — Ha debido quedar claro, sobre todo a través de la crítica a la *nueva* Criminología, que el Derecho penal como instancia objetiva de definición de la criminalidad es un recurso social mediante el que se puede conseguir cohesión social, en cuanto los individuos que componen la comunidad toman conciencia colectiva de que la sociedad que forman no puede subsistir sin el compromiso de respeto a las condiciones mínimas de

convivencia. Conceptual y metodológicamente es posible la configuración objetiva e imparcial de la criminalidad. Negar *a priori* la posibilidad de que la norma sea objetiva es negar la posibilidad de un orden racional. Precisamente el convencer argumentativamente es la única forma racional de aceptación, de validez, del Derecho. El Derecho penal es una *convención* sobre la desaprobación de determinados actos humanos. De aquí se derivan también las *limitaciones* del Derecho como instrumento de lucha contra el delito. En efecto, si bien el Derecho es el mejor medio que los individuos civilizados tienen para vivir en sociedad, es necesario reconocer su *fragilidad*, porque no está situado más allá de los hombres, porque es una convención que las personas que forman una sociedad civil se dan a sí mismas. En dicha fragilidad está la grandeza y la miseria del Derecho. Su grandeza, porque al no poder acudir a argumento de autoridad alguno sólo puede estar fundamentado en la *racionalidad*. Su miseria, porque mal utilizado es un magnífico instrumento de opresión — como bien saben los dictadores de todos los tiempos. El único fundamento de validez del Derecho penal es la aceptación o, mejor, *aceptabilidad*, en base a su racionalidad. Los sociólogos han demostrado que el delito como hecho aislado no daña a la sociedad; que, por el contrario, su persecución y condena contribuyen a aumentar la confianza en las leyes. La *credibilidad*, sin embargo, se pierde cuando el ciudadano siente que las instancias de control policial y judicial son impotentes frente al delito, y cuando el legislador deja de punir zonas de comportamiento que caen de lleno o están muy próximas a lo desvalorado.

2. — Poco debería quedar por decir sobre lo que el Derecho penal no es, no debe ser, tras exponer qué deba ser. Sin embargo, es necesario corregir algunos equívocos en que hemos incidido los juristas (debido en parte a una lecturas incorrecta de las Ciencias sociales). El Derecho penal no debe ser *ingeniería social*, entendida como aparato de lucha contra la delincuencia encaminado *empíricamente* a hacer desaparecer el delito y, conforme a los resultados medir su eficacia. Este planteamiento olvida lo fundamental acerca del Derecho. Esencial al Derecho penal es la cohesión social alcanzada mediante la descripción de lo prohibido. Cierto que un aumento repentino de las cotas de criminalidad determina una alarma que puede poner en peligro el orden social. Cierto que ese puede ser el principio del fin. Pero al fin es la conciencia de que el Estado no representa orden social alguno, que los demás ciudadanos tampoco se sienten identificados con el Estado como elemento esencial de cohesión social. El Derecho penal entendido empíricamente como lucha contra la criminalidad representa la *patología* del auténtico Derecho penal. Cuando tiene que intervenir la pena, estamos ante la prueba evidente de que el Derecho penal ha fallado en su primera y principal función: motivar al ciudadano a respetar los mandatos del Estado, que prohíbe aquello que daña a la sociedad. Ahora bien, así como el éxito del Derecho penal no debe verse en su efectiva intimidación y resocialización (lo ideal sería que el Estado no tuviese la necesidad de andar atemorizando y tutelando a sus ciudadanos como si de niños pequeños se tratase), tampoco puede verse su fracaso en la constatación de que el Derecho penal no logra los efectos de intimidación y resocialización (la absoluta desaparición del delito). Al contrario, puesto que el Derecho penal es orden social compartido, tendrá en sí mismo su propia posibilidad de superación. Mientras más identificados estén los ciudadanos con sus leyes, lo que contribuirá a su madurez ético-social, menos se verán

tentados de acudir a la pena para combatir el delito, y preferirán enfrentarse a él con otros medios (tratamiento o asistencia social). Mientras tanto, debemos aceptar la pena sin *avergonzarnos* de ello; y tratar de persuadir a la sociedad de que el Estado no pierde ni un ápice de su afectividad frente al desafío del delito si en determinados casos acude a sustitutivos de la cárcel, a fórmulas que favorezcan la reinserción social de individuos inadaptados que han delinquido, aunque ello nos cueste dinero y tolerancia. La resocialización, en muchos casos, será la mejor forma de prevenir el delito; y en eso estamos interesados todos.

3. — Cuando nos preguntamos para qué sirve el Derecho penal a la sociedad, tratamos de dar respuesta a la función que tanto el jurista práctico como el teórico han de desempeñar. El sistema de Derecho penal, donde confluyen el legislador, la jurisprudencia y la doctrina científica determina una *configuración jurídica de la realidad social*. Cuando un tribunal de justicia, o la doctrina de manos de una sentencia o por pura especulación, tienen que enfrentarse con una cuestión decisiva para la punibilidad de una conducta, ¿qué están haciendo realmente? Pues están concretando lo que en abstracto se contiene ya en la ley, están llevando hasta sus últimas consecuencias sus mandatos; lo que no habría ocurrido si doctrina y jurisprudencia no hubiesen tenido la sensibilidad suficiente para comprender el mandato del legislador, *necesariamente* abstracto. Esta actividad es la que crea *seguridad jurídica*. Por supuesto que cabrán diversas interpretaciones, en favor y en contra de la punición. Sin embargo, lo importante es plantear el problema y argumentar en favor y en contra. Ese es el camino de la seguridad jurídica; porque si ni jurisprudencia ni doctrina ven el problema, cualquier individuo que se encuentre en esa situación desconfiará de la regulación legal de la cuestión pues considerará su caso equiparable a otro resuelto como tal, con lo que su confianza en el ordenamiento jurídico se resquebrajará. En suma, como ya hemos tenido ocasión de repetir varias veces, lo que está en juego es la determinación de los límites que condicionan la libertad de movimiento de todos los ciudadanos en aras de la estabilidad de la sociedad que forman. En la medida en que precisemos al máximo esos límites, no sólo el legislador sino también jurisprudencia y doctrina, habremos realizado los valores conforme a los cuales queremos regir nuestra convivencia. En tanto no sea así, estaremos en peligro de perder nuestra identidad social y, por tanto, la base de nuestra vida en común. El Derecho penal, con serlo, es algo más que pura retribución punitiva.

NOTAS.

(1) La tesis fundamental del LABELING—APPROACH es que el objeto de estudio de la nueva Criminología no debe ser, como hasta ahora, el hecho delictivo y su autor sino los mecanismos, las instancias de control social, que deciden qué es delictivo. Son precisamente aquéllas quienes -etiquetan- como delictivo el comportamiento de determinados grupos sociales. La prueba que aducen para el -cambio de paradigma- es que la cuota de participación en hechos delictivos está igualmente repartida entre los distintos sectores de la población, mientras que sólo algunos son realmente perseguidos. Entre tanto se ha comprobado empíricamente que la tesis puede ser válida respecto a hechos delictivos de escasa gravedad, no siendo sostenible a medida que la gravedad de los mismos es mayor. FRITZ SACK, PROBLEME DER KRIMINALSOZIOLOGIE, en R. KONIG (Hrg) Handbuch der empirischen Sozialforschung, vol. 12º, 2 ed. Stuttgart 1978 (págs. 192-492), pág. 287-309.

(2) H. SCHULTZ, KRIMINALPOLITISCHE BEMERKUNGEN ZUM ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES, E. 1962, Juristenzeitung (JZ) 1966 (págs. 113-123), pág. 114 y 115. Cfr. ALTERNATIV—ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES, Parte general editado por J. Baumann y otros, Tübingen 1966, pág. 29.

(3) Esta orientación se plantea la existencia o validez del Derecho como Derecho positivo; o sea, en cuanto es respetado por sus destinatarios y aplicado por los órganos de administración de justicia. Según N. HOERSTER, GRUNDTHESEN ANALYTISCHER RECHTSTHEORIE, en Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, tomo II, 1972, págs. 115-132, pág. 125. EL CONCEPTO DE DERECHO HA DE SER ENTENDIDO EN DEFINITIVA EN EL SENTIDO DE DERECHO POSITIVO VIGENTE DE UNA COMUNIDAD POLITICA EXISTENTE EN LA REALIDAD EMPIRICA. Con ello, sin embargo, no se ha respondido todavía a la pregunta por la necesidad del Derecho, que es la última cuestión que un jurista pragmático ha de formularse. Ciertamente, no podía pasar esto por alto a un filósofo como HART, como puede deducirse de su filosofía de la -supervivencia: el Derecho contiene un mínimo moral, el mínimo necesario para la supervivencia de una sociedad compuesta de hombres débiles como la nuestra. Pero a lo más que llega HART es a imaginarse una sociedad lo suficientemente perfecta como para que preceptos morales y jurídicos del tipo -No matarás- resultasen innecesarios (H.L.A. HART, DER BEGRIFF DES RECHTS, Frankfurt 1973, pág. 268). Por qué haya que responder a la infracción de determinados mandatos con sanciones penales no parece interesarles a estos autores. Al contrario, si de la pena se trata, sólo habrá que atender a su utilidad; lo que un jurista analítico no va a admitir es que la pena no reporte más utilidad que daño. Constatada la utilidad, la pena está ya justificada. Cfr. HART, PROLEGOMENA ZU EINER THEORIE DER STRAFE, en Recht und Moral (Hrg. N. Hoerster), Göttingen 1971 (págs. 58-86), pág. 69.

(4) W. NAUCKE, ZUR LEHRE VOM STRAFBAREN BETRUG. EIN BEITRAG ZUM VERHALTNIS VON STRAFRECHTSDOGMATIK UND KRIMINOLOGIE, Berlin 1964, pág. 16.

(5) NAUCKE, STRAFBAREN BETRUG, pág. 31-32.

(6) G. KAISER, MODERNE KRIMINOLOGIE UND IHRE KRITIKER, en A. Mergen (hrg) Kriminologie-morgen, Hamburg 1964, págs. 65-99.

(7) KAISE, MODERNE KRIMINOLOGIE, pág. 86. En el mismo sentido, SACK, KRIMINALSOZIOLOGIE, pág. 275.

(8) Cfr. KAISER, AUFGABE, RICHTUNGEN, ROLLE UND ANWENDUNG DER KRIMINOLOGIE, en KAISER/SCHOCH, Kriminologie. Jugendstrafrecht. Strafvollzug, München 1979, pág. 13.

(9) La creación de una nueva figura delictiva que sancione representaciones de violencia en los medios de comunicación de masa, ha encontrado serias críticas de los criminólogos, pues investigaciones psicológicas y sociológicas no permiten una respuesta diáfana a la pregunta de si aquéllas determinan directamente la agresividad del televidente; que la representación violenta determine la agresividad o la frene dependerá de condiciones personales del espectador. No se ha podido constatar una conexión monocausal entre violencia y agresividad.

(10) Investigaciones empíricas realizadas ponen de relieve que la eficacia real de las sanciones penales es la misma (alcanza casi el 60%) en todas ellas. Esto ha inducido a los criminólogos a cuestionar su permutabilidad, ya que de ahí no se deriva peligro alguno de pérdida de su eficacia. De esta forma se podrá determinar y medir la sanción conforme a los principios constitucionales de proporcionalidad y necesidad. Piénsese en la utilidad que puede tener para la no desocialización del delincuente la sustitución de penas cortas privativas de libertad por penas pecuniarias.

- (11) *Las técnicas de aproximación a este tema han de basarse en cuestionarios sobre la sensación de seguridad del ciudadano, sobre su opinión acerca de la validez de la norma penal y, sobre todo, sobre su confianza en la efectividad de la persecución policial y justicia penal.*
- (12) Cfr. L. KUHNEN, *DIE OBJEKTIVITÄT VON RECHTSNORMEN. ZUR KRITIK DES RADIKALEN LABELING APPROACH IN DER KRIMINALSOZIOLOGIE*, Frankfurt 1978, pág. 8-10.
- (13) K—D. OPP, *DIE ALTE UND DIE NEUE KRIMINALSOZIOLOGIE. EINE KRITISCHE ANALYSE EINIGER THESEN DES LABELING APPROACH*, en *Kriminologische Journal* 1972, págs. 32-50.
- (14) Cfr. H. GOPPINGER, *KRIMINOLOGIE*, 3 ed. München 1976, pág. 48-51.
- (15) MUHLEN, *OBJEKTIVITÄT VON RECHTSNORMEN*, pág. 14.
- (16) L. WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHISCHE UNTERSUCHUNGEN*, Frankfurt 1967, 43 ha demostrado que si disponemos de criterios que permiten distinguir aplicaciones correctas e incorrectas de las reglas sin necesidad de remontarse a otras: mediante una praxis general de aplicación de las mismas. E. v. SAVIGNY, *DIE PHILOSOPHIE DER NORMALEN SPRACHE*, 2 ed. Frankfurt 1974, pág. 270 considera que es convencionalmente correcto constatar un comportamiento en una situación si en los grupos más relevantes de casos es válido constatar -ese- comportamiento en -esa- situación.
- (17) Cfr. KUHNEN, *OBJEKTIVITÄT VON RECHTSNORMEN*, pág. 97.
- (18) P. SCHIFFAUER, *WORTBEDEUTUNG UND RECHTSERKENNTNIS. ENTWICKELT AUF HAND EINER STUDIE ZUM VERHALTNIS VON VERFASSUNGSKONFORMER AUSLEGUNG UND ANALOGIE*, Berlin 1979, pág. 116.
- (19) Cfr. A. KAUFMANN, *PROBLEME RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN ERKENNENS AM BEISPIEL DES STRAFRECHTS*, Unieversitätstage 1962, Berlin 1962, págs. 145-156.
- (20) *La Ciencia europea del Derecho, incluso en los momentos de máximo furor positivista, nunca ha dejado de partir de tales presupuestos.*
- (21) SACK, *KRIMINALSOZIOLOGIE*, pág. 391.
- (22) Cfr. H. HOFMANN, *LEGITIMITÄT UND RECHTSGELTUNG. VERFASSUNGSTHEORETISCHE BEMERKUNGEN ZU EINEM PROBLEM DER STAATSLHRE UND DER RECHTSPHILOSOPHIE*, Berlin 1976, pág. 13-24.
- (23) NAUCKE, *UBER DEN EINFLUSS KANTS AUF THEORIE UND PRAXIS DES STRAFRECHTS IM 19. JAHRHUNDERT*, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert* (Hrg. J. Blühdorn y J. Ritter) Frankfurt 1969, págs. 27-48.
- (24) NAUCKE, *EINFLUSS KANTS*, pág. 35.
- (25) NAUCKE, *EINFLUSS KANTS*, pág. 42.
- (26) NAUCKE, *EINFLUSS KANTS*, pág. 43.
- (27) H. RIEDEL *HERRSCHAFT UND GESELLSCHAFT. ZUM LEGITIMATIONSPROBLEM DES POLITISCHEN IN DER PHILOSOPHIE*, en Z. Batscha (hrg) *Materialien zu Kants Rechtsphilosophie*, Frankfurt 1976, págs. 125-148, pág. 137.
- (28) E. KANT, *SCHRIFTEN*, Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1902 y siguientes, tomo IV, pág. 232 (Einleitung in die Rechtslehre E).
- (29) RIEDEL, *HEGELS BURGERLICHE GESELLSCHAFT UND DAS PROBLEM IHRES GESCHICHTLICHEN URSPRUNG*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (48) 1962, págs. 539-566, pág. 559.
- (30) Cfr. F. KAULBACH, *NATURRECHT UND ERFAHRUNGSBEGRIFF IM ZEICHEN DER ANWENDUNG DER KANTISCHEN RECHTSPHILOSOPHIE; DARGESTELLT AN DER THESEN P. J. A. FEUERBACH*, en *Materialien*, págs. 193-205, pág. 193-194.
- (31) KAULBACH, *NATURRECHT U. ERFAHRUNGSBEGRIFF*, pág. 195-196.
- (32) KAULBACH, *NATURRECHT U. ERFAHRUNGSBEGRIFF*, pág. 197.
- (33) P. J. A. FEUERBACH, *KRITIK DES NATURLICHEN RECHTS ALS PROPÄDEUTIK ZU EINER WISSENSCHAFT DER NATURLICHEN RECHTE*, Altona 1796.
- (34) KAULBACH, *NATURRECHT U. ERFAHRUNGSBEGRIFF*, pág. 199.
- (35) KAULBACH, *NATURRECHT U. ERFAHRUNGSBEGRIFF*, págs. 203. Cfr. FEUERBACH, *UBER PHILOSOPHIE UND EMPIRIE IN IHREM VERHALTNIS ZUR POSITIVEN RECHTSWISSENSCHAFT*, reeditado en FEUERBACH/MITTERMAIER, *THEORIE DER ERFAHRUNG IN DER RECHTSWISSENSCHAFT DES 19. JAHRHUNDERTS. ZWEI METHODISCHE SCHRIFTEN* (con una introducción de K. Lüderssen), Frankfurt 1969 págs. 59-100.

- (36) *En Kant-Ausgabe der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, tomo XV, pág. 612, núm. 1401 (recogido en *Materialien*, AUSWAHL AUS DEN REFLEXIONEN, VORARBEITEN UND BRIEFEN KANTS, pág. 38).
- (37) Alude STRATENWERTH, *DIE ZUKUNFT DES STRAFRECHTLIEN SCHULDPRINZIPIES*, Heidelberg 1977 a los supuestos donde la respuesta negativa al juicio de culpabilidad (el autor pudo haber actuado de conformidad a Derecho) va a provocar una reacción negativa de la sociedad. Este fenómeno suele darse ante crímenes -monstruosos- donde el tribunal considera de enfermedad mental la conducta del autor.
- (38) H. HEMKEL, *EINFUHRUNG IN DIE RECHTSPHILOSOPHIE. GRUNDLAGEN DES RECHTS*, 2 ed. München 1977, pág. 561.
- (39) H. WELZEL, *MACHT UND RECHT. RECHTSPFLICHT UND RECHTSGELTUNG*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin 1975, págs. 287-296, pág. 295.
- (40) G. DORNSEIFER, *RECHTSTHEORIE UND STRAFRECHTSDOGMATIK ADOLF MERKELS. EIN BEITRAG ZUM REALISMUS IN DER JURISPRUDENZ*, Berlin 1979, págs. 75-81.
- (41) HABERMAS, *WAHRHEITSTHEORIE*, en *Wirklichkeit und Reflexion*, Walter Schulz zum 60. Geburtstag (Hrg. H. Fahrenbach), Pfullingen 1973, págs. 211-265. Como introducción a la obra de Habermas pueden confrontarse: E. M. UREÑA, *LA TEORIA CRITICA DE LA SOCIEDAD DE HABERMAS. LA CRISIS DE LA SOCIEDAD INDUSTRIALIZADA*, Madrid 1978; y R. GABAS, *J. HABERMAS: DOMINIO TECNICO Y COMUNIDAD LINGUISTICA*, Barcelona 1980.
- (42) El propio HABERMAS, *WAHRHEITSTHEORIE*, pág. 239-240 ha criticado a las propias teorías consensuales.
- (43) Sobre la aplicación que HABERMAS hace del esquema de Toulmin (USES OR ARGUMENT) cfr. GABAS, *J. HABERMAS*, págs. 241-245.
- (44) HABERMAS, *WAHRHEITSTHEORIE*, pág. 246.
- (45) Tras unos años de infundado optimismo en que se pensó en una fácil y superficial síntesis del pensamiento normativo con el sociológico, hoy — más realístamente— se resaltan las dificultades y quién sabe si no deseada confusión. En cualquier caso la confrontación ha sido útil para delimitar ambas formas argumentativas. Cfr. desde el prisma de la Sociología, SACK, *DIE CHANCEN DER KOOPERATION ZWISCHEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT UN KRIMINOLOGIE — PROBLEME UND OFFENE FRAGEN*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1.* (ed. por K. Lüderssen y F. Sack), Frankfurt 1975, págs. 346-385.
- (46) ¿No subyacerá a los postulados de Política criminal propugnados en torno a la desincriminación del aborto un cambio en la valoración de su Bien jurídico protegido?
- (47) A. KAUFMANN, *TEORIA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMATICA PENAL MODERNA* (trad. del alemán por E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de la obra *LEBENDIGES UND TOTES IN BINDINGS NORMENTHEORIE. NORMLOGIK UND MODERENES STRAFRECHTSDOGMATIK*, Göttingen 1954), Buenos Aires 1977.
- (48) KAUFMANN, *TEORIA DE LAS NORMAS*, pág. 217.
- (49) La teoría de la -motivación, introducida entre nosotros por Enrique GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico penal?, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca 1971, págs. 87-109, es una teoría psicoanalítica de la pena y, en consecuencia una teoría de la prevención general. Como interpretación psicoanalítica, adolece de los defectos de unilateralidad e insuficiente constatación empírica común a todas las tesis psicoanalíticas sobre la criminalidad. Como teoría de la prevención general emparentada con la primera interpretación propuesta por Feuerbach, por su mayor proximidad al efecto de intimidación del delincuente potencial que al de fortalecimiento de la confianza del ciudadano no delincuente en la preservación del ordenamiento jurídico, es insuficiente para una Política criminal, hoy perentoria, no encaminada tanto a hacer desaparecer el delito como a crear cohesión social mediante una participación de la sociedad en los valores mínimamente necesarios para su mantenimiento. -Para esa finalidad, el Derecho penal no puede renunciar a una teoría de las normas.
- (50) G. H. v. WRIGHT, *EXPLICACION Y COMPRESION*, Madrid 1979, pág. 179.
- (51) El régimen político -totalitario-, al igual que el padre -autoritario-, antes de reprimir con sanciones, la primera tarea que se impone, y de cuyo éxito depende su mantenimiento en el tiempo, es la de inculcar a sus súbditos introyectándole los esquemas valorativos en base a los cuales quiere manipularles. Frente a esta primera y principal misión, la segunda de represión de las minorías que se resisten pasa a un segundo plano. Al contrario, una educación familiar y política -emancipatoria- no puede basarse -sólo- en un -dejar hacer- sin

intervención, sino en tratar de introyectar en el niño y en el ciudadano esquemas valorativos como el de autonomía de la personalidad o tolerancia hacia los que piensan de otra manera. Cfr. HABERMAS, STICHWORT ZU EINER THEORIE DER SOZIALISATION, en Kultur und Kritik, Frankfurt 1973, págs. 118-194 y la literatura allí citada.

(52) E. LLEDO, LENGUAJE E HISTORIA, Barcelona 1978, pág. 11.

(53) STRATENWERTH, Allg. Teil I, 2^o ed. Köln 1976, págs. 14-18.

(54) HABERMAS, KONNEN KOMPLEXE GESELLSCHAFTEN EINE VERNUNFTIGE IDENTITAT AUSBILDEN?, en Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, Frankfurt 1976, págs. 92-126.

(55) HABERMAS, VERNUNFTIGE IDENTITAT, pág. 92.

(56) HABERMAS, VERNUNFTIGE IDENTITAT, pág. 96.

(57) HABERMAS, VERNUNFTIGE IDENTITAT, pág. 106-111.

(58) HABERMAS, VERNUNFTIGE IDENTITAT, pág. 115-121.

(59) Cfr. J. CUELLO, LA ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN PUNIBLE EN EL CODIGO PENAL, Anuario de Derecho penal (ADP) 1980, págs. 641-661, pág. 657.

(60) Así, por ejemplo, cuando se trata de crear un grupo de delitos para un Bien jurídico nuevo como la -intimidad- de las personas.

(61) Modalidades de argumentación cuantitativa son la empleada para desincriminar determinados hurtos y estafas de escasa cuantía o el aborto realizado en un determinado espacio de tiempo.

(62) Me refiero a la posibilidad de dar mucho mayor juego a las causas de exclusión de la culpabilidad en los delitos de aborto y homicidio (eutanasia).

(63) Esta ensambladura no tiene por qué producirse en el ámbito de la tipicidad delictiva de una figura cuando razones de prudencia aconsejan mantener la incriminación pero excluir la responsabilidad penal en caso de conflicto de deberes.

(64) En estos casos nunca puede perderse de vista que a medida que nos alejamos de la lesión directa e inmediata del Bien jurídico, se hace más problemática la cuestión sobre la punibilidad.