

Winfried Hassemer
Francisco Muñoz Conde

Introducción a la Criminología y al Derecho Penal

346
c

tirant lo blanch
derecho

**INTRODUCCION A
LA CRIMINOLOGIA Y
AL DERECHO PENAL**

Winfried Hassemer
Catedrático de Derecho penal y
Sociología del Derecho
(Universidad Frankfurt am Main,
R. F. Alemania)

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho penal
(Universidad de Sevilla)

INTRODUCCION A LA CRIMINOLOGIA Y AL DERECHO PENAL

tirant lo blanch

Valencia, 1989

© FRANCISCO MUÑOZ CONDE
WINFRIED HASSEMER

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/3 61 00 48 - 50
DEPOSITO LEGAL: V - 1991 - 1989
I.S.B.N.: 84 - 86558 - 35 - 2
IMPRIME: GRAFICAS GUADA - PM

NOTA PREVIA DE LA EDITORIAL

Originariamente, parte de este libro fue escrito por Winfried Hassemer, como introducción a unos "Comentarios alternativos al Código penal alemán", de próxima aparición en la República Federal de Alemania. El estilo, especialmente claro y brillante, de este trabajo, así como su carácter de resumen expositivo de las principales tendencias de la Criminología y el Derecho penal, lo hacen especialmente idóneo como Introducción autónoma a estas materias, realizando lógicamente las adaptaciones y elaboraciones previas que una obra de este tipo requiere. Estas adaptaciones han sido más necesarias en la Segunda Parte, ya que tanto el texto originario como las referencias bibliográficas estaban estrechamente vinculadas a la legislación y doctrina penal alemanas. Una simple traducción hubiera, pues, carecido de sentido en una obra de este tipo. Por eso, se ha realizado una reelaboración del texto y de la bibliografía, sustituyendo o acompañando, además, los ejemplos y preceptos de la legislación penal alemana con ejemplos y preceptos de la legislación penal española. De esta labor se ha encargado, en perfecta sintonía y con la conformidad de Winfried Hassemer, Francisco Muñoz Conde, quien ha redactado también el prólogo a esta Introducción. Se ofrece así al lector de habla española y principalmente a los estudiantes de Derecho, Sociología y Criminología, un buen resumen del estado actual de los principales problemas penales y criminológicos, pero también una muestra de la estrecha y fructífera relación actualmente existente entre la Ciencia alemana y española del Derecho penal, entre cuyos más cualificados representantes se cuentan sin duda los autores de esta Introducción.

INDICE

<i>Nota previa</i>	7
<i>A modo de prólogo</i>	15

PRIMERA PARTE: LA CRIMINOLOGIA

I. El conocimiento de la criminalidad y del delito	
1. <i>Criminalidad y Derecho penal</i>	27
2. <i>Criminalidad y delito</i>	27
3. <i>Legislación y jurisprudencia penal</i>	28
II. La criminalidad como fenómeno de la vida cotidiana	
1. <i>"Delincuente" y "víctima"</i>	29
a) <i>La criminalidad como conflicto entre delincuente y víctima</i>	29
b) <i>Neutralización de la víctima</i>	29
c) <i>Relaciones entre delincuente y víctima</i>	30
d) <i>El delincuente como víctima</i>	30
e) <i>Delitos sin víctima</i>	31
2. <i>La fascinación de lo criminal</i>	31
3. <i>La historia de la criminalidad</i>	33
a) <i>Necesidad del conocimiento de la criminalidad</i>	34
b) <i>Importancia del conocimiento de la criminalidad</i>	35
4. <i>El significado de la criminalidad para el individuo y para la sociedad</i>	37
a) <i>La "lucha contra el delito"</i>	37
b) <i>"La criminalidad es normal"</i>	38
c) <i>"La criminalidad es útil"</i>	39
5. <i>¿Sociedades sin criminalidad?</i>	41
III. Extensión de la criminalidad	
1. <i>La estadística criminal</i>	43
a) <i>Tipos de estadística criminal</i>	43
b) <i>Valor informativo de la estadística criminal</i>	44
c) <i>Crítica al valor informativo de la estadística criminal</i>	45

2. <i>La "cifra oscura"</i>	46
a) Presunciones y realidad de la cifra oscura	47
b) Importancia de la cifra oscura para la Política criminal y la praxis jurídicopenal	47
IV. Concepto de conducta criminal	
1. <i>"Definiciones cotidianas" de lo criminal</i>	49
2. <i>Conceptos de conducta desviada en la Criminología</i>	51
a) Conducta "desviada" y conducta "punible"	51
b) Normas sociales y normas jurídicopenales	52
c) Factores de la conducta desviada	53
a') Resultados de la Criminología etiológica	53
b') Significado para la Administración de Justicia penal	55
d) Definiciones de conducta desviada	56
a') Planteamientos interaccionistas	56
b') Importancia para la Criminología	57
e) Definiciones de conducta criminal	59
a') Tesis del labeling approach	59
b') Importancia para la Administración de Justicia	60
f) ¿"Cambio de Paradigma" en la Criminología?	63
3. <i>La conducta merecedora de pena como objeto de la Política Criminal</i>	65
a) El concepto de merecimiento de pena	65
a') Concepto	66
b') Función	67
b) Criterios del merecimiento de pena	67
a') Justicia y utilidad	67
b') Criterios de Justicia	68
c') Criterios de utilidad	73
c) La libertad del legislador penal en la adopción de sus decisiones	75
4. <i>La conducta punible como objeto del Derecho penal</i>	77
a) Concepto jurídicopenal y criminológico del delito	77
b) Concepto jurídicopenal y político-criminal del delito	78
c) Concepto jurídicopenal del delito	79
Notas a la Primera Parte	82

SEGUNDA PARTE: EL DERECHO PENAL

I. Misión

1. <i>Concepto y sistema</i>	99
a) "Misión" y "función"	99
b) Misión del Derecho penal y concepto del delito	99
c) Los instrumentos teóricos	100
2. <i>El reforzamiento de los valores éticosociales de la acción</i>	100
3. <i>Confirmación del reconocimiento normativo</i>	102
4. <i>Protección de bienes jurídicos</i>	103
a) Fines de la teoría sobre el bien jurídico	103
b) Problemas del concepto de bien jurídico	105
a') Bien jurídico y objeto de la acción	105
b') Vaguedad del concepto de bien jurídico	106
c') Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos uni- versales	107
d') Teorías monistas y dualistas	107
c) Teoría personalista del bien jurídico	108
a') Estado, Sociedad, Persona	109
b') Consecuencias para el Derecho penal	109
c') Concepción de los bienes jurídicos universales	110
d') Producción de los bienes jurídicos	110
e') Concepto personalista de bien jurídico	111
f') Valor de una teoría personalista del bien jurídico ...	112
5. <i>Formalización del control social</i>	113
a) Límites jurídicopenales a la protección de bienes jurí- cos	113
a') Protección de bienes jurídicos y Estado de Derecho	113
b') Protección de bienes jurídicos por el Estado y la Sociedad	114
b) El Derecho penal como parte del control social	114
a') Elementos del control social	114
b') Valor del control social	115
c) El Derecho penal como control social formalizado	116
a') Concepto de formalización	116
b') Valor de la formalización	116
c') Formalización y protección de bienes jurídicos	117
d') Técnicas de protección	118
e') Principios valorativos	120
6. <i>Formalización, valores de la acción y bienes jurídicos</i>	121

II. Instrumentos

1. <i>Derecho penal material y Derecho procesal penal</i>	122
a) Elementos comunes	122
b) Función específica del Derecho procesal penal	123
a') Realización del Derecho penal material	123
b') Proceso penal y Derecho procesal penal	123
c') Regulación del curso procesal	124
d') Determinación de los límites de la acción	124
2. <i>Derecho penal y legislación penal especial</i>	125
a) "Derecho penal" en la legislación penal especial	125
b) Otras fuentes del Derecho penal	126
c) Facultades coercitivas en el proceso	126
d) Justicia corporativa y en el ámbito profesional	127
a') Desformalización de control social	127
b') Consecuencias jurídico-políticas	128
e) Las infracciones administrativas	128
f) Derecho disciplinario	128
a') Diferencia con el Derecho penal	129
b') Elementos comunes con el Derecho penal	129
c') Consecuencias sistemáticas y jurídico-políticas	130
g) Derecho penal secundario en sentido estricto	130
a') Sistema y concepto	131
b') Criterios de clasificación legal	131
c') Delimitación del ilícito penal	132
3. <i>Derecho penal, Derecho de ejecución y Derecho penitenciario</i>	133
a) Extensión del Derecho penal	133
b) Problemas de armonización	134
a') "Antinomias de los fines de la pena"	134
b') Principio del Estado social	135
Excurso: La prisión en el Estado Social y democrático de Derecho: prevención general versus prevención es- pecial: ¿un conflicto insoluble?	135
4. <i>Ordenación de los instrumentos jurídicopenales</i>	143
a) Instrumentos del "Derecho penal global"	143
b) Un ejemplo: La clasificación de los delitos	144
a') Sentido de una sistemática del hecho punible	144
b') El sistema del delito	145
5. <i>Consecuencias del Derecho penal</i>	148
a) El sistema dualista	148
b) La pena y sus fines	149
a') Teorías absolutas	150
b') Teorías relativas	151

Excurso: Tratamiento penitenciario	153
c') Teorías eclécticas	161
d') La teoría de la prevención general positiva	161
c) La medida y sus fines	164
d) La unidad de las consecuencias jurídicopenales	165
a') Elementos comunes	165
b') Misiones del Derecho de las consecuencias jurídicas	166
III. Perspectivas evolutivas	
1. <i>Historicidad del Derecho penal</i>	167
a) Facetas de la historicidad	168
b) Ejemplos de evolución del Derecho penal	168
c) Derecho penal y cambio social	169
2. <i>Estabilizaciones</i>	169
a) Diferenciaciones en el conjunto del sistema del Derecho penal	170
b) Creación de un poder punitivo del Estado	170
c) Interés en el delincuente	171
d) ¿Humanización del Derecho penal?	172
3. <i>Tendencias</i>	173
a) Funcionalización	173
b) Desformalización	174
 Notas a la Segunda Parte	 175
 <i>Índice de Abreviaturas</i>	 201
 <i>Bibliografía</i>	 203

A MODO DE PROLOGO

1. Si el objeto del Derecho penal es la *criminalidad*, quien se ocupe del Derecho penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad. Y quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas del Derecho penal en todos sus ámbitos: legislativo, judicial y ejecutivo o penitenciario.

Junto al *saber normativo* es necesario e imprescindible, por tanto, el *saber empírico* que brinda la Criminología, cualquiera que sea la forma que ésta adopte luego en los *curricula* y planes de estudio académicos (Institutos de Criminología, asignatura Criminología, etc.).

Desde hace por lo menos un siglo, la Criminología puede ofrecer datos, más o menos fiables, sobre la criminalidad y el delito, aunque el Derecho penal apenas ha hecho uso de ellos, entre otras cosas, porque el Derecho penal clásico nunca ha estado interesado en las circunstancias empíricas del delito. El interés del jurista penalista ha estado, por tanto, durante mucho tiempo anclado en el saber normativo. Pero la necesidad de comprobar si el Derecho penal consigue eficazmente las consecuencias que pretende, convierte la verificación empírica de las consecuencias en un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo que interesa al jurista.

Un Derecho penal orientado a las consecuencias necesita verificar la justicia de las decisiones de las distintas instancias *juridicopenales*, medir sus efectos favorables o desfavorables, corrigiendo estos últimos, aunque sean correctos desde el punto de vista normativo.

Así, por ej., el legislador en materia penal, tiene que responder en su ámbito a cuestiones como éstas:

- ¿Es necesario recurrir al Derecho penal cuando sean suficientes otros medios de solución jurídica menos radicales (Derecho social, laboral, familiar, etc.)?
- ¿Se refieren las prohibiciones penales a conductas que "realmente" producen un daño y, por tanto, lesionan un bien jurídico?
- ¿Produce el aumento de la gravedad de la pena el esperado efecto intimidatorio?

En el ámbito judicial, el juez penal necesita ese conocimiento empírico en muchas de sus decisiones, tales como las relativas a la imputabili-

dad, grado de alcoholemia, etc. Pero también y sobre todo es en el ámbito de la determinación de la pena donde el juez penal necesita del saber empírico para resolver cuestiones como:

- la sustitución de la pena por la medida en el caso de la eximente incompleta del art. 9.1ª del Código penal y la posibilidad de prescindir de la aplicación de la pena si la medida sustitutiva de carácter terapéutico ha tenido efecto;

- la aplicación de la suspensión condicional de la pena para drogadic-tos que se sometan a tratamiento de deshabituación (art. 93 bis).

Por último, se requiere también el conocimiento empírico en el ámbito penitenciario, pues ya el mismo concepto de resocialización que sirve de eje a todo el sistema exige un grado de aproximación al delincuente concreto, a sus circunstancias personales y familiares, a su carácter, a su nivel cultural, etc., mayor que en ningún otro ámbito de la Administración de Justicia penal.

Por si todo ésto fuera poco, es la sociedad misma la que exige un mayor grado de conocimiento empírico de la criminalidad en su conjunto, al efecto de estar informada de la extensión real de la misma, de la eficacia de sus dispositivos e instrumentos de defensa, de la relación costo/beneficio en la Política criminal llevada a cabo, etc. En última instancia, la criminalidad se convierte en un problema político que se utiliza como arma arrojadiza entre los partidos y fracciones políticas en su lucha por el poder, condicionando no pocas veces el voto del electorado en favor o en contra de una determinada opción política.

Aunque nadie duda hoy de la importancia de este conocimiento empírico, todavía sigue habiendo, sin embargo, dudas respecto a su ubicación sistemática en los planes de estudios académicos. Su proximidad al Derecho penal lo convierten en una materia interesante para los juristas y, precisamente por ello, se afirma cada vez con mayor fuerza en los planes de estudios de las Facultades de Derecho. Sus raíces científicas van más allá de lo puramente jurídico y lo enlazan con la Sociología, la Psicología o incluso con la Medicina, en cuyas Facultades ha conseguido, con mayor o menos éxito, ubicarse con distintos nombres y diferentes nomenclaturas. Su carácter interdisciplinar justifica incluso la creación de Institutos, donde, aparte las tareas de investigación, se enseña en cursos académicos cuya aprobación da lugar al correspondiente Título de criminólogo o de Diplomado en Criminología.

2. ¿Pero qué es exactamente la *Criminología*? Responder a esta cuestión es quizás una de las tareas más difíciles que tiene quien se ocupa

de esta rama del saber; tanto más difícil cuanto el propio objeto de la misma, la criminalidad, no es tampoco un concepto perfectamente delimitado.

Decir, en efecto, que la Criminología es aquella parte de la Ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad es no decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo.

Por un lado, la criminalidad es el conjunto de las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial. En este sentido, el concepto de criminalidad viene marcado por el Derecho penal que, al mismo tiempo, delimitaría el objeto de la Criminología.

Pero, por otro lado, el objeto de la Criminología no puede limitarse ni depender de las cambiantes normas legales, ni la Criminología misma puede convertirse en una simple ciencia auxiliar del Derecho penal. Si se le quiere atribuir una importancia autónoma, debe extender su interés más allá de los estrictos límites de las normas jurídicopenales.

Las explicaciones criminológicas de la conducta punible no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que también deben valorar los cambios que se producen en la punibilidad, las razones por las que se consideran punibles unas conductas y no otras y, sobre todo, investigar en qué se diferencian las infracciones de las normas penales y las infracciones de otras normas de conducta. Las normas del Derecho penal y las normas sociales están en una relación que no siempre es paralela ni conduce al mismo fin, aunque tengan elementos estructurales comunes que las acercan irremediabilmente.

No todo lo que castiga el Derecho penal (piénsese en el delito ecológico, en el fiscal o en el aborto) es desaprobado igualmente en el ámbito social. Y no todo lo que socialmente merece desaprobación es elevado a la categoría de infracción punible o ni tan siquiera de infracción jurídica (piénsese en el gamberrismo o simplemente el mal comportamiento social o inmoral).

Pero tanto las normas jurídicopenales como las sociales tienen un factor común que las relaciona inevitablemente y las hace objeto de la misma preocupación científica: una "desviación" o "conducta desviada" de las normas de referencia, y su forma de sanción, el "control social"; en ambas se reflejan los mismos elementos fundamentales (norma-sanción-proceso), aunque luego existan diferencias específicas.

Por todo ello, se considera hoy, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la Criminología es, por un lado, el estudio de la "conducta desviada" y dentro de ella también de la "criminalidad"; pero, por otro,

también el proceso de definición y sanción de la conducta desviada y de la criminalidad, es decir, el "control social", bien sea un control social informal (que se ocupa de la conducta desviada en general), bien sea un control social formalizado que, como Derecho penal, se ocupa específicamente de la criminalidad.

3. Naturalmente, con ello aún no se ha dicho nada sobre la forma en que la Criminología tiene que enfrentarse con su objeto. Desde los planteamientos etiológicos biologicistas más burdos de la Criminología inicial hasta los más sofisticados argumentos de la teoría del "labeling approach", pasando por soluciones intermedias multifactoriales, interaccionistas y otras más o menos eclécticas, existe un amplio panorama de opiniones y opciones científicas que hacen de la Criminología una de las ciencias más pluralistas de cuantas existen.

¿Es el delito o la conducta desviada producto de factores etiológicos de diverso tipo (biológicos, psicológicos, sociales) como pretende la criminología etiológica; es consecuencia de la interacción personal como dicen las teorías interaccionistas; o simplemente el resultado de una atribución que hacen los distintos órganos de control social, como sostiene la teoría del "labeling approach"?

Probablemente en cada uno de estos planteamientos hay puntos de vista correctos y desacertados, y su aceptación o rechazo, su éxito o su fracaso en la Administración de Justicia penal dependen de la valoración que ésta hace de los conocimientos empíricos que se le brindan. Así, por ej., no cabe duda de que datos como el desempleo, condiciones de vida, drogodependencia etc., pueden ilustrar al legislador, a los Tribunales y a los funcionarios de prisiones sobre las consecuencias y efectos de las decisiones que deben tomar. Pero estos datos no pueden generalizarse y elevarse a la categoría de dogma absoluto que de algún modo predetermine la génesis de la delincuencia, olvidando el contacto y la interacción entre las personas tanto respecto al nacimiento o modificación de la conducta desviada, como al etiquetamiento de la misma.

Precisamente, esto último es lo que lleva a la teoría del "labeling" a centrar su atención en el proceso mismo a través del cual una conducta se define como desviada y, en última instancia, como criminal. Y, como la llamada "cifra oscura" demuestra, rápidamente surge la sospecha de que la Administración de Justicia tanto en la persecución, como en la sanción de los comportamientos criminales procede selectivamente, es decir, no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos. Tampoco la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos.

La Estadística criminal, en sus distintas vertientes de Estadística policial, judicial y penitenciaria, aparece así como algo más que un simple indicador matemático del volumen de la criminalidad, como un índice de las diferencias entre "criminalidad real" y "criminalidad oficialmente registrada", como una prueba de la ineficacia del Derecho penal o del valor simplemente simbólico de algunas normas penales.

4. Sería absurdo negar a estas teorías un valor siquiera parcialmente informativo sobre la criminalidad o la conducta desviada. Pero tampoco pueden pretender una validez absoluta y mucho menos vincular al legislador en sus decisiones sobre cuáles son las conductas merecedoras de pena. Este es un problema que adopta características propias y que, en última instancia, se resuelve como un problema político (criminal). Son varios, sin embargo, los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad.

Ambos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales sería, por ej., inaceptable, por injusto, castigar con pena de muerte un hurto de poca importancia, por más que el aumento de las penas en estos delitos pueda ser útil desde el punto de vista de su prevención. Pero igualmente sería desaconsejable, por inútil y contraproducente, castigar con pena privativa de libertad los malos tratos que los padres infligen a los hijos, cuando ello puede producir más daños que beneficios a las víctimas. El criterio de utilidad es también un factor a tener en cuenta en la determinación del merecimiento de pena de una conducta, por cuanto en el moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la justicia intrínseca de las mismas. Precisamente el conocimiento empírico de estos efectos que suministran las diversas teorías criminológicas puede servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas de todas las que aparecen como desviadas socialmente, merecen el calificativo de punibles.

5. La conducta calificada como punible es finalmente la que llega al Derecho penal, que la elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas. Incluso aún coincidiendo en el mismo objeto, el concepto de criminalidad es distinto en el Derecho penal que en la Criminología. A la Criminología le interesan los factores de la criminalidad o de la criminalización; al Derecho penal, su imputación a un individuo a efectos de hacerlo responsable conforme a un esquema o

estructura de responsabilidad cuyos presupuestos establece la ley penal positiva.

Todo ello hace que al Derecho penal le corresponda fundamentalmente una función sistemática y ordenadora de los presupuestos de la pena, así como la determinación de la pena misma o de otras consecuencias jurídicas del delito, antes que una función empírica o política y decisoria.

Criminología, Política Criminal y Derecho penal son, pues, instancias distintas y distintas formas de elaborar ese complejo fenómeno que se llama criminalidad, a cuyo estudio se dedica la Primera Parte de este libro.

6. La Segunda Parte trata del Derecho penal.

Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones profesionales). Pero no todo es violencia en Derecho penal. La violencia es una característica de todas las *instituciones de control social*. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social. También los intereses, valores éticosociales de la acción y *bienes jurídicos*, que el Derecho penal protege y la forma de protegerlos constituyen una característica importante del moderno Derecho penal.

Dos son, pues, las "misiones" que el Derecho penal moderno tiene específicamente que cumplir: la protección de bienes jurídicos y la formalización de esta protección a través de unos cauces legales previamente creados al efecto.

7. El concepto de *bien jurídico* ofrece al legislador un criterio bastante aceptable como principio inspirador de sus decisiones en materia penal: sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto del Derecho penal. Sin embargo, la vaguedad del concepto mismo y su posible manipulación por las instancias oficiales obliga a ulteriores precisiones conceptuales, que ocupan hoy una buena parte de las reflexiones de la ciencia del Derecho penal.

¿Es el orden público un bien jurídico capaz de servir de sustento a la configuración autónoma o al tratamiento agravado de delitos tales como el atentado o el desacato?

¿Es el medio ambiente como tal, al margen de las condiciones vitales de las personas, un bien jurídico a proteger por el Derecho penal?

Naturalmente, esta discusión carecería de interés si el bien jurídico existiera ónticamente antes de que el legislador le otorgase su protección "sacándolo", por así decir, de la realidad social en la que vive. Pero el concepto de bien jurídico, como todos los conceptos normativos, es una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado, y a veces manipulado y pervertido en sus elementos esenciales. De tal modo que poco se gana con decir que el Derecho penal protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos por tales.

Ante esta situación, se propone una "teoría personalista del bien jurídico" y se considera que tan importante como el "interés humano necesitado de protección penal" es el proceso mismo social y político a través del que se constituye, dejando abierto el concepto a otros fenómenos relevantes que puedan modificarlo en el futuro.

Esta estrategia definitoria tiene la ventaja de ofrecer más un argumento para elaborar y aplicar el Derecho penal, que un "salvoconducto" de la "*ratio legis*". Más no se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales; pero tampoco su vaguedad e insuficiencia deben llevar a su abandono o, como algunos pretenden, a su sustitución por conceptos aún más vagos e imprecisos como el de "funcionalidad del sistema social", perdiéndose así un importante punto de apoyo para la crítica del Derecho penal positivo.

8. El otro gran principio del Derecho penal moderno es la *formalización*. Precisamente lo que distingue al Derecho penal de otras instancias también protectoras de bienes jurídicos es la forma en que lleva a cabo esa misión protectora. La formalización es tanto más importante en Derecho penal cuanto éste se ocupa de los conflictos más graves y actúa en situaciones en las que los intereses de los implicados en el conflicto se encuentran más intensamente amenazados. Liberar la solución del conflicto, dentro de lo posible, de la subjetividad, de la sorpresa, del coyunturalismo y la espontaneidad, ofreciendo distanciamiento, objetividad y prudencia es, pues, una elemental función dentro de una convivencia pacíficamente organizada.

La formalización no debe entenderse como algo contrapuesto a la protección de bienes jurídicos, sino como una forma racional de llevarla a cabo. A diferencia de otras instancias de control social, el Derecho penal está obligado a dar toda la información que sea posible sobre sus normas, sus sanciones y el procedimiento adecuado para imponerlas. El

Derecho penal no puede sorprender ni engañar a los implicados en un caso penal, sino decir con la debida antelación y públicamente qué es lo que castiga y en qué forma lo hace. Principios como el de legalidad, seguridad y certeza, prohibición de analogía y de retroactividad de la ley penal desfavorable son ingredientes fundamentales de nuestra cultura jurídica a los cuales no puede renunciar el Derecho penal.

Como tampoco puede renunciar a los principios "formalizadores" del proceso penal, como el de la publicidad del proceso, el derecho a ser oído, el derecho a la asistencia de abogado, el *in dubio pro reo*, el derecho a proponer pruebas y a intervenir en el proceso, etc.

Si por "efectividad" del Derecho penal se entiende no ya la represión directa del delito, sino la motivación de los ciudadanos y la configuración de una mentalidad respetuosa de los derechos fundamentales, los principios valorativos que informan la formalización constituyen un elemento fundamental dentro de las misiones que tiene que cumplir el Derecho penal en su conjunto, no sólo en su vertiente de Derecho penal material, sino también en su fase procesal penal y ejecutiva o penitenciaria.

Precisamente una de las cuestiones más candentes que tiene planteadas el Derecho penal de nuestro tiempo es una cierta tendencia a la *desformalización* en aras de la *funcionalidad* o efectividad de sus instrumentos. La reconducción de muchos ilícitos penales tradicionales al ámbito administrativo o disciplinario, no debe hacerse nunca a costa de la pérdida del grado de formalización, es decir, de las garantías penales, materiales y procesales. Muchas veces se olvida este problema en la discusión sobre las diferencias entre ilícito penal y otros ilícitos más o menos parecidos en el ámbito administrativo, cuya actuación es sin duda más funcional o eficaz, pero menos respetuosa con las garantías formales de los implicados en un conflicto penal.

Un peligro también inherente a esta desformalización es la tendencia a las leyes indeterminadas, utilizando conceptos vagos o dejando en la penumbra los límites entre criminalización y descriminalización. Valgan de ejemplo las recientes reformas sobre los delitos relativos al tráfico de drogas y la legislación penal sobre el medio ambiente, que dejan en manos del juez la responsabilidad final de castigar dentro de un amplio margen de discrecionalidad. Es comprensible que el legislador haga uso de este tipo de técnicas en unos momentos de cambio social acelerado o para regular sectores que hasta la fecha apenas habían sido afectados por el Derecho penal (medio ambiente, impuesto, economía, etc.), pero nunca hasta el punto de abandonar una de las tareas fundamentales del moderno Derecho penal: el respeto a las garantías y derechos fundamen-

tales. Y con mucho mayor énfasis debe denunciarse esta tendencia, cuando además va acompañada de otra muy característica también de las regulaciones penales de sectores muy conflictivos y preocupantes socialmente como es el terrorismo. La aparición de una "legislación simbólica" cuando los problemas no pueden ser resueltos satisfactoriamente por el Derecho penal, es una forma fraudulenta de utilización del mismo y produce, incluso a corto plazo, su desprestigio y el de todo el sistema jurídico y político que le sirve de base.

Es bien sabido que el Derecho penal no es una forma satisfactoria de solucionar los problemas sociales, pero igualmente se sabe que tampoco se puede prescindir completamente de él o, lo que es más grave, actuar como si no existiese. Situarlo en un contexto más amplio de control social y hacerlo permeable a los datos y conocimientos que brindan otras disciplinas, como la Criminología, puede abrir nuevas perspectivas y renovar parte de su ya anticuado instrumental teórico.

Esta es una de las metas principales de la presente Introducción a la Criminología y al Derecho penal. Otra sería poner en manos del joven estudioso, o del ya avezado en los problemas criminológicos y jurídico-penales, un instrumento para la renovación o ampliación de sus conocimientos con nuevos datos y perspectivas, que no suelen ofrecerse en los tradicionales manuales y tratados o se ofrecen de una forma distinta a como aquí se hace. En ningún caso, se pretende sustituir con ello la forma tradicional de estudiar el Derecho penal o la Criminología, aunque sí quizás indicar nuevas vías para su estudio conjunto y complementario.

**PRIMERA PARTE:
LA CRIMINOLOGIA**

1. El conocimiento de la criminalidad y del delito

1. Criminalidad y Derecho penal

Objeto del Derecho penal es la criminalidad. Quien se ocupa del Derecho penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad y tiene, por tanto, que conocer junto a las normas jurídicopenales y su interpretación también la criminalidad y el delito. Quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas normativas del Derecho penal material, ya que estas reglas se refieren a la criminalidad y al delito.

Este conocimiento de la criminalidad y del delito también es necesario a la hora de elaborar y de aplicar las leyes. No se puede decir que al legislador penal sólo le interese el conocimiento de la criminalidad, y que al que aplica la ley penal sólo le interese el conocimiento del delito. Tanto en una como en otra fase es preciso un conocimiento de las dos realidades.

2. Criminalidad y delito

La distinción entre criminalidad (conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial) y delito (comportamiento punible de una determinada persona) es razonable desde un punto de vista conceptual, pero de limitado valor práctico⁽¹⁾.

Lo que, en el fondo, viene a poner de relieve es que la conducta criminal como objeto del Derecho penal es tanto un fenómeno social (criminalidad) como uno individual (delito), para cuya descripción y explicación son competentes tanto las ciencias sociales como las humanas. La distinción entre criminalidad y delito puede indicar que la criminalidad estadísticamente es la suma de todos los delitos, pero también que en su génesis es algo diferente: que en el origen y evolución de la criminalidad inciden más factores e incluso distintos (históricos, culturales, sociológicos, económicos, etc.) que en el delito entendido como conducta individual.

Pero ni la criminalidad se puede explicar estrictamente desde el punto de vista de las ciencias sociales, ni el delito exclusivamente desde la óptica de las ciencias humanas⁽²⁾. Desde hace tiempo, hay teorías socio-

lógicas sobre el delito e incluso alguna vez han sido absolutamente dominantes ⁽³⁾ (así, por ej., el “broken home”); del mismo modo que son ya antiguos y todavía existen intentos de explicar las causas de la criminalidad con criterios sacados de las ciencias humanas (biología, psicología individual) ⁽⁴⁾.

3. Legislación penal y jurisprudencia penal

Tampoco se puede simplemente atribuir el delito (como “caso individual”) a la jurisprudencia penal, y la criminalidad (como “fenómeno de masas”) a la legislación penal. Ciertamente el juez penal necesita sobre todo conocer la conducta individual que ha de juzgar, mientras que el legislador en materia penal necesita más bien conocer las condiciones evolutivas sociales para incidir en la criminalidad con instrumentos jurídicopenales. Pero ésto no es suficiente en ninguno de los dos casos.

Así, el legislador en materia penal necesita también información sobre las motivaciones que son esperables en las personas cuando, por ej., en el delito de detenciones ilegales del Código penal español, el Art. 480,3º atenúa la pena del tipo básico si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere ni haber comenzado el procedimiento ⁽⁵⁾. Y del mismo modo necesita saber el juez penal las reacciones esperables en la sociedad cuando, por ej., el Art. 67 del Código penal español autoriza a los Tribunales a imponer al culpable de un delito contra las personas la prohibición de que vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito o en que reside la víctima o su familia, “atendiendo a la gravedad del hecho y al peligro que el delincuente represente” ⁽⁶⁾.

Precisamente una de las razones por las que durante los dos últimos decenios se ha criticado tanto a la praxis como a la ciencia del Derecho penal y, sobre todo, a la formación académica del jurista ha sido porque apenas o en absoluto dan información sobre la criminalidad a quienes tienen que ocuparse del Derecho penal. Ello ha motivado que en este sector haya aumentado el interés en la criminalidad como objeto del Derecho penal ⁽⁷⁾.

II. La criminalidad como fenómeno de la vida cotidiana

La criminalidad no sólo es objeto del Derecho penal, sino también una parte de nuestra vida cotidiana. Nos relacionamos con ella a veces como afectados directamente y, sobre todo, como observadores interesados.

1. "Delincuente" y "víctima"

a) La criminalidad como conflicto entre el delincuente y la víctima

Para simplificar el complejo fenómeno de la "criminalidad" se acostumbra a exponerlo en una estructura dualista: como una relación entre delincuente y víctima. Tanto en los medios de información, como en las novelas policíacas, pero también en la Criminología científica (por ej., en la "victimología" ⁽⁸⁾) o en la legislación ⁽⁹⁾, el delito y la criminalidad se resuelven en un conflicto entre dos personas o roles, en el que alguien lesiona los intereses protegidos penalmente de un tercero.

La misión de la Administración de Justicia penal se reduce, pues, a la solución de este conflicto intrapersonal persiguiendo, investigando y castigando la correspondiente infracción jurídica.

Pero esta imagen sólo refleja la realidad de la criminalidad y del Derecho penal de un modo incompleto y resulta aún más desfigurada en el actual Derecho penal. Ciertamente hay muchos delitos, e incluso una parte de la criminalidad, que se presentan como un conflicto entre el delincuente y la víctima. Pero si se analiza más detenidamente, esta imagen debe ser corregida de diversas formas:

b) Neutralización de la víctima

El actual Derecho penal, es decir, el Derecho penal del Estado, no es ya, a diferencia del Derecho penal primitivo, una relación entre delincuente y víctima ⁽¹⁰⁾. Actualmente la víctima está "neutralizada" y en lugar de la compensación y el acuerdo entre lesionador y lesionado aparece la acción penal pública. Las posibilidades de la víctima de intervenir en el proceso penal son muy reducidas, a pesar de que existen instituciones como la querrela, la denuncia, la acusación particular, ofrecimiento de acciones, etc., que directa o indirectamente permiten esa intervención.

Pero en el proceso penal la víctima no se contrapone al delincuente, sino que es el Estado, tanto en la fase instructiva, como en la sancionadora, quien ocupa este papel, pudiendo incluso forzar a la víctima, en interés de la búsqueda de la verdad, a declarar o a cualquier otro tipo de cooperación ⁽¹¹⁾.

c) Relaciones entre delincuente y víctima

Precisamente en los delitos que aparentemente más se concentran en la relación entre delincuente y víctima (homicidio, lesiones, injurias o abusos deshonestos)⁽¹²⁾ y en los que se puede decir que una parte inflige la lesión y la otra la sufre, hay que tener también en cuenta las “relaciones sociales” previas existentes entre delincuente y víctima⁽¹³⁾. Pues muchas veces la acción punible en estos delitos no es más que el último acto de un proceso de agresión recíproca en el que ambos protagonistas intercambian los roles de “delincuente” y “víctima”, lo que más tarde influirá como circunstancia atenuante de la responsabilidad del “delincuente” a la hora de determinar la pena aplicable⁽¹⁴⁾.

d) El delincuente como víctima

Los conocimientos criminológicos reducen también la tensión entre delincuente y víctima, relativizando el contraste entre ambos. Cualesquiera que sean las circunstancias que se consideren como criminógenas (biológicas, económicas, culturales o psicosociales), todas ellas siempre muestran al delincuente (también) como una víctima (de las circunstancias bajo cuya influencia actuó). Precisamente es este punto de vista el que se utiliza para decir que el conocimiento sobre el origen de la criminalidad y el Derecho penal de culpabilidad, de cuño indeterminista, son incompatibles⁽¹⁵⁾. Aún con mayor fuerza que estas teorías etiológicas criminológicas, acentúan las tesis “definicionistas”⁽¹⁶⁾ el rol de víctima que desempeña el delincuente: su delito no se considera por estas teorías como una lesión responsable de intereses ajenos, sino como “atribución” por parte de las “instancias formales de control social” (policía, ministerio público, tribunales de Justicia). Desde este punto de vista, la víctima desaparece por completo y su lugar lo ocupan el Estado definidor y el “delincuente” estigmatizado⁽¹⁷⁾.

“No el asesino, sino su víctima es culpable” decía Franz Werfel⁽¹⁸⁾. Las objeciones que contra esta frase se han formulado vienen ya de antiguo, aunque quizás la intención de Werfel no era la de atacar la explicación científica del delito. De todos modos, estas objeciones olvidan que la búsqueda de las causas fácticas de la conducta criminal (sea ésta una búsqueda conforme a la experiencia de la vida cotidiana en el sentido de Werfel, o una búsqueda científica) conduce necesariamente a una relativización del papel de la víctima, siempre que no se limite a la búsqueda del delincuente, ya que más pronto o más tarde tropieza con circunstancias que de un modo u otro han “llevado” al delincuente a cometer el delito, sin que éste sea responsable en absoluto de las mismas.

e) Delitos sin víctimas

El contraste entre delincuente y víctima está, por último, claramente atenuado en la moderna legislación penal sobre, por ej., el tráfico de drogas, el Derecho penal económico o la protección penal del medio ambiente. En esta nueva legislación se incrimina cada vez con mayor frecuencia delitos "sin víctimas" o con "víctimas difusas" ⁽¹⁹⁾. Precisamente, es característico del Derecho penal "moderno" alejar a la víctima del Derecho penal material e ir sustituyendo la causación del daño por su puesta en peligro, los delitos de resultado por los delitos de peligro abstracto, los bienes jurídicos individuales por bienes jurídicos universales ⁽²⁰⁾. Esto tiene como consecuencia que el dualismo entre delincuente y víctima cada vez ofrezca mayor dificultad para ser explicado por el Derecho penal, y que la Administración de Justicia penal, tradicional y cotidianamente experimentada como una institución para el castigo de las más graves lesiones de intereses entre individuos, tienda cada vez más a convertirse en instrumento conductor de finalidades políticas.

En todo ésto desaparece la víctima.

2. *La fascinación de lo criminal*

No sólo "lo criminal", también el "criminal" fascina. La historia de la literatura está llena de crimen y castigo, criminalidad y Derecho penal ⁽²¹⁾. Las novelas policiacas (o los telefilms y películas) son algo normal y generalmente un buen negocio. Los medios de comunicación informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interés de sus lectores, aunque sea a costa de desfigurar la realidad de la Administración de Justicia ⁽²²⁾. Para la mayor parte de la gente, incluyendo a quienes inician los estudios de Derecho, "el Derecho penal" es el Derecho por excelencia.

En la vida cotidiana el mundo de lo criminal todavía se divide entre delincuentes y víctimas. Incluso allí donde la víctima apenas se vislumbra (como en el terrorismo o en el tráfico de drogas), el delincuente desempeña el papel que le corresponde dentro del dualismo delincuente-víctima: es una amenaza para los demás, es el agresor que despierta las emociones características del delito ⁽²³⁾. El asesinato, el robo, el secuestro y, en general, todos los delitos violentos con claras connotaciones delincuente-víctima son las formas delictivas que más fascinan a la gente y sobre las que merece la pena informar ⁽²⁴⁾. De la estafa o de la falsedad documental, que sólo producen daños patrimoniales, apenas se habla.

El Derecho penal, la Criminología y la Política Criminal deben tener en cuenta, ahora más que nunca, la fascinación que ejerce lo criminal. Esta fascinación cambia la realidad de la criminalidad como objeto del Derecho penal, la recrea y elabora sus propias resistencias a la modificación (eliminación o lucha) de la criminalidad que pretende la Política criminal ⁽²⁵⁾.

Esa fascinación de lo criminal es también un obstáculo a la tesis en pro de la "abolición del Derecho penal" que proponen Plack ⁽²⁶⁾ y las modernas teorías "abolicionistas" ⁽²⁷⁾. Si no se elimina antes la criminalidad, el Derecho penal aunque sea "abolido" seguirá viviendo, o, en su lugar, surgirán otros mecanismos de sanción individual y de control social, que, como reacción a las infracciones jurídicas más o menos graves, serán más amenazantes, imprevisibles e injustos que el propio Derecho penal ⁽²⁸⁾.

Pero la abolición de la criminalidad es una meta utópica en el peor sentido de la palabra. Una aspiración de este tipo es ajena a la realidad, porque no tiene en cuenta hasta qué punto está (¿todavía?) anclado en lo más profundo de nuestra experiencia cotidiana el fenómeno "delito" y nuestra reacción al mismo.

También las teorías preventivas deben tener en cuenta la fascinación de lo criminal ⁽²⁹⁾. Estas teorías, como es sabido, pretenden en su doble vertiente, especial y general, que la Administración de Justicia penal consiga la mejora del delincuente, la intimidación de los delincuentes potenciales o el afianzamiento de las normas elementales en la sociedad.

Las normas jurídicopenales están más o menos profundamente arraigadas según su género (las referidas a los delitos contra la vida por ej., están enraizadas más profundamente que las referidas a los delitos contra la integridad física o la salud; y éstas, más que las relativas al abuso de máquinas automáticas o a la polución del medio ambiente).

Cualquier intento de influir en la creación o en la vigencia fáctica de una norma debe contar con la fascinación que ejerce lo criminal.

El problema se complica aún más porque la "fascinación" es un fenómeno muy complejo, que comprende sentimientos tan dispares como el asco y el miedo, la admiración y la atracción, no provocando siempre en el observador de un caso criminal satisfacción con su descubrimiento y aclaración por las Autoridades, e incluso a veces una cierta decepción, es decir, sentimientos ambivalentes ⁽³⁰⁾. Además actualmente se sabe que la aceptación cognitiva y emotiva de las normas penales no siempre significa que éstas vayan a ser obedecidas. Como muchos autores han demostrado, hay discrepancias típicas entre normas

internalizadas y conducta (*Short/Strodtheck*), y técnicas aprendidas que neutralizan en la práctica normas en principio aceptadas (*Sykes/Matza*) o que las dejan sin efecto bajo la presión de las normas propias del grupo al que se pertenece ⁽³¹⁾.

Lo criminal fascina tanto al afectado por el hecho como al observador del mismo. La criminalidad como fenómeno forma parte de nuestra experiencia cotidiana y está fuertemente impregnada de un sentimiento emocional ambivalente.

Y esta fascinación dificulta tanto un tratamiento racional y realista del problema, como una configuración estratégica de las normas, perturbando su vigencia fáctica.

3. Historia de la criminalidad

Sabemos poco de la historia de la criminalidad. Lo que en los libros de Criminología se expone es la historia de la Criminología misma, pero no la historia de la criminalidad como tal. Sólo gracias a algunas investigaciones históricas específicas conocemos cuestiones puntuales, referidas sobre todo a Francia e Inglaterra, que apenas se pueden reunir en un sistema más amplio de líneas evolutivas ⁽³²⁾. De poco sirven al penalista o al especialista en Política criminal los pocos datos existentes sobre, por ej., el enorme aumento que experimentó la criminalidad, sobre todo la de los delitos contra la propiedad, a mediados del siglo XIX, debido a causas socioeconómicas.

Más importantes son las razones por las que carecemos de estos datos: La historia del Derecho se ha ocupado tradicionalmente más del Derecho privado; sólo recientemente ha comenzado a ocuparse del Derecho penal ⁽³³⁾.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con el Derecho civil, la historia del Derecho penal apenas se puede entender si sólo se investigan sus normas y dogmas. Hay que investigar también los "datos reales": la evolución social, el delito, la praxis social y estatal en la persecución, condena y ejecución de las penas e incluso los mecanismos de control social que operan junto con el Derecho penal propiamente dicho.

Tampoco las ciencias históricas en general se han ocupado de estos datos reales hasta épocas recientes ⁽³⁴⁾. Otra razón más que demuestra por qué la historia de la criminalidad es como historia social una *terra incognita*.

a) Necesidad del conocimiento de la criminalidad

La razón probablemente más importante y de mayor significación que tiene para el Derecho penal y la Política Criminal la necesidad de conocimiento de la criminalidad es que su conocimiento no es evidente, sino que depende de determinados presupuestos que, además, iluminan el estado de estas materias.

El que ese conocimiento no sea evidente se debe, entre otras cosas, a la separación tradicional que existe entre Derecho penal y Criminología.

Aunque desde hace por lo menos un siglo ⁽³⁵⁾, la Criminología puede ofrecer datos sobre la criminalidad y el delito ya ordenados y comprobados, el Derecho penal y la Política criminal a duras penas han hecho uso de estos datos, dejando a la Criminología en un lugar secundario ⁽³⁶⁾ sin hacer cuestión de su objeto.

La necesidad de conocimiento de la criminalidad y del delito depende de lo que se pretenda hacer con estos fenómenos. La investigación empírica que la Criminología puede realizar, sólo tiene sentido si también el Derecho penal está interesado en las circunstancias empíricas del delito y de la criminalidad, es decir, si no se limita sólo a lo normativo.

Quien espere que el Derecho penal y la Política criminal asegure un "mínimo ético" ⁽³⁷⁾, no tiene por qué plantearse los efectos que realmente produce la Administración de Justicia penal, ni investigarlos empíricamente ⁽³⁸⁾.

Para una concepción como ésta puede ser suficiente -y lo ha sido durante decenios- con limitarse a responder cuestiones filosóficonormativas, como qué tipo de normas, por qué y bajo qué condiciones protegen ese mínimo ético y deben ser, por tanto, objeto de regulación penal.

En cambio, si lo que realmente interesa es saber si la Administración de Justicia penal protege "realmente" ese mínimo normativo (o, por ej., lo pone en peligro por su excesiva lenidad o brutalidad, o su injusticia, etc.), entonces es preciso un Derecho penal orientado a las consecuencias, en el que :

- la justicia de las decisiones de las distintas instancias jurídicopenales (legislador, juez, funcionarios de prisiones, asistentes sociales, etc.) se mida en función de si producen consecuencias favorables o, por lo menos, evitan las desfavorables (para el inculcado, el condenado, el tráfico de drogas, otros delincuentes potenciales, los demás ciudadanos, etc.);
- toda decisión que produzca consecuencias desfavorables sea corregida, aunque sea correcta desde el punto de vista normativo o conceptual.

La necesidad de un conocimiento de la criminalidad es, pues, característica de un Derecho penal orientado a las consecuencias.

b) Importancia del conocimiento de la criminalidad

Para un Derecho penal orientado a las consecuencias tanto en la teoría como en la praxis, el conocimiento de la criminalidad y del delito es obviamente muy importante. Actualmente no se puede negar que el Derecho penal está orientado a las consecuencias ⁽³⁹⁾. Tampoco se puede desconocer que en los dos últimos decenios ha crecido enormemente la extensión e intensidad de las investigaciones empíricas sobre el Derecho penal. Así, por ej., se ha avanzado notablemente en el ámbito de las condiciones criminógenas individuales ⁽⁴⁰⁾, familiares ⁽⁴¹⁾, profesionales ⁽⁴²⁾ o urbanísticas ⁽⁴³⁾, y también en la forma en que se producen las decisiones legislativas ⁽⁴⁴⁾ y judiciales ⁽⁴⁵⁾; e igualmente se conocen más datos sobre concretos delitos ⁽⁴⁶⁾, sobre delincuentes ⁽⁴⁷⁾, sobre las consecuencias de algunas reformas del Código penal en la praxis judicial ⁽⁴⁸⁾ o sobre gran número de detalles de la persecución penal ⁽⁴⁹⁾ y la ejecución penitenciaria ⁽⁵⁰⁾. Esto ha sido particularmente evidente en la Criminología de los últimos años, sobre todo en la República Federal Alemana, gracias a la creación de un centro de investigación criminológica adscrito a la Dirección General de Policía (BKA) ⁽⁵¹⁾.

Sin embargo, estos conocimientos no han sido todavía trasladados a la Política Criminal y a la Administración de Justicia penal. La causa de ello es que la orientación a las consecuencias del moderno Derecho penal, de la que ya hemos hablado anteriormente, ha sido un proceso laborioso.

Quizás ello se debe también a que aún no se ha llegado a un acuerdo teórico y político sobre si y hasta qué punto es aceptable esta orientación ⁽⁵²⁾.

Y, finalmente, quizás también a que la Administración de Justicia penal apenas puede, por razones orgánicas, elaborar este saber empírico y utilizarlo en la praxis, pues mientras las más altas instancias, como el Parlamento o el Tribunal Constitucional, se pueden asesorar recabando información de los expertos, el juez penal, por razón de tiempo y dinero, apenas puede hacerlo. Así, por ej., los informes periciales en materia de pronóstico no son la regla, sino la excepción.

En todo caso, es evidente la importancia del conocimiento empírico en todas las instancias de la Administración de Justicia penal.

Así, por ej., debe el legislador en materia penal, cumpliendo su función política, responder cuestiones como éstas:

- ¿No sería mejor, que como veremos más adelante, para conseguir sus metas, se empleara el derecho social o protector de menores antes que el Derecho penal?

- ¿Se refieren las prohibiciones penales a conductas que “realmente” producen un daño y, por tanto, lesionan un bien jurídico? ⁽⁵³⁾.

- ¿Produce el aumento de la gravedad de las penas “realmente” el esperado efecto intimidatorio? ⁽⁵⁴⁾.

- ¿Están materialmente fundadas las expectativas en la resocialización del delincuente en las actuales circunstancias? ⁽⁵⁵⁾.

Igualmente necesita el juez penal el conocimiento empírico para muchas de sus decisiones ⁽⁵⁶⁾. Así, por ej., es preciso este conocimiento para resolver cuestiones tales como la imputabilidad o el grado de alcoholemia del conductor de un vehículo de motor. Y ello no ya por la orientación a las consecuencias del Derecho penal, sino por simples razones de adecuada valoración de la realidad.

En el ámbito de las consecuencias jurídicas, ha sido precisamente la orientación a las consecuencias la que ha obligado al juez penal a tener en cuenta los conocimientos empíricos. En el Código penal alemán, por ej., el § 46,1,2 prescribe tener en cuenta ya en la determinación de la pena los efectos que la misma puede tener en la vida futura del delincuente en sociedad, lo que el juez penal sólo puede hacer teniendo en cuenta el saber empírico que le suministren los expertos ⁽⁵⁷⁾. También dentro del mismo Código penal alemán los § § 47, 56, III y 59,1, nº 3, que excluyen determinados beneficios penales como la condena condicional o la libertad a prueba cuando así lo exija la “defensa del Orden jurídico”, obligan al juez penal a recurrir al saber empírico si quiere cumplir con seriedad éste por lo demás cuestionable mandato legal ⁽⁵⁸⁾. En el Código penal español ya hemos visto anteriormente cómo el Art. 67 permite al Tribunal imponer la prohibición de residencia o de visitar un lugar al condenado por un delito contra las personas. En el Art. 9,1ª se prevé la posibilidad de prescindir del resto de la pena que quede por cumplir cuando la medida ha tenido el esperado efecto terapéutico en el semii-nimputable y el Art. 93 bis, la posibilidad de la condena condicional siempre que se cumplan determinados requisitos terapéuticos, entre otros. Ejemplos todos en los que evidentemente el juez penal tiene que tener en cuenta el saber empírico para poder adoptar una decisión.

Y, finalmente, se requiere el conocimiento empírico, fuera de este ámbito, también para preparar, apoyar o corregir decisiones, por ej., en materia de terrorismo ⁽⁵⁹⁾, violencia ⁽⁶⁰⁾, cooperación de la Fiscalía con la Policía en la persecución de los delitos ⁽⁶¹⁾, relaciones entre justicia pública y privada ⁽⁶²⁾, configuración de los servicios de asistencia social en la Administración de Justicia ⁽⁶³⁾, efectos reales de la multa ⁽⁶⁴⁾, realidad de las penas y medidas privativas de libertad ⁽⁶⁵⁾ o de los establecimientos carcelarios ⁽⁶⁶⁾.

No se puede discutir que todos estos conocimientos son importantes para la Administración de Justicia si se pretende que ésta, como antes decíamos, actúe orientada a las consecuencias. Pero debe ser un conocimiento fiable tanto de las causas como de las consecuencias. Lo que sí se puede y se debe discutir, sin embargo, es si, hoy por hoy, está justificada esta orientación a las consecuencias o los límites de la misma ⁽⁶⁷⁾. Una discusión aún pendiente.

4. Importancia de la criminalidad para el individuo y la sociedad

Aunque no se siga la orientación a las consecuencias que hemos expuesto, cualquier idea que se tenga del Derecho penal está siempre relacionada con la significación y las consecuencias de la criminalidad. El Derecho penal se concibe como “respuesta” a la criminalidad y al delito y precisamente por ésto se justifican las limitaciones jurídicas que su empleo conlleva, ya que la criminalidad y el delito producen graves consecuencias para el individuo y la sociedad. Pero la criminalidad no es sólo, como decíamos al principio, objeto del Derecho penal, sino también el fundamento mismo de su justificación.

a) La “lucha contra el delito”

La criminalidad y el delito se han vivido siempre como una amenaza.

Nada extraño si se tienen en cuenta los perjuicios ocasionados a las víctimas, el daño económico en general y especialmente la circunstancia de que, según las estadísticas, en los dos últimos decenios la criminalidad se ha duplicado ⁽⁶⁸⁾.

Por todo ello, no es raro que no sólo en el lenguaje cotidiano, sino también en las expresiones técnicas se asocien “criminalidad” y “delito” con la idea de “lucha” ⁽⁶⁹⁾. El delito se concibe como un “mal”, la criminalidad como una “enfermedad infecciosa” y el delincuente como un ser “dañino”. La opinión pública, tal como se trasluce sobre todo en las “encuestas” periodísticas, muestra una actitud “belicosa” ⁽⁷⁰⁾ y en base a este sentimiento se elabora la política ⁽⁷¹⁾. Cuanto más amenazantes son o se consideran determinados delitos, tanto más materialistas son las exigencias que se imponen en su tratamiento. Esta tendencia hacia una lucha sin cuartel parece casi general en ámbitos como los del terrorismo y el tráfico de drogas, constituyendo un “Derecho penal para enemigos” ⁽⁷²⁾, es decir, para determinadas formas de criminalidad o determinados tipos de delincuentes, a los que se priva incluso de las tradicionales garantías del Derecho penal material y del Derecho procesal penal.

Dos condiciones favorecen esta tendencia: un entendimiento preventivo excesivamente unilateral de los fines del Derecho penal, y la esperanza, basada en la historia de la Filosofía, de que el delito pueda ser alguna vez “eliminado” de la faz de la tierra. Ambas condiciones, por más que ideológicamente estén alejadas la una de la otra, tienen en común una confianza ingenua en, por un lado, la posibilidad de modificar el curso de la historia por el hombre o el proceso evolutivo y, por otro, una enorme impaciencia frente a la conducta desviada. Ello conduce, pues, a una actitud intervencionista bastante radical, buscando más la efectividad del Derecho penal que su formalización o su corrección jurídica.

La lucha contra el delito es la meta más urgente para un Derecho penal entendido preventivamente ⁽⁷³⁾, es decir, “moderno” ⁽⁷⁴⁾ como instrumento social funcional para la solución del problema. Pero esta lucha contra el delito es también el programa de una concepción de la historia de la Filosofía, que aspira a lograr alguna vez una sociedad en la que no sean necesarios ni el Estado ni el Derecho ⁽⁷⁵⁾.

Aunque ambas posiciones parten de una base ideológica y metódica diferente, favorecen, sin embargo, por igual la misma actitud intolerante, impaciente e ilimitada que la “gente decente” muestra ante el delincuente y el delito. Esta actitud que, por lo demás, viene siendo también denunciada y rechazada en los últimos años tanto desde puntos de vista sociales y humanitarios, como también políticos ⁽⁷⁶⁾-, parece estar en consonancia con el espíritu del momento. Lo que no deja de ser de todas formas una actitud agresiva para las personas y obstaculizadora de una Política criminal, además de una actitud falsa, por unilateral.

b) “La criminalidad es normal”

Que esta actitud que se acaba de describir desfigura la realidad, se ve claramente en la, por lo demás, bastante extendida opinión de que la criminalidad no es otra cosa que un “mal”. Sin embargo, lo que sabemos ⁽⁷⁷⁾ es que, por un lado, como veremos más adelante, no hay ninguna sociedad sin delito y que, por otro lado, la criminalidad aumenta en la medida en que lo hace el desarrollo económico y cultural de la sociedad (entendiéndose incluso como un “coste de la libertad”). Y si el delito está tan íntimamente vinculado con el proceso de socialización de los individuos, difícilmente puede ser la “lucha” el remedio correcto, pues más bien parece que la criminalidad tiene que cumplir una función e incluso una misión en el mantenimiento y evolución de la sociedad.

Este es precisamente el lugar en el que la Sociología funcionalista desarrolla su tesis sobre la normalidad del delito, concibiendo la sociedad como un sistema de unidades relacionadas entre sí ^(77 bis).

Para esta teoría "no existe ningún fenómeno que inevitablemente muestre todos los síntomas de la criminalidad" ⁽⁷⁸⁾. El delito no es un "cuerpo extraño, sino un factor regulador de la vida social". Si no hubiera criminalidad, el ser social la habría inventado: "imagínese una sociedad de santos, un auténtico convento éjemplar. En ella el delito entendido literalmente, sería desconocido. En cambio, los delitos que al hombre medio le parecen perdonables despertarían el mismo rechazo que, por lo demás, producen los delitos más comunes en una conciencia común".

También desde el punto de vista de una consideración funcional de la sociedad se llega a la tesis de que la "criminalidad es normal", pero no a partir de la evolución real de la criminalidad, sino de la distribución de los roles dentro de cualquier tipo de sociedad. Esta es la teoría de la "marginalidad" o de la marginalización ⁽⁷⁹⁾. Para esta teoría, toda sociedad tiene que distribuir posiciones marginales, impulsando a los marginados sociales a asumir determinados roles (como parado, delincuente, enfermo mental), controlándolos y excluyéndolos de determinadas oportunidades.

En todo caso, los roles marginales mismos y las formas de su tratamiento podrían modificarse, no así los siguientes datos:

- toda sociedad distribuye posiciones dentro del sistema (ubicuidad);
- ninguna de estas posiciones es disponible en número ilimitado (escasez).
- toda posición dentro del sistema está en relación con el sistema en su conjunto y así es aprehendida (relatividad).

Considerados así la criminalidad y el delito, la lucha contra los mismos parece ingenua e incluso peligrosa: aunque "la criminalidad" pudiera extirparse, pronto surgirían en su lugar equivalentes funcionales que depararían al afectado por ellos y a los demás por lo menos los mismos problemas que la criminalidad nos depara hoy, pues no se puede eliminar una parte perteneciente al proceso de socialización del todo sin que el mismo sea afectado.

c) "La criminalidad es útil"

La tesis de la normalidad del delito corresponde a una consideración que se limita a la descripción de funciones, guardándose de hacer valoraciones. Durkheim ⁽⁸⁰⁾ contesta a los que le reprochan que no condene la

criminalidad por considerarla normal, que tampoco el dolor es valorado positivamente y no por eso deja de ser "útil". En sus reflexiones ⁽⁸¹⁾ se encuentran incluso algunos planteamientos que permiten tesis más avanzadas: la criminalidad no sólo es normal, sino necesaria e incluso irrenunciable para la sociedad.

En una consideración funcionalista la utilidad de la criminalidad se deriva ya de que está "unida a las condiciones de cualquier vida social" ⁽⁸²⁾. Frecuentemente, el delincuente se adelanta a su tiempo, prepara los cambios sociales y anticipa la futura moral. *Coser* argumenta de un modo menos ideológico y selectivo. También para él la función innovadora de la conducta desviada y de la criminalidad ocupa el centro de gravedad ⁽⁸³⁾. Pero, por encima de esto, pone de relieve ⁽⁸⁴⁾ que el delito no sólo puede lesionar la norma del grupo o, en su caso, de la sociedad, sino también confirmarla y reforzarla. El rechazo común de la conducta desviada puede confirmar los valores grupales, y lo mismo puede conseguirse tolerando al desviado. Efectivamente, apenas puede discutirse que la sociedad, tanto a la hora de castigar, como de perdonar, asegura sus normas frente al delincuente, reforzándolas, pudiendo así mejorar su sensibilidad integradora y social.

A las mismas valoraciones de la teoría sociológica funcionalista llega la concepción del comportamiento criminal que tiene la Psicología profunda ⁽⁸⁵⁾. Su punto de partida son las "necesidades de pena" que se reflejan durante la persecución y condena del desviado, la represión de los propios instintos criminales y la elaboración y estabilización de Superyo colectivo.

La necesidad de lo criminal se expresa gráficamente en la imagen del "chivo expiatorio": cargado con nuestros pecados el delincuente es expulsado de la sociedad llevando consigo la maldad general que se ha manifestado en su delito.

Ni en las explicaciones sociológicas, ni en las psicológicas se da una valoración determinada o una indicación sobre la Política criminal a seguir. El que el delito sea "normal" o "necesario" no significa para estas teorías que haya que aceptarlo, sino sólo que cumple funciones que, bajo determinados presupuestos, son necesarias (socialización, educación, civilización). Esto naturalmente complica la valoración y la Política criminal a seguir: la "lucha contra el delito" es una política que recae sobre un ámbito inabarcable; el delito tiene raíces muy profundas y vinculadas a otros datos, en cuya existencia estamos interesados y que tampoco -por lo menos en un tiempo previsible- se pueden "eliminar". Los grandes problemas que el delito plantea al individuo y a la sociedad no pueden ser "resueltos", sino sólo "elaborados" ⁽⁸⁶⁾.

5. *¿Sociedades sin criminalidad?*

La tesis de que podrían existir (o incluso han existido) sociedades sin criminalidad sólo se puede mantener en base a un concepto demasiado estrecho de "criminalidad", demasiado trivial como para servir de base a una tesis.

Lo que es la "criminalidad" sólo se puede determinar en relación a unas normas⁽⁸⁷⁾. Las normas penales son las que establecen que una conducta sea aquí y hoy delictiva, mientras que en otras épocas era normal o incluso deseada.

Por su parte, las normas penales suponen un sistema penal que las forme y aplique. Visto así, la criminalidad parece ser un fenómeno moderno, desconocido en las sociedades primitivas que no disponen de normas jurídicas positivas⁽⁸⁸⁾, organizativamente carecen de instituciones sociales más allá de las simplemente familiares⁽⁸⁹⁾ o, estructuralmente, son "acéfalas", es decir, sin jerarquía ni distinción entre los que dan las órdenes y los que las ejecutan⁽⁹⁰⁾.

Vistas desde nuestro punto de vista actual, tales sociedades pueden ser consideradas como "sociedades sin criminalidad", ya que carecen de las instituciones que, entre nosotros, definen y constatan la criminalidad.

Pero esto no dice mucho sobre la realidad del "delito" y de la "pena" en dichas sociedades (y, en todo caso, de poco puede servir para fundamentar la "abolición del Derecho penal" en las sociedades modernas). Sólo quien, siguiendo las variantes más radicales del "labeling approach"⁽⁹¹⁾, considere el fenómeno criminal simplemente como el resultado de definiciones institucionales (de la policía, del ministerio público y de los tribunales), puede pasar por alto el hecho de que también en esas sociedades hay violencia, apropiación ilegítima de cosas ajenas y otras lesiones de intereses ajenos que, por supuesto, no quedan sin una reacción, frecuentemente ritualizada⁽⁹²⁾.

No hay socialización sin roles, ni expectativas ni normas de conducta sin sanción de la infracción de los roles, de la frustración de las expectativas y de la desviación normativa. Al contrario, los grupos sociales desarrollan y estabilizan su propia autonomía y autoconstatación frente a los otros preferentemente a través de tales normas⁽⁹³⁾. Las agresiones a intereses humanos reconocidos socialmente son, por tanto, algo más que puros daños fácticos o accidentes; no son sólo sucesos reales, sino también normativos.

Los contenidos normativos son variables, cambiantes histórica y geográficamente; igual que lo son también las sanciones de la lesión normativa y las formas de su imposición. Estas variantes pueden ser muy

amplias, según los datos culturales de la respectiva sociedad; así, por ej., hay normas que prohíben la magia negra ⁽⁹⁴⁾, o sanciones que van, en caso de homicidio, desde las más graves lesiones corporales ⁽⁹⁵⁾ hasta simples acuerdos sobre indemnizaciones por daños ⁽⁹⁶⁾, y el proceso puede incluso consistir en una fiesta de reconciliación ⁽⁹⁷⁾. No hay, pues, "sociedades sin criminalidad", es decir, sociedades en las que se permita la desviación o ésta quede impune.

Los que utilizan políticamente esta imagen de una sociedad sin criminalidad como una exigencia de cara al futuro, deberían tener en cuenta los respectivos datos culturales de los que dependen las formas de control social (norma, sanción, proceso) ⁽⁹⁸⁾. Entre estos datos se cuentan las normas sociales (que, como control social informal pueden descargar la labor de los "Tribunales"), el grado de complejidad de una sociedad (que, por ej., deja sin efecto otros controles paralelos o hace especialmente merecedores de protección intereses de la comunidad), o también el grado de sensibilización moral (que, por ej., excluye la tortura o la pena de muerte). Si se reúnen todos estos datos y se tiene en cuenta la experiencia que, por ej., se observa en los Estados totalitarios ⁽⁹⁹⁾ de que precisamente son las sociedades represivas las que más se caracterizan por las bajas cotas de criminalidad en la vida cotidiana, pronto se verá que el mito de una "sociedad sin criminalidad es un dato ingenuo y peligroso que en absoluto caracteriza a la sociedad humana.

III. Extensión de la criminalidad

No sólo para el legislador, sino también para la investigación sumarial, la jurisprudencia y la Administración penitenciaria, es necesario un buen conocimiento de los daños que produce la conducta delictiva, las cuotas de la criminalidad en la población, la frecuencia estadística de los distintos delitos, su distribución por edad, sexo, nacionalidad, porcentaje de delitos descubiertos, etc. Un Derecho penal que quiera proteger bienes jurídicos, debe asegurarse de que esta protección puede lograrse.

Así, por ej., debe saber el legislador cuáles son los bienes jurídicos que más específicamente están amenazados por el desarrollo de determinadas formas de criminalidad (por ej., el tráfico de drogas) o de técnicas delictivas ("criminalidad por computadoras"), pero también si el "acuerdo social normativo" ⁽¹⁰⁰⁾ existente en la población valora la necesidad de pena más (por ej.: polución del medio ambiente) o menos (por ej.: homosexualidad).

Las instancias encargadas de la investigación criminal se ven expuestas al reproche de que en su tarea actúan “selectivamente”, es decir, favorecen a unos delincuentes y perjudican a otros ⁽¹⁰¹⁾. Para evitar este reproche y actuar igualitariamente, tienen que estar informados sobre las causas, tipos y extensión de esta “selección”.

Igual sucede con la praxis de los Tribunales penales. También ellos necesitan, por lo menos a la hora de determinar la pena aplicable, un conocimiento seguro acerca de la prognosis, sobre todo si, como sucede en el Código penal alemán, se deben tener en cuenta los efectos que la pena puede ejercer en la vida futura del delincuente. Sin una información fiable de la evolución actual de la criminalidad o del efecto de la concreta sentencia penal sobre esa evolución, no se pueden hacer consideraciones preventivas generales; pero también las consideraciones preventivas especiales deben apoyarse en un conocimiento fiable de los daños que puede causar la condena en el proceso de socialización del condenado, de los efectos que la pena puede tener sobre él, por ej., durante el tiempo que pase en la cárcel, y de las consecuencias que puede tener en su mundo circundante .

También si se toman en serio declaraciones como las contenidas en el Art. 25,2 de la Constitución española (“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”), en el 2,1 de la Ley Penitenciaria alemana (“capacitar al preso para una vida sin delitos, en responsabilidad social”), tiene que orientarse la ejecución penitenciaria hacia estas metas. Para ello tiene naturalmente que tener conocimiento no sólo de la persona del recluso ⁽¹⁰²⁾ y de la idoneidad de los medios resocializadores empleados en el sistema penitenciario ⁽¹⁰³⁾, sino también de la realidad del delito y de la criminalidad en nuestra sociedad ⁽¹⁰⁴⁾.

1. Estadística criminal

El conocimiento sobre la extensión de la criminalidad se adquiere sobre todo a través de las estadísticas que, desde el primer tercio del siglo XIX, registran y analizan las modificaciones y la evolución de la criminalidad .

a) Clases de estadística criminal

La extensión de la criminalidad puede averiguarse por distintas vías y por distintas razones o intereses políticos, politicocriminales y científicos ⁽¹⁰⁵⁾; de ahí las diversas clases de estadística criminal.

En general en casi todos los países civilizados ⁽¹⁰⁶⁾, existen Estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias, además de las que se realizan en otros ámbitos oficiales o privados que se refieren a cuestiones particulares sobre la criminalidad ⁽¹⁰⁷⁾, determinados delitos (por ej. terrorismo) ⁽¹⁰⁸⁾, homicidios ⁽¹⁰⁹⁾, secuestros ⁽¹¹⁰⁾, secuestro de aeronaves ⁽¹¹¹⁾, estafa de subvenciones ⁽¹¹²⁾, criminalidad organizada ⁽¹¹³⁾, etc.

Aunque no son propiamente estadísticas también son de interés, - sobre todo para valorar comparativamente la personalidad de los delincuentes- los informes existentes sobre casos y procesos criminales “célebres” ⁽¹¹⁴⁾, y las propias narraciones, memorias y autobiografías de famosos delincuentes o de las víctimas de sus delitos ⁽¹¹⁵⁾.

b) Valor informativo de la estadística criminal

El valor informativo de la estadística criminal es tan diverso como el de la estadística en general. Se discute, por eso, entre los criminólogos hasta qué punto merecen confianza estos datos numéricos sobre la criminalidad, sobre todo si se confía en un solo tipo de estadística. Por eso, se propone que se comparen las diversas estadísticas entre sí, corrigiendo después los resultados que cada una arroja ⁽¹¹⁶⁾.

La Estadística policial no ofrece la criminalidad “real” (es decir, el conjunto de todas las infracciones de las normas jurídicopenales), sino sólo la que ha sido denunciada o de cualquier otro modo, ha sido registrada policialmente, comparándola luego con la cuota de delitos averiguados, clasificándolos en función de la edad, sexo y nacionalidad del delincuente, daños causados, momento de comisión, etc. ⁽¹¹⁷⁾.

Nadie identifica la Estadística policial con la criminalidad “real” ⁽¹¹⁸⁾. Se sabe, por ej., que las denuncias superan el número de los delitos averiguados por la policía en una relación del 90 al 100% ⁽¹¹⁹⁾; que los funcionarios policiales “actúan selectivamente”, porque, dada la limitación de los medios disponibles, tienen que concentrarse en determinadas “situaciones sospechosas” y porque por la propia “experiencia” saben que algunas sospechas deben ser investigadas más que otras ⁽¹²⁰⁾; que la inclinación a denunciar un delito varía de modo relevante según el tipo de delito y las características personales de la víctima ⁽¹²¹⁾, modificándose al mismo tiempo que cambia la sociedad y que, por tanto, no siempre se dan las mismas transformaciones de la imagen “real” de la criminalidad a través de los tiempos ⁽¹²²⁾.

La Estadística policial ofrece, pues, un conocimiento fiable sólo de la criminalidad conocida o investigada policialmente, así como de algunos de sus elementos estructurales. Pero para conocer la relación entre crimi-

nalidad conocida y criminalidad real hay que añadir cuestionarios e informaciones ulteriores sobre el delincuente y la víctima ⁽¹²³⁾. Para ello se utilizan cuestionarios anónimos en los que se reflejan situaciones criminales vividas por los encuestados en un determinado período de tiempo, ofreciendo así un panorama -sin duda limitado- de lo que "realmente ha pasado". Tales cuestionarios no sólo demuestran que la criminalidad descrita en ellos claramente supera la criminalidad realmente registrada, sino también que la criminalidad registrada ofrece alteraciones, cuantitativamente de diversa importancia, de la criminalidad "real" ⁽¹²⁴⁾.

Es, pues, evidente que no se puede confiar excesivamente en tales encuestas. También la criminalidad descrita puede ser una alteración de la "real", bien porque existan lagunas en el recuerdo de los encuestados, bien porque éstos hacen afirmaciones exageradas, bien porque simplemente callan datos relevantes ⁽¹²⁵⁾. Por todo ello, se puede decir que ni de las encuestas, ni de las estadísticas sobre ámbito o extensión de la criminalidad basadas en las denuncias y en la actuación policial se deduce la criminalidad "real", ni siquiera en caso de alteración constante ⁽¹²⁶⁾.

Mayor grado de selectividad tiene la Estadística judicial, aunque tampoco esta estadística abarca toda la criminalidad "real", ya que se basa igualmente en los datos registrados oficialmente. Pero a diferencia de lo que sucede con la estadística policial, la judicial constituye un filtro de la criminalidad, ya que sólo registra el delito que ha sido objeto de una sentencia condenatoria firme tras el correspondiente proceso formal ⁽¹²⁷⁾.

c) Crítica del valor informativo de la estadística criminal

Prescindiendo ahora de las objeciones de tipo metódico ⁽¹²⁸⁾, la principal crítica que se formula contra la estadística criminal se basa en que constituye un "constructo", es decir, una creación ideológica que no describe la "realidad", sino simplemente la actividad policial y judicial. Ciertamente poco se puede deducir de actividades tales como el registro, la investigación, las denuncias, procesos y condenas en relación con la extensión, estructura y cambios de la criminalidad. Más bien sucede lo contrario: lo único que se deduce de ellas son alteraciones o desfiguraciones sistemáticas ⁽¹²⁹⁾.

Pero también se confiesa que la Estadística policial y la judicial son, en todo caso, medios idóneos para el conocimiento de los principales problemas y los cambios de las actuaciones oficiales, es decir, permiten observar la evolución de los procesos de control estatal ⁽¹³⁰⁾.

De todo esto se deduce claramente que la extensión de la criminalidad "real" no se puede conocer ni a través de la estadística policial ni de la judicial, ya que en ellas operan mecanismos alteradores. Pero esto no significa que estas estadísticas carezcan de valor o sean perjudiciales, pues, en todo caso, no sólo permiten un análisis de la praxis oficial -lo que ya de por sí es importante para una consideración crítica de la Política criminal y de la praxis judicial y fiscal-, sino que también a corto plazo constituyen un medio de conocimiento imprescindible de la criminalidad "real" ⁽¹³¹⁾. Si se toma en serio la crítica al valor informativo de la Estadística criminal, deben tenerse en cuenta los mecanismos desfiguradores y abandonar cualquier esperanza de obtener información fiable sobre la criminalidad "real" ⁽¹³²⁾. Habrá, además, que intentar neutralizar la causa de los defectos reelaborando otras estadísticas (por ej. la de las denuncias junto con la policial) ⁽¹³³⁾. Y en muchas cuestiones prácticas (por ej., técnica protectora de la ley penal utilizada en la descripción de un determinado tipo delictivo o en la determinación de la pena respecto a la receptividad penal de determinado tipo de delincuentes), será útil valorar también los conocimientos criminológicos existentes sobre determinados tipos de delitos a los que ya hemos hecho referencia antes.

De todos modos, debe reflexionarse críticamente sobre la tendencia a favorecer unilateralmente los análisis cuantitativos y sospechar metódicamente de los análisis cualitativos ⁽¹³⁴⁾, pues aunque sea cierto que no pueden derivarse sin más resultados generalizadores de concretas descripciones de casos y biografías, tales descripciones ofrecen tanto al legislador, como también al ministerio público y al juez penal, el conocimiento empírico sobre las cuestiones que les incumben, un conocimiento que, con todas las reservas, debe hacerse fructificar. Este es también el conocimiento que tienen el legislador, el juez y los funcionarios de prisiones, cuando deciden conforme a su experiencia profesional, utilizando los análisis cuantitativos sólo como apoyo o como criterio corrector ⁽¹³⁵⁾.

2. La "cifra oscura"

Aunque, como se ha visto, sean absolutamente posibles conocimientos sobre la respectiva extensión de la criminalidad, hay que adoptar como punto de partida que la criminalidad "real" sólo se puede valorar, pero no conocer ⁽¹³⁶⁾. El terreno existente entre la criminalidad real y la registrada se denomina "cifra oscura" ("zona oscura", "dark number") ⁽¹³⁷⁾.

Desde antiguo conocen los especialistas en Estadística criminal este fenómeno de la cifra oscura ⁽¹³⁸⁾.

a) Presunciones y datos sobre la cifra oscura

La cifra oscura varía en función de la clase de estadística, policial o judicial: no todo delito cometido es perseguido, no todo delito perseguido es registrado; no todo delito registrado es averiguado por la policía; no todo delito averiguado es denunciado; la denuncia no siempre termina en juicio oral; el juicio oral no siempre termina en condena. La elaboración social y judicial del delito va haciéndose cada vez más precisa en cada nivel hasta llegar a la condena firme de una persona; pero también va aumentando en cada nivel la cifra oscura ⁽¹³⁹⁾. En el lenguaje generalmente empleado se caracteriza como “cifra oscura” la relación entre la criminalidad real y la registrada oficialmente (es decir, que ha llegado a las autoridades competentes) ⁽¹⁴⁰⁾.

Los datos más importantes existentes sobre la cifra oscura se resumen así ⁽¹⁴¹⁾:

- la criminalidad real es mucho mayor que la registrada oficialmente ;
- en el ámbito de la criminalidad menos grave la cifra oscura es mayor que en el ámbito de la criminalidad más grave;
- la magnitud de la cifra oscura varía considerablemente según el tipo de delito;
- en la delincuencia juvenil es donde se da un mayor porcentaje de delincuencia con una relativamente menor cuota sancionatoria;
- la cuota sancionatoria es responsable también del fortalecimiento de carreras criminales ⁽¹⁴²⁾;
- las posibilidades de quedar en la cifra oscura dependen de la clase social a que pertenezca el delincuente ⁽¹⁴³⁾.

b) Importancia de la “cifra oscura” para la Política criminal y la praxis jurídica penal

Quizás lo más importante de la “cifra oscura” sea el malestar que produce en una Administración de Justicia que, teóricamente, está obligada a actuar de un modo justo, tratando a todos por igual e imponiendo, por encima de todo, la legalidad ⁽¹⁴⁴⁾. Desde luego no puede esperarse que desaparezca completamente la cifra oscura, dadas las múltiples circunstancias que la condicionan: escasez de recursos estatales ⁽¹⁴⁵⁾, selectividad y prejuicios de las valoraciones profesionales y de las humanas en

general, diferencias de oportunidades en función de la edad, sexo y clase social para sustraerse al control o para superarlo con éxito⁽¹⁴⁶⁾.

Tampoco puede impedir ese malestar el llamado "efecto preventivo de la ignorancia" ⁽¹⁴⁷⁾. Por supuesto que ninguna sociedad puede (o quiere) alcanzar una transparencia total del comportamiento; ningún sistema normativo aspira a descubrir todas las infracciones, ni ningún sistema sancionatorio garantiza su función protectora a base de eliminar todas las infracciones normativas ⁽¹⁴⁸⁾. La ignorancia de la criminalidad "real" desempeña, sin embargo, la función (positiva y estabilizadora) de regular el sistema de control social y dentro del mismo el control jurídicopenal; de dar la impresión de respeto y mostrar su capacidad de elaboración del conflicto⁽¹⁴⁹⁾. Quedan, no obstante, dos cuestiones por responder: por un lado, nada se dice sobre cómo puede compaginarse esta ignorancia de la Administración de Justicia con el principio de que todos los delitos deben ser perseguidos de oficio, pues parece evidente que este principio impide que la cifra oscura pueda ser utilizada como factor estabilizador. Pero sobre todo, quizás esta idea del "efecto preventivo de la ignorancia" pueda tranquilizar respecto a la existencia de la cifra oscura, pero no respecto a la función selectiva de esa ignorancia: si el sistema del Derecho penal no puede aprehender ni elaborar todas las infracciones normativas, debe entonces, por lo menos, asegurar que la oportunidad de permanecer en la cifra oscura sea distribuida por igual entre todos los miembros de la sociedad ⁽¹⁵⁰⁾.

Pero por más que esta exigencia sea indiscutible, es difícilmente realizable: el Derecho penal no "decide" en favor de la cifra oscura; la ignorancia es simplemente el producto de una función del sistema (de la relación entre las tareas a cumplir y su capacidad para elaborarlas).

Sin embargo, algunas consecuencias más concretas son evidentes.

La existencia de cifras oscuras y la circunstancia de que sólo *a grosso modo* podamos calcular su extensión o amplitud, privan en parte de su poder de convicción a algunos conceptos políticocriminales tales como el de la "lucha contra el delito" ⁽¹⁵¹⁾. Si sólo podemos calcular la extensión del "delito" vagamente (por no decir nada de las circunstancias personales y sociales que más allá del Derecho penal aumentan o disminuyen la criminalidad), tenemos que ser prudentes a la hora de formular metas demasiado radicales. Tanto la investigación de la cifra oscura, como también las teorías sobre la función de la ignorancia ofrecen conceptos como el de "elaboración de la criminalidad", que no conciben ni pretenden utilizar al Derecho penal como un instrumento protector o de lucha contra el delito; pues, en definitiva, difícilmente se puede ver lo que

el proceso penal y el sistema penitenciario aportan “realmente” a la “lucha contra el delito”, aunque sí el sacrificio que supone para el afectado por ellos ⁽¹⁵²⁾.

También la teoría y la praxis de la determinación de la pena se ven afectadas por la cifra oscura y la ignorancia, sobre todo en los elementos que se refieren o implican un pronóstico. El conocimiento de la extensión real de la criminalidad, que ciertamente es importante junto con otros criterios comparativos para valorar la culpabilidad, es verdaderamente fundamental a la hora de hacer pronósticos sobre la vida futura del condenado en la sociedad o para valorar las necesidades de “defensa del Orden jurídico”, tal como exigen los preceptos que disciplinan la medición de la pena y algunos beneficios como la condena y la libertad condicionales en el Código penal alemán. (cfr. 46,I, 2, 47, 56,III, 59,I, nº 3).

Una imagen desfigurada de la criminalidad “real” sólo puede producir una prognosis también desfigurada del futuro (relativizando el valor de cualquier juicio sobre ese futuro) ⁽¹⁵³⁾. Por eso, el argumento de la cifra oscura habla en contra de una agravación de la pena cuando esta agravación sólo se apoya en una prognosis.

También para la praxis del Ministerio Fiscal y para la del juez penal, sobre todo para la del juez penal de menores, es importante saber que para los jóvenes las cuotas de sanción son muy selectivas, por un lado, y, por otro, responsables en parte del fortalecimiento de carreras criminales. Por eso, la investigación de la cifra oscura hace aconsejable el concepto de “Non Intervention”, al que nos referiremos más adelante.

Como ha demostrado ya el “modelo del círculo vicioso” en relación con los delincuentes juveniles, la posibilidad de una carrera criminal también depende de si los funcionarios de la Administración de Justicia intervienen o no formalmente en las infracciones jurídicas ⁽¹⁵⁴⁾. Si, por tanto, se quiere evitar esas carreras criminales, deben buscarse en este sector otras posibilidades de solución no formal en lugar del proceso y la condena penal.

IV. Concepto de conducta criminal

1. “Definiciones cotidianas” de lo criminal

Hasta ahora hemos empleado los conceptos de “criminalidad” y “delito” de un modo inespecífico; pero tanto en la Criminología, como en el Derecho penal se dan conceptos más precisos. Así, por ej., se distingue en la Criminología entre conducta “criminal” y conducta “desviada”, y

en el Código penal español entre “delitos” y “faltas” (art. 1). Esta imprecisión conceptual se da también en el lenguaje cotidiano. Este lenguaje cotidiano es importante para la praxis y la teoría del Derecho penal, pues precisamente a través del lenguaje se reflejan las actitudes sociales ante la criminalidad objeto del Derecho penal. Estas actitudes son relevantes, por un lado, para tomar decisiones políticocriminales (en el sentido de una política jurídicopenal cercana a la “realidad” y a las convicciones “sociales”), pero, por otro, para la valoración de las consecuencias que tiene la Administración de Justicia en el desarrollo de la criminalidad y de las normas sociales (en el sentido de lo que, como veremos más adelante, se llama “prevención general positiva”).

Lo que la gente entiende por “criminalidad” es cambiante y depende de diversas variables ⁽¹⁵⁵⁾. Gracias a los estudios sobre “conocimiento y opinión sobre instituciones legales y Derecho” (KOC= “Knowledge and Opinion of Law and legal Institutions”) ⁽¹⁵⁶⁾ sabemos algo al respecto. En la medida en que estos estudios se refieren al Derecho penal y son metodológicamente fiables, sabemos por ej.:

- que en el ámbito de la criminalidad menor los límites entre la conducta desviada socialmente y la conducta delictiva son inseguros;
- que existe un amplio consenso sobre la punibilidad de los delitos “tradicionales” (robo, homicidio, violación), aunque no sobre la gravedad de las sanciones aplicables a los mismos.
- que el consenso es escaso en lo que se refiere a la punibilidad de los ataques a los “bienes jurídicos universales” (delitos económicos, conducción de vehículo de motor sin el permiso correspondiente, etc.);
- que el consenso es nulo, es decir, que existe una gran discrepancia de opiniones sobre la punibilidad de los llamados delitos, “sin víctimas” como el consumo de drogas ilegales, los delitos religiosos y políticos;
- que las valoraciones dependen del grado de formación, de la edad y del sexo del que las realiza, e incluso del medio en el que habita o de sus propias experiencias como delincuente o como víctima.

Por supuesto que en ningún caso existe en estas investigaciones científicas sobre las definiciones cotidianas de la criminalidad la menor preocupación sobre los elementos conceptuales del “hecho punible”, problema este que, como es sabido, constituye el eje central de la Dogmática jurídicopenal. Las investigaciones a que ahora hacemos referencia centran su interés en cuestiones tales como, por ej.,:

- grado de aceptación que tiene el Derecho penal entre la población ⁽¹⁵⁷⁾.
- importancia que tiene la valoración de la criminalidad en la seguridad ciudadana ⁽¹⁵⁸⁾.

- rol que desempeñan los medios de comunicación en el proceso de definición cotidiana de la criminalidad ⁽¹⁵⁹⁾.

También las llamadas “encuestas de las víctimas” aportan datos sobre las definiciones cotidianas de la criminalidad, abarcando un amplio espectro de intereses, entre otros el del esclarecimiento de la “cifra oscura”, a la que antes nos hemos referido. Estas investigaciones tienen que resolver, por un lado, problemas de desajuste entre las definiciones cotidianas y las oficiales ofrecidas por el Derecho penal ⁽¹⁶⁰⁾; y, por otro, tienen que centrar su interés en las causas y evolución del miedo a la criminalidad y en las actitudes de la población sobre la misma ⁽¹⁶¹⁾.

En resumen: la Criminología, a diferencia de lo que ocurre con la teoría y la praxis del Derecho penal, no está tan interesada en la “definición” de la conducta “desviada” o, en su caso, “delictiva”, como en su significación social. Por eso, apenas sabemos nada de las “definiciones cotidianas” y lo poco que sabemos es que son oscuras y enormemente variables.

2. Conceptos de conducta desviada en Criminología

Es evidente que este interés de la investigación criminológica no sólo recae sobre lo que la población -“cotidianamente”- entiende por “criminalidad”, sino también sobre lo que la misma Criminología considera conducta “desviada” o, en su caso, “delictiva”. La Criminología no se ocupa, por consiguiente, tanto de la cuestión de qué conductas deben ser consideradas como “desviadas”, como de las condiciones que dan origen o inciden en la evolución de lo que se entiende como desviación y su significación social. La teoría y la praxis jurídicopenal proceden precisamente a la inversa.

a) Conducta “desviada” y conducta “punible”

Es comprensible que la Criminología no quiera que su objeto le venga dado por el Derecho penal ⁽¹⁶²⁾; como ciencia empírica e interdisciplinar la Criminología debe extender su campo de investigación más allá del objeto que le marca el Derecho penal; no puede depender de las cambiantes normas legales y judiciales sobre la punibilidad. Desde su punto de vista, debe valorar los cambios que se producen en la punibilidad y, sobre todo, investigar en qué se diferencian las infracciones de las normas penales de las infracciones de otras normas de conducta. Su objeto es, por tanto, la criminalidad como una forma de conducta desviada ⁽¹⁶³⁾.

La “conducta desviada”, la “desviación” es consecuentemente también el concepto clave de la moderna Criminología ⁽¹⁶⁴⁾.

Pero aquí comienzan las dificultades conceptuales. Lo que se considera “desviado” depende de las normas vigentes reconocidas; no existe conducta desviada si no hay una norma de conducta; pero el ámbito normativo es difuso y poco preciso. En el fondo, sólo las “normas” técnicas o, en su caso, estadísticas carecen de significación, ya que este tipo de normas no necesitan una estabilización contrafáctica ⁽¹⁶⁵⁾, pues ni se infringen ni se corrigen. En cambio, las normas que sirven de base al concepto de desviación son “contrafácticas”, es decir, su infracción no sólo no las conmueve, sino que incluso, al ser sancionada, sale reforzada su vigencia.

La Criminología no sólo incluye la criminalidad, sino todo lo que entra dentro del concepto de conducta desviada, como por ej., drogodependencia, enfermedad mental, suicidio, desviaciones sexuales. La investigación criminológica y, en general, sociológica de las normas, sus infracciones y sanciones, se ve así enriquecida al incluir fenómenos más allá de los característicos de la conducta punible, ya que en cualquier ámbito de nuestra vida se encuentran situaciones y roles normativamente regulados ⁽¹⁶⁶⁾.

b) Normas sociales y jurídicopenales

Por todo ello, a pesar de los problemas que surgen a la hora de definir, es lógico -también desde una consideración puramente jurídicopenal- incluir en la perspectiva criminológica no sólo la conducta punible, sino también la conducta desviada. Las explicaciones criminológicas de la conducta punible no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que tienen que incluir las experiencias científicas obtenidas en el marco de la investigación sobre desviación: las normas del Derecho penal son también normas sociales, pero ambas están entre sí en una relación de precariedad, que se refleja en los siguientes datos:

- las normas del Derecho penal no siempre son una parte del conjunto de las normas sociales que protege especialmente la parte más importante de éstas (por ej.: la prohibición de matar).

- En algunos sectores como, por ej., los llamados “delitos de caballeros”, las normas jurídicopenales no son apoyadas, o lo son sólo en parte, por las normas sociales ⁽¹⁶⁷⁾.

- Las normas del Derecho penal se consideran “ubicuas”, es decir, se aplican, dentro de su ámbito de vigencia, con el mismo contenido y la misma intensidad a todos; las normas sociales, por el contrario, se aplican “segmentariamente” limitándose a determinados grupos de referencia, pudiendo variar en su contenido ⁽¹⁶⁸⁾.

- La imposición de normas sociales (control social informal) y la imposición de las normas jurídicopenales (control social formal), tienen elementos comunes fundamentales (los conceptos de norma-sanción-proceso) y diferencias específicas (por ej. los aspectos formalizadores, a los que luego haremos referencia) .

La expresión “desviación” o, en su caso, la de criminalidad, entendida, como ya hemos indicado, como una forma de conducta desviada, no significa un empobrecimiento del concepto de delito ⁽¹⁶⁹⁾; sino algo que se justifica por el propio ámbito de investigación de la Criminología, que no sólo está constituido por los mandatos y prohibiciones jurídicopenales, sino también por las normas sociales; e igualmente se justifica también por su objeto de investigación, es decir, por la criminalidad en sus relaciones con otras infracciones normativas. El que la expresión “desviación” (como también la de “conflicto” o la de “problema social”) ⁽¹⁷⁰⁾ suene y se emplee, en contraste con la de “delito”, de un modo más neutro valorativamente, se debe a la metodología empírica de la Criminología; pero esto no quiere decir que carezca de significación normativa, sino sólo que ésta queda ensombrecida.

Por lo demás, también las reacciones normativas mismas a la conducta desviada (tales como las reacciones de la víctima o de la población, a las que ya hemos hecho referencia) son objeto de investigación empírica.

c) Factores de la conducta desviada

a') Resultados de la Criminología etiológica

La Criminología “positivista”, también llamada “tradicional” o “etiológica” ⁽¹⁷¹⁾, no ha limitado su objeto de investigación a la conducta delictiva, sino que ha incluido, como no podía ser de otro modo, otras formas de desviación, ya que fenómenos como el de la actuación en bandas ⁽¹⁷²⁾ no pueden contemplarse en su totalidad limitándose a la conducta punible. Sin embargo, sólo con la crítica del “labeling approach”, a la que más adelante nos referiremos, se hizo patente en la Criminología la importancia de diferenciar la conducta punible de la conducta desviada. Para el planteamiento más radical del “labeling” son las instancias de control social (es decir, los encargados de la Administración de Justicia penal) las auténticas fuerzas productoras de la criminalidad.

Pero hasta llegar a este punto, la Criminología, en sentido estricto, no se preocupó de distinguir entre “desviación” y “delito”.

La Criminología tradicional se llama “etiológica”, porque vincula el concepto de conducta desviada con las causas y factores de la desviación.

La desviación, el delito y la criminalidad son considerados como fenómenos condicionados por factores científicamente investigables. La eliminación estratégica o cualquier otro tipo de modificación de tales factores influye, según este planteamiento, también en la conducta desviada.

Precisamente, se distinguen las distintas escuelas y direcciones investigadoras de esta Criminología tradicional en función de los factores que, en cada escuela, se consideran como más importantes desde el punto de vista criminógeno o desde el de la causación de la desviación ⁽¹⁷³⁾. Así, por ej.:

- para las teorías biológicas ⁽¹⁷⁴⁾, lo decisivo son los defectos en el cuerpo del individuo delincuente;
- para las teorías de la socialización, los defectos hay que buscarlos en el medio familiar ⁽¹⁷⁵⁾;
- para las teorías de la subcultura (también llamadas técnicas de neutralización) se trata de buscar los defectos en la adaptación a las normas vigentes ⁽¹⁷⁶⁾;
- para la teoría de la anomia, los defectos hay que buscarlos en la estructura social ⁽¹⁷⁷⁾;
- para las teorías multifactoriales, son varios los defectos y sus causas ⁽¹⁷⁸⁾.

A todas estas teorías es común, sin embargo:

- no concentrar su interés científico en el concepto de conducta desviada o de conducta criminal, sino en sus causas y cambios;
- considerar que las causas y condiciones de *cambio* deben localizarse en la persona misma del desviado o en su entorno (familia, grupo, sociedad), pero no en quienes deciden y sancionan la desviación o, en su caso, el delito;
- ordenar estos factores en una escala que va desde el individuo concreto hasta las estructuras sociales, pasando por los fenómenos de interacción entre los individuos;
- ninguna de estas teorías, aunque se diferencien claramente entre sí, puede explicar suficientemente por sí sola fenómenos concretos como el de la delincuencia en el tráfico automovilístico, la delincuencia juvenil o la económica;
- todavía no se ha encontrado la fórmula para ordenar los diversos factores sistemáticamente de forma que pueda darse una explicación suficiente, común al fenómeno de la desviación en el sentido de un “planteamiento multifactorial”.

b') Importancia para la Administración de Justicia penal

Aunque las teorías que se acaban de exponer sobre la desviación tienen intereses distintos y dirigen su atención a temas ajenos a las teorías jurídicopenales sobre el delito, y aunque estos planteamientos etiológicos son discutidos tanto individual como globalmente (véase *infra*), no puede ignorarse su importancia para la Administración de Justicia penal.

Así, por ej., las explicaciones socioestructurales pueden ilustrar al legislador cuando elabora las leyes penales sobre las condiciones en las que puede incidir la regulación planeada y con las que debe contar (desempleo, condiciones de la vivienda, drogodependencia, violencia, etc.). También pueden ilustrar, tanto al legislador como a los Tribunales y al sistema penitenciario, las explicaciones teóricas sobre los defectos sociales y administrarles conocimientos sobre las consecuencias que pueden esperarse de sus decisiones (desde la receptividad de determinados grupos a determinadas intervenciones del Derecho penal, hasta la prognosis que se formula en el momento de la determinación de la pena, pasando por los presupuestos materiales de la resocialización o, por lo menos, de la no desocialización en el sistema penitenciario).

Para ello es necesario que las informaciones que suministran los planteamientos etiológicos se utilicen de forma correcta ⁽¹⁷⁹⁾, lo que requiere sobre todo una información completa y de primera mano del estado de la cuestión -algo difícilmente realizable en el momento actual de la praxis-. En el plano legislativo esta información es más fácil de conseguir a la hora de crear leyes que se refieren a problemas técnicamente complejos, como el medio ambiente, manipulación genética, etc. ⁽¹⁸⁰⁾; también se da ese asesoramiento técnico en el ámbito de la Justicia constitucional ⁽¹⁸¹⁾. Sin embargo, apenas se da en el ámbito de la Administración de Justicia ordinaria, en la que el Juez, por así decir de, "a pie", apenas recibe asesoramiento técnico en cuestiones tan trascendentes y necesitadas del mismo como son las que requieren un pronóstico; ello le obliga a tener que decidir en caso de duda, bien por insuficiencia de información, bien por ausencia de la misma, en favor del inculpado ⁽¹⁸²⁾.

De todos modos, una utilización razonable de los datos suministrados por los planteamientos criminológicos factoriales en la praxis juridicopenal debe tener en cuenta lo siguiente:

- los planteamientos factoriales ilustran sobre generalidades o datos regulares, no sobre casos concretos; por ello, deben ser "traducidos" en la praxis judicial penal y en el sistema penitenciario al caso concreto. En todo caso, siempre será problemático saber cuándo el caso concreto

coincide con la generalidad, ya que las particularidades que puede presentar son infinitas.

- Todo conocimiento criminológico tradicional, como cualquier otro conocimiento empírico sobre relaciones causales, debe aceptarse con la reserva de que pueda ser superado en el transcurso del tiempo. Esto significa que, por ej., el legislador, a la hora de elaborar leyes fuertemente vinculadas a datos empíricos, como las referidas al tráfico de drogas, salud pública, etc., debe contar ya con posibles modificaciones en el futuro ⁽¹⁸³⁾. Pero incluso el juez penal, que apenas puede hacer uso de esos conocimientos, debe ser muy cauto a la hora de hacer pronósticos y emplearlos, cuando son inseguros, sólo en la medida que favorecen al reo.

- Las decisiones que se realizan en el ámbito de la Administración de Justicia penal no sólo tienen las consecuencias principales pretendidas, sino también otras consecuencias secundarias negativas que muchas veces ni tan siquiera son previstas: por ej., las consecuencias negativas de la pena privativa de libertad para la familia del recluso, o el deterioro de la conciencia jurídica de la población en los casos en que se imponen penas muy graves con finalidad intimidatoria. También estas consecuencias secundarias deben ser tenidas en cuenta a la hora de decidir, en la medida en que son previsibles. En todo caso, la Administración de Justicia penal debe utilizar en el caso concreto, con gran cautela, a la vista de todo lo dicho, el conocimiento que le brindan los planteamientos factoriales.

d) Definiciones de conducta desviada

a') Planteamientos interaccionistas

La Criminología "clásica" centra su interés más en las causas que en el concepto mismo de conducta desviada. La nueva Criminología, que se denomina a sí misma como "interaccionista" ("labeling" o "social reaction approach") ⁽¹⁸⁴⁾, hace, en cambio, del concepto de desviación su preocupación fundamental, aunque naturalmente de un modo diferente a como lo hace el Derecho penal con el concepto, de delito (véase infra).

Varias son las fuentes de las que bebe esta "nueva" Criminología, aunque a veces ni siquiera sea consciente de ellas. Estas fuentes van desde la crítica del conocimiento, característica del idealismo alemán, hasta las más modernas y concretas observaciones sobre interacción en situaciones sociales determinadas. Las aportaciones de esta "nueva" Criminología podrían resumirse en estas palabras: la criminalidad no

“existe”, sino se “hace”. Esta construcción de la criminalidad nada tiene que ver con los factores etiológicos, sino con los sujetos que tienen el poder de definir (de ahí que estas teorías sean conocidas como “planteamientos definicionales” o “interaccionistas”).

Su punto de partida es que las cosas -entendiendo como tales también las normas y sucesos sociales como la criminalidad- no existen fuera de su aprehensión, y que todo es producto de una convención o constitución (intra) personal ⁽¹⁸⁵⁾. Estas convenciones o constituciones tienen vocación de permanencia y no pueden ser revocadas espontáneamente, hasta el punto que una vez estabilizadas se convierten en instituciones sociales. En ningún caso, pueden ser consideradas -y esto es importante- “ónticas”, es decir, como supuestos de hecho ya dados, sino como “productos” de la interacción social, que deben ser elaborados teóricamente, precisamente porque evolucionan.

Todo esto tiene consecuencias para el concepto y comprensión de la conducta desviada. “Conducta desviada es aquella conducta que las personas califican así” ⁽¹⁸⁶⁾. En el lugar que en la Criminología tradicional ocupan las normas sociales aparecen el etiquetamiento y la estigmatización del desviado, que son los factores que deciden ahora si una conducta es o no desviada.

Aunque a un nivel más elevado, llamado por *Lemert* “desviación secundaria”, la teoría interaccionista se aproxima a los tradicionales “planteamientos factoriales”, cuando describe al “desviado secundariamente” en una posición a la que ha llegado por la estigmatización de otros: aceptando el estigma, desempeñando el rol que se espera de él y deduciendo de la identidad negativa el aspecto positivo ⁽¹⁸⁷⁾. Con este mecanismo la estigmatización primaria se convierte también en factor criminógeno.

b') Importancia para la Criminología

Las teorías interaccionistas no sólo han hecho avanzar y evolucionar la Criminología, sino que, como veremos más adelante, también tienen importancia para la Administración de Justicia penal.

Por una parte, han conseguido llamar la atención científica sobre algo que parece evidente: que la conducta desviada no es un fenómeno aislado individual o social. Este dato no es, sin embargo, nuevo en la Criminología. Así, por ej., ya la teoría de las técnicas de neutralización, surgidas del modelo interaccionista, describen cómo el delincuente redefine ante sí mismo y los demás las normas para poder vivir con ellas. Tampoco las teorías de la socialización, de las que hablamos antes, pueden prescindir

del estudio de la interacción familiar cuando, por ej., hacen responsable del fortalecimiento de modelos de conducta desviada en el niño a determinados estilos de educación. Pero estos “planteamientos factoriales” no han avanzado suficientemente en la elaboración de los elementos interactivos para explicar la conducta desviada: ciertamente han investigado la interacción entre personas respecto al nacimiento o modificación de la conducta (desviada), pero no respecto al nacimiento o modificación del etiquetamiento de la conducta; han investigado los factores interactivos de los cambios de conducta, pero han dejado siempre sin responder la importancia de estos factores en la definición misma de la conducta como desviada; se han concentrado en la persona y la conducta del desviado, pero olvidando que el mundo circundante del desviado no sólo lo causa su conducta, sino también coparticipa en el enjuiciamiento de esta conducta.

Por otra parte, las teorías interaccionistas han destacado en la Criminología una dimensión que ya era conocida desde hace tiempo en la Ciencia del Derecho penal⁽¹⁸⁸⁾: la importancia de la norma en la conceptualización de la delincuencia. Como veremos más adelante, ha sido precisamente en relación con la teoría del bien jurídico donde la Ciencia del Derecho penal ha destacado siempre que el legislador dispone de varias posibilidades respecto a la criminalización de la conducta “propiaamente” punible⁽¹⁹⁰⁾. Desde la perspectiva criminológica, esto no significa otra cosa que la delincuencia es también el resultado de una definición, de un etiquetamiento (y no sólo resultado de factores criminógenos), es decir, de una definición del legislador penal que también podría haber sido distinta. Vistas así las cosas, no es exagerado decir que la criminalidad es “creada” con la criminalización y “excluida” con la descriminalización.

El que la desviación, la delincuencia y la criminalidad no son fenómenos previamente dados, sino también producidos interactivamente es un importante conocimiento que sirve para:

- abarcar más ampliamente el objeto de la Criminología y del Derecho penal;
- comprender la desviación como un proceso, es decir, como un fenómeno histórico cambiante;
- concebir la Política criminal y otros ensayos de elaboración de la delincuencia no sólo como una “lucha contra el delito”, sino como un proceso social, en el que también deben ser considerados crítica y productivamente los intereses que existen en esa lucha.

e) Definiciones de conducta criminal

a') Tesis del labeling approach

Las teorías interaccionistas contienen planteamientos y conclusiones plausibles y avanzadas en tanto consideran el amplio campo de la conducta desviada (desde la conducta desordenada en la escuela, pasando por el alcoholismo, hasta la formación de bandas criminales) y afirman que la delincuencia y las restantes conductas desviadas socialmente tienen características que no se “producen” por definiciones, sino que vienen previamente dadas a las mismas y que, por tanto, los “etiquetajes” tienen un *fundamentum in re*. Pero en tanto se han concentrado en la criminalidad, se han radicalizado inmediatamente dirigiendo sus críticas y ataques más demoledores contra el Derecho penal.

Esta radicalización es comprensible ya que, al concentrarse en la definición de la conducta criminal, se delimitan con mayor claridad las instancias definidoras. Estas instancias “somos todos”, como agentes del control social informal, en la definición de la conducta desviada; pero en la definición de la conducta criminal lo son sólo las agencias del control social formal que actúan en el ámbito de su competencia y conforme a derecho, es decir, la policía, el Ministerio Público, los Tribunales, los funcionarios de prisiones ⁽¹⁹⁰⁾. De este modo el etiquetamiento del desviado pasa de ser una actuación “natural” de la vida diaria a ser una estigmatización dirigida finalmente e impuesta de un modo sistemático. A ello se añade que las consecuencias de la definición formal -jurídico-penal- del delito son para el afectado generalmente más gravosas que las sanciones subsiguientes a las definiciones de la desviación que se dan en la vida ordinaria: al pasar de la definición de la conducta desviada a la definición de la conducta criminal aparece la Administración de Justicia penal en el centro del interés de la crítica criminológica que, en el caso del “labeling approach”, es realmente demoledora.

El “labeling approach”, coincidiendo en ello con las demás teorías interaccionistas, centra su interés en el elemento definidor de la desviación y la criminalidad, destacándolo aún más: la definición del delito no es ya una descripción, sino una adscripción o atribución ⁽¹⁹¹⁾; quien condena no constata el delito, sino que lo produce; lo criminal no es una cualidad de una conducta, sino el resultado de una definición a través de las instancias de control social. Y todavía más grave: como se puede deducir de las estadísticas judiciales y penitenciarias ⁽¹⁹²⁾, estas definiciones recaen de modo desigual en perjuicio de los estratos sociales más bajos. Así,

aunque las infracciones jurídicas criminales son en esencia ubicuas (es decir, se dan por igual en todas las capas sociales), las posibilidades de escapar a una definición jurídicopenal delictiva crecen a medida que se sube en la jerarquía social: son los poderosos quienes quedan en el ámbito de la cifra oscura.

Según el "labeling", la Criminología tradicional, etiológicamente orientada, ha buscado las causas del delito de un modo incorrecto en la persona que es definida como delincuente, en lugar de hacerlo en la persona que realiza la definición. De este modo ha aceptado ingenuamente las perspectivas del Derecho penal, convirtiéndose en su ciencia auxiliar y desperdiciando la oportunidad de ser una ciencia básica que formule autónomamente su interés y objeto de investigación. Por eso considera ahora la teoría del "labeling" que hay que dirigir la atención criminológica a los procesos de atribución de la criminalidad, en vez de a sus resultados.

b') Importancia para la Administración de Justicia

Evidentemente, el "labeling approach" es más importante para la teoría que para la praxis del Derecho penal, por lo menos en lo que se refiere al contenido actual de sus declaraciones, ya que lo que para la teoría es fructífero puede ser perturbador para la praxis.

También para el "labeling" es válida -como ya hemos visto en general para todas las teorías interaccionistas- la, por lo demás reconocida también por el Derecho penal, importancia de la norma, tanto en su creación como en su aplicación, a la hora de establecer el concepto de acción criminal.

Para ello se apoya en dos fenómenos que las teorías jurídicas más recientes han estudiado y elaborado con detalle: el margen de libertad que en general existe en la aplicación de la norma y los problemas de aplicación que plantean los conceptos referidos a disposiciones o tendencias subjetivas.

En efecto, la tesis de la atribución sólo es plausible, cuando el agente del control social formal que realiza la atribución, especialmente el juez penal, tiene posibilidad de dejar de hacerla. Cuando no tiene esta posibilidad, es decir, cuando está estrictamente vinculado a reglas de adscripción, son las reglas mismas las que imponen al afectado el signo "criminal" dentro de un orden igualitario y jurídico. Si las agencias del control formal funcionaran sólo como "máquinas automáticas de subsumción", como simples prolongadores de las leyes penales en la realidad, sólo podría hablarse de ejecución de la ley, pero no de estigmatiza-

ción, atribución o selectividad según el estrato social. Pero en las más modernas teorías jurídicas y metodológicas ⁽¹⁹³⁾ existe acuerdo en que la ley no permite una subsunción automática, sino que de hecho deja al aplicador de la misma grandes márgenes de libertad, incluso en aquellos países en los que impera el mandato de certeza, como consecuencia del principio de legalidad recogido en los textos constitucionales.

Este dato sirve de apoyo, por lo menos en parte, a las tesis de la adscripción o atribución: es el juez penal (Ministerio público, etc.), y no la ley penal vigente, quien decide en última instancia y en el caso concreto si se impone o no el estigma "criminal".

También hacen *plausible* la tesis de la atribución los específicos problemas que plantea la aplicación de los conceptos que reflejan disposiciones subjetivas ⁽¹⁹⁴⁾. Estas disposiciones son lo que en Derecho penal se conoce como el "aspecto interno del delito": dolo, premeditación, voluntariedad del desistimiento en la tentativa o credibilidad del testimonio. Estos fenómenos se caracterizan, por un lado, porque son de gran importancia en la praxis diaria de la Administración de Justicia, y, por otro, porque son de insegura constatación en el proceso penal: no son observables y, por tanto, tienen que resvelarse a través de indicadores que sí son observables.

Estos indicadores (de los que se deducen las disposiciones) tienen que ser completos y relevantes de la disposición: si falta el indicador relevante específico de la disposición en el programa de búsqueda o decisión, o si el indicador elegido carece de relevancia indiciaria de la disposición buscada, la disposición como tal no podrá ser deducida. A diferencia de lo que sucede con conceptos tales como documento, daño, etc., el "aspecto interno del delito" sólo puede observarse en el proceso penal como en un espejo roto.

El "labeling approach" utiliza esta circunstancia. Como indican *Scott/Lymann* ⁽¹⁹⁵⁾, "la etiqueta de desviado sólo puede imponerse con éxito a quien no puede liberarse de una interpretación negativa de sus intenciones".

Esta cita demuestra hasta qué punto el diagnóstico del "labeling approach" se basa en la atribución de disposiciones, es decir, en aquella parte del programa de decisión jurídicopenal que más expuesta está a errores.

El Derecho penal debe conocer este diagnóstico porque, aunque sólo sea de un modo parcialmente convincente, se refiere a un ámbito extremadamente importante en la praxis: las disposiciones o tendencias subjetivas

También la Administración de Justicia penal debe tomarse en serio el reproche de que tanto en la persecución como en la sanción procede selectivamente; un reproche que además viene avalado desde hace ya tiempo por la Estadística criminal. La Criminología más moderna no puede ciertamente discutir que apenas hay diferencias entre la criminalidad de los que están ya en prisión y la de los que se encuentran en libertad; pero sí puede afirmar que la posibilidad de quedar en libertad está distribuida desigualmente⁽¹⁹⁶⁾.

Por todo ello, es imposible mantener la idea de que la Administración de Justicia penal, aunque no afecte a todos los que debería afectar, sí los afecta por igual. Más bien habría que decir que la intervención del Derecho penal puede favorecer carreras criminales y que afecta con mayor frecuencia y dureza a los integrantes de los sectores sociales más bajos.

Naturalmente una afirmación como la que se acaba de hacer toca a la Administración de Justicia penal en su parte más sensible, ya que afecta sobre todo a los principios fundamentales que la misma debe asegurar: la igualdad de todos ante la ley, el principio de legalidad, el de oficialidad y la misma meta del sistema penitenciario: la resocialización; principios todos que están en la base de los modernos sistemas jurídicopenales y constitucionales⁽¹⁹⁷⁾. La existencia de una persecución penal selectiva demuestra que la Administración de Justicia penal (¿aún?) no ha conseguido eliminar o compensar la injusticia social en el Derecho penal.

Sería ingenuo esperar que la situación mejore de la noche a la mañana; es más, habría que darse por satisfecho con que la selectividad no sea todavía más contundente en una sociedad cada día más compleja y cada vez más interesada en un control más efectivo, del que indudablemente forma parte el Derecho penal.

Para frenar, dentro de lo posible, esta tendencia, pueden ser útiles los siguientes proyectos investigadores y metas políticocriminales:

- búsqueda de alternativas a la prisión, que principalmente afecta a los sectores sociales más bajos⁽¹⁹⁸⁾;
- investigación clarificadora del ámbito oscuro de la "criminalidad de los poderosos", vinculada a reflexiones políticas sobre la igualdad de la criminalización en Derecho penal⁽¹⁹⁹⁾;
- una política de descriminalización de la criminalidad menor o de bagatela en el ámbito de la criminalidad "clásica"⁽²⁰⁰⁾;
- investigaciones sobre la praxis del principio de oficialidad en la persecución de los delitos, unidas a la búsqueda de funciones sustitutivas deseables políticocriminalmente⁽²⁰¹⁾;

- investigaciones más detalladas sobre la realidad de las decisiones judiciales ⁽²⁰²⁾ al objeto de mejorar la igualdad de las intervenciones jurídicopenales.

f) “¿Cambio de paradigma” en la Criminología?

Los cambios en las tesis de partida y en los centros de gravedad de la investigación que las teorías interaccionistas y especialmente el “labeling approach” pretenden llevar a cabo en el marco de la Criminología actual son importantes. Esta importancia ha llevado a algunos observadores a diagnosticar que en la Criminología se está produciendo un “cambio de paradigma” ⁽²⁰³⁾.

Este diagnóstico es pretencioso -un cambio de paradigma es una auténtica revolución científica- ⁽²⁰⁴⁾. Paradigmas son imágenes que reúnen los conceptos fundamentales, instrumentos, criterios de racionalidad, intereses de investigación y “vinculaciones cuasi metafísicas” de una ciencia y que constatan lo que allí se considera como “explicación aceptable” ⁽²⁰⁵⁾.

El diagnóstico es también exagerado porque los planteamientos interaccionistas han enriquecido sin duda la Criminología, pero no la han revolucionado.

Su modelo no ha ocupado totalmente el campo del paradigma etiológico y además no ha sido todavía suficientemente elaborado ni fundamentado.

La tesis de la atribución es excesiva y no tiene en cuenta la circunstancia de que la constatación jurídicopenal de la conducta y de la punibilidad no es totalmente arbitraria, sino que está sujeta a reglas ⁽²⁰⁶⁾.

Los márgenes de libertad de decisión que, con razón, se destacan no dicen todavía que la punibilidad o su determinación se agoten en pura adscripción. Como han puesto de relieve las modernas teorías jurídicas y metodológicas en las que se apoya el “labeling approach”, las decisiones jurídicas están sometidas a una espesa red de reglas, que sólo en parte coinciden con las de la metodología clásica ⁽²⁰⁷⁾. Por lo demás, hay que recordar que en el enjuiciamiento jurídico de la conducta no existe ni atribución, ni descripción: los conceptos jurídicos son siempre, a la vez, empíricos y normativos; su interpretación y aplicación al supuesto de hecho consisten en “establecer una correspondencia” entre norma y supuesto de hecho, entre ser y deber, entre descripción y adscripción (ésta es una de las tesis fundamentales de la “hermenéutica jurídica”) ⁽²⁰⁸⁾.

La versión mantenida hasta ahora por la tesis de la atribución no puede ser utilizada por la Política criminal, porque deja demasiado pronto de

plantear nuevas cuestiones. Si el concepto de conducta criminal se agotara realmente en adscripción y etiquetamiento por instancias de control social formal, el "labeling approach" ni siquiera podría describir satisfactoriamente una de sus tesis fundamentales: la cifra oscura en la que queda la criminalidad de los poderosos. Pues la cifra oscura se compone de delitos realmente cometidos que, sin embargo, no han sido percibidos, registrados, aclarados o enjuiciados (cfr. *supra*).

La expresión "cifra oscura" supone necesariamente un sector de criminalidad que no se atribuye a una persona, es decir, un sector de punibilidad que no es atrapado por las instancias de control social formal (que teóricamente tenían que haberse ocupado de él). Quien considere el delito como resultado de una atribución, no puede admitir la existencia de "cifra oscura".

Lo mismo vale decir respecto a los "errores judiciales", pues también en ellos se da una discrepancia entre lo "real" y lo "verdadero". Lo que en verdad debería haber sucedido: que el culpable hubiera sido condenado y el inocente absuelto, no ocurre en la realidad. La teoría del "labeling approach" no percibe esta dimensión de lo "verdadero", en la que se contienen los sucesos reales que no han sido o han sido incorrectamente apprehendidos por las instancias de control social formal.

Quien hable de "cifra oscura" o de "error judicial" no puede ver el delito como una atribución formal, pues necesariamente tiene que admitir -aunque científicamente no está registrado- que hay delitos que no son atribuidos e inocentes que injustamente son condenados. De estas categorías contrapuestas, el "labeling approach" sólo ve una de ellas ⁽²⁰⁹⁾.

De todo esto se deduce que las teorías interaccionistas radicales en estos momentos nada pueden aportar a la Política criminal. Literalmente interpretadas, lo más que pueden recomendar es que, desde el punto de vista políticocriminal, se supriman las atribuciones actuales o que se practiquen otras; y, en todo caso, tampoco tendrían razones que apoyaran esta recomendación. Para ello tendrían necesariamente que admitir que existe un ámbito "verdadero": lo que "verdaderamente" se considera merecedor de castigo, y por tanto, de criminalización y lo que "verdaderamente" se considera irrelevante desde el punto de vista jurídicopenal o tan poco merecedor de pena que debe ser descriminalizado. También la Política criminal vive de la tensión entre que es y lo que debe ser, pero este último plano ha sido precisamente eliminado por las teorías definitorias radicales.

Las teorías definitorias sólo pueden tener importancia práctica para la Administración de Justicia penal si siguen investigando en la dirección

por ellas propuesta y renuncian al radicalismo de limitar el concepto de conducta criminal a la atribución. Esta tesis de la atribución es idealista en el peor sentido de la palabra, pues deja sin responder la cuestión de por qué se producen (determinadas) atribuciones: por qué aquí y hoy, con razón o sin ella, se consideran determinadas formas de conducta como criminales y otras no; es decir, la cuestión de los factores de la atribución ⁽²¹⁰⁾. Precisamente, una consideración sociológica como la que reclama para sí el “labeling approach” ⁽²¹¹⁾ debe interesarse por las causas y condiciones personales y sociales de los procesos definitorios.

Pero si así lo hace, pierde naturalmente su radicalismo, su estigma revolucionario de la Criminología y de cambio de paradigma y se aproxima a los planteamientos de las teorías etiológicas, completándolas con el aspecto, también criminológicamente central, de la creación normativa.

3. La conducta merecedora de pena como objeto de la Política criminal

a) El merecimiento de pena

La Política criminal tiene mucho que ver con la tensión, a la que antes aludíamos, entre lo “verdadero” y lo “real”. El ámbito de lo real se encuentra ya en las propias normas jurídicopenales y su misión respecto a ellas consiste en preguntar si este ámbito aquí y hoy puede justificarse, si hay que ampliarlo o reducirlo. El criterio central para dar una respuesta a esta cuestión es el merecimiento de pena: el legislador sólo puede amenazar con una pena una conducta humana, si ésta es merecedora de pena. Desde el punto de vista políticocriminal parece, pues, claro y fácilmente estructurado el concepto de conducta criminal ⁽²¹²⁾.

a') Concepto

Lo verdaderamente problemático en la Ciencia del Derecho penal no es tanto el concepto de merecimiento de pena, como la función que cumple ⁽²¹³⁾. Todas las teorías coinciden en definir el “concepto general del delito” en una línea unitaria, diferenciando el componente normativo del empírico, la Justicia de la utilidad ⁽²¹⁴⁾.

El merecimiento de pena (de una conducta) es ante todo una cualidad normativa (de esta conducta), siendo por tanto, incompatible con una directriz obligada de conducta o con un mandato de conducta preexistente al Derecho penal. En consecuencia, sólo se puede determinar a través de una subsunción normativa en un discurso de Justicia: como desvia-

ción de un fenómeno de una norma, como (verdadero) “merecimiento de pena”.

Pero ningún Ordenamiento jurídicopenal puede quedarse en este componente normativo o de Justicia; también tiene que ofrecer un discurso de utilidad. No todo lo que es contrario a la norma y, por tanto, (verdaderamente) “merece pena”, es ya, por eso, objeto idóneo de un sistema jurídicopenal.

El Derecho penal no es la única institución de control social (véase para más detalles infra), sino que está rodeado de otras instancias influyentes que también pueden reaccionar de modo más o menos contundente a la lesión normativa: no toda infracción de la norma requiere una pena, ya que quizás pueda ser mejor eliminada por el Derecho civil, por la sanción disciplinaria o simplemente por el olvido social.

El merecimiento de pena es, desde un punto de vista políticocriminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de Justicia y otro puramente utilitario. Ambos componentes tienen que ser acumulativamente afirmados antes de que el legislador penal pueda hablar de “criminalidad” y actuar en consecuencia. Queda como una cuestión de gusto definitorio, si hay que contraponer el concepto de merecimiento de pena al de necesidad de pena (lo que es fácil, aunque incompleto desde el punto de vista sistemático, al faltar el concepto superior) o si, es mejor proceder, como hace *Sax*, reuniendo los componentes de Justicia y utilidad bajo el concepto superior de “merecimiento de pena” (lo que es sistemáticamente más satisfactorio, pero mucho más complejo). Materialmente parece más claro considerar como hace *Sax* que el merecimiento de pena se integra por dos componentes: el de la “Justicia” y el de la “utilidad” de la pena (véase infra las consecuencias que de ello se derivan).

b') Función

Pero si, como hemos visto, el concepto de merecimiento de pena parece consensuado, ya no lo es tanto la función del mismo; precisamente aquí es donde aparecen las divergencias. Cuestiones como, ¿es el concepto de merecimiento de pena un concepto formal? ⁽²¹⁵⁾, o ¿constituyen el merecimiento y la necesidad de pena una categoría autónoma dentro del delito? ⁽²¹⁶⁾, afectan directamente a la misión que se pretende atribuir al merecimiento de pena en el sistema jurídicopenal. El merecimiento de pena no es una categoría formal, sino material. Si fuera de naturaleza formal, no podría dar ninguna orientación material al legisla-

dor penal y tampoco podría servir de baremo para legitimar o criticar la Política criminal.

Pero no sucede así. El concepto de merecimiento de pena reúne criterios que son de naturaleza absolutamente material y constituyen la medida de una correcta Política criminal (véase infra). El merecimiento de pena no es un concepto formal, sino general que en sus componentes de Justicia y utilidad reúne una pluralidad de principios materiales ⁽²¹⁷⁾.

El merecimiento de pena tampoco es una categoría autónoma del delito.

En él coinciden los elementos del delito, comprendiéndolos todos juntos. Los elementos del hecho punible elegidos y ordenados por el legislador penal, aplicados por el juez al supuesto de hecho deben, si el programa de decisión se ha conseguido, representar completamente el merecimiento de pena de la conducta incriminada, apoyar y justificar el juicio de "merecimiento de pena". El que -según las ideas que se tengan sobre merecimiento de pena- estos elementos puedan cambiar en su número y contenido, no convierte al merecimiento de pena en una categoría autónoma junto a los demás elementos del delito. Más bien sucede lo contrario: el merecimiento de pena como categoría general, comprensiva de todos los elementos, puede requerir, por razones de justicia o de utilidad, complementar o modificar los elementos singulares del hecho punible.

b) Criterios del merecimiento de pena

El merecimiento de pena a través de sus criterios actúa como baremo y directriz de una correcta Política criminal y como fuente del concepto material del delito. Cuanto más reconocimiento tengan estos criterios y cuanto más claro sea su contenido, tanto más continúa y convincentemente podrá la Política criminal desarrollar e imponer su concepto de conducta criminal.

a') Justicia y utilidad

Si el concepto de merecimiento de pena se determina como antes decíamos, sus criterios deben derivarse de los principios de justicia y utilidad. Estos principios están entre sí en una relación de tensión y se limitan mutuamente ⁽²¹⁸⁾; por eso los criterios de merecimiento de pena no siempre pueden ordenarse separadamente en los principios de justicia y utilidad porque ambos se interfieren mutuamente.

Un concepto puramente utilitario, pero injusto, de conducta criminal es inaceptable en el Derecho penal de un Estado de Derecho. Así, por ej., un Derecho penal basado en la simple actitud interna, es decir, un Derecho penal terrorista ⁽²¹⁹⁾, o la imposición de la pena de muerte a hechos como el pillaje, como sucedió en el § 1 de la Ordenanza alemana sobre personas dañinas al pueblo de 5.9.1939, pueden intimidar a la población, bajar la cuota de criminalidad y, por tanto, en un sentido superficial ser útil; pero un Derecho penal de este tipo no nos ofrece un concepto aceptable de merecimiento de pena que sea compatible con nuestra cultura jurídica.

Pero, por otro lado, tampoco es aceptable un concepto de merecimiento de pena que sea justo, pero inútil. Esto puede darse cuando, por ej., el legislador penal persigue una meta correcta pero por una vía inadecuada o con instrumentos inidóneos desde el punto de vista fáctico. Así, por ej., sucede en el Derecho penal protector del medio ambiente a la hora de configurar el llamado delito ecológico ⁽²²⁰⁾. Pero también se puede deber a que los instrumentos jurídicos penales producen consecuencias accesorias no deseadas y son por ello, inidóneos. Así, por ej., ocurre cuando se criminalizan los malos tratos que los padres infligen a los hijos, lo que quizás produce más daños que beneficios a las víctimas.

Esta vinculación entre justicia y utilidad es, en todo caso, irrenunciable en un Derecho penal respetuoso con el Estado de Derecho y orientado a las consecuencias. Una determinación injusta del merecimiento de pena es inaceptable desde el punto de vista normativo, por muy útil que parezca (aunque a la larga sea también inútil al motivar negativamente al afectado) ⁽²²¹⁾. Pero una determinación inútil del merecimiento de pena es también injusta, porque produce más daños que beneficios o porque, en todo caso, impone al ciudadano al criminalizar su conducta una carga que no es necesaria para conseguir una meta correcta y que, por tanto, no se puede justificar adecuadamente ⁽²²²⁾.

b') Criterios de Justicia

El criterio central que hoy se maneja para determinar desde el punto de vista de la justicia el merecimiento de pena es el de la lesión o, en su caso, puesta en peligro de un bien jurídico (véase *infra*). Con él se pretende asegurar que una conducta sólo sea amenazada con pena cuando afecte a intereses fundamentales del individuo o de la sociedad (bienes jurídicos individuales o universales). Pero, por otro lado, también se pretende con este criterio evitar que el legislador pueda actuar con entera libertad a la hora de crear las normas penales o de imponer determinados

deberes de conducta (véase *infra*), ya que también el legislador está vinculado a un baremo material por el que debe ser valorada su actuación. Este baremo material es el concepto de bien jurídico.

Un mandato o una prohibición jurídicopenal sólo están justificados cuando protegen un interés humano o social que puede ser calificado de bien jurídicopenal. El concepto de bien jurídico actúa así como un concepto “crítico sistemático” ⁽²²³⁾.

Al mismo tiempo, el concepto de bien jurídico vincula la determinación del merecimiento de pena, por un lado, con la Constitución, y, por otro, con la realidad social.

Respecto a la Constitución, en los derechos fundamentales se formulan los intereses centrales que constituyen los bienes jurídicos característicos del Derecho penal (vida, integridad corporal, libertad, propiedad, inviolabilidad de la morada y del secreto postal, etc.). Con ello adquiere una gran importancia en la determinación del concepto de bien jurídico y del merecimiento de pena el nivel de interpretación de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales ⁽²²⁴⁾.

Pero la relación entre derechos fundamentales y merecimiento de pena no es tan lineal como para que el legislador penal sólo tenga sin más que proteger los derechos fundamentales en las correspondientes condenaciones penales; la protección de los derechos fundamentales, como demuestra la jurisprudencia constitucional en torno a la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, no implica necesariamente un mandato de criminalización ⁽²²⁵⁾. El legislador penal tiene un ámbito autónomo de discrecionalidad a la hora de crear y configurar los tipos penales (véase *infra*). Pero es que además, como inmediatamente se verá, el carácter de derecho fundamental de un interés no es el único criterio de merecimiento de pena, pues este criterio también puede ser recortado e incluso debilitado por otros criterios que repercuten en el concepto de merecimiento de pena. La decisión sobre si una penalización “se adapta” al resto de las normas jurídicopenales o al sistema de proceso penal, no es sólo de naturaleza analítica-sistemática, sino valorativa. Por todas estas razones, hay que rechazar que de la Constitución como tal se deduzca un mandato de criminalización, aunque se entiendan los derechos fundamentales como decisiones valorativas objetivas y no sólo como derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado.

Como ya señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, 39,1 (p. 41 y ss.): Los derechos fundamentales no son más que un elemento importante del complejo tejido que es la determinación del merecimiento de pena.

El bien jurídico no es tampoco como criterio del merecimiento de pena un "*factum brutum*" que el legislador tome sin más de la realidad social, introduciéndolo luego en los Códigos penales sin otra exigencia que su lesión o puesta en peligro.

Al contrario, el legislador debe controlar y elaborar este concepto con ayuda de criterios normativos, que más adelante veremos. Pero tampoco puede fundamentar o "imaginar" los bienes jurídicos desde un punto de vista puramente normativo, porque éstos tienen también un sustrato empírico que el legislador tiene que respetar.

El bien jurídico sólo puede llegar a serlo -más allá de cualquier tipo de fundamentación normativa-, cuando existe una clara necesidad social, que con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione y cuya lesión produzca sentimientos reales de amenaza ⁽²²⁶⁾. Esta triple cualidad del bien jurídico determina también la intensidad y la jerarquía en su protección.

La fundamentación del bien jurídico en la realidad social no conduce, sin embargo, a proclamar la existencia de auténticas necesidades de pena, y mucho menos a utilizarlas como criterios para determinar el merecimiento de pena, por más que a veces puedan aparecer masivamente ⁽²²⁷⁾. El único para saber si una conducta es "merecedora de pena" sigue siendo, pues, normativo, aunque reelabore realidades sociales. Una Política criminal racional no consiste, por tanto, en aceptar ideas sobre el merecimiento de pena normativamente inaceptables pero socialmente eficaces, y tampoco en ignorar o reprimir estas ideas porque no sean normativamente de recibo.

La auténtica Política criminal debe elaborar estas ideas estratégicamente, como ya ha hecho en algunos casos en la discusión sobre los límites del Derecho penal sexual y concretamente en relación con la punibilidad de las prácticas homosexuales ⁽²²⁸⁾.

La Constitución y la realidad social son, pues, importantes fuentes para una comprensión material del bien jurídico en Derecho penal, que a su vez es el criterio central para una determinación correcta del concepto de merecimiento de pena. Pero ni la Constitución ni la realidad social pueden incidir directamente en la determinación de este concepto, sino sólo en la medida en que se ajusten a otros criterios. Estos otros criterios son los que se derivan de la Justicia y de la utilidad, que, como ya sabemos, son los dos componentes del concepto de merecimiento de pena. Sólo su observancia asegura que el concepto de conducta criminal que tiene la Política criminal corresponda a las condiciones específicas que tanto en la teoría como en la praxis tiene la Administración de Justicia penal.

Aunque todos estos criterios no se pueden diferenciar nítidamente según el componente, Justicia o utilidad al que pertenezcan, pues, como ya hemos dicho, ambos están en una relación de tensión, de hecho no hay ningún problema a la hora de indicar cuáles son y cuál es su contenido.

Del principio de justicia se deducen otros criterios para determinar el concepto de merecimiento de pena, que más que fundamentar este concepto y el de bien jurídico lo que hacen es limitarlos. Son los criterios relacionados con la formalización de la Administración de Justicia, que más adelante analizaremos con detalle. Son criterios, pues, que limitan y vinculan la criminalización de la conducta humana al objeto de proteger convenientemente los derechos de los participantes en el conflicto jurídicopenal. Estos criterios no se dan o no se dan con la suficiente claridad en otras instituciones de control social. En la determinación del concepto de merecimiento de pena constituyen unos elementos limitadores del poder punitivo del Estado y no, como el principio de protección de bienes jurídicos, el elemento fundamentador del mismo ⁽²²⁹⁾. Entre estos criterios se cuentan principios tales como:

-El principio de dañosidad social. Conforme a este principio, sólo puede considerarse merecedora de pena la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, es decir, la que va más allá de la relación autor-víctima, afectándonos "a todos" ⁽²³⁰⁾. Este principio marca los límites entre Derecho penal y Moral, al exigir la exteriorización de la infracción jurídica y la manifestación social de sus consecuencias.

-El principio del Derecho penal de hecho, conforme al cual sólo las infracciones jurídicas realmente producidas y observables pueden ser consideradas merecedoras de pena. No pueden, por tanto, considerarse tales las simplemente esperadas, por más que sean de inminente producción o su "autor" sea peligroso ⁽²³¹⁾. Con este principio, el sistema jurídicopenal se opone también a una completa adaptación a las metas preventivas, al declarar merecedora de pena sólo aquella conducta humana que pueda ser definida anticipadamente y que se manifieste concreta y externamente.

-El principio de subsidiariedad, conforme al que sólo puede ser declarada merecedora de pena la infracción jurídica en la que el bien jurídico tenga que ser necesariamente protegido por el Derecho penal y no por otros medios protectores menos radicales ⁽²³²⁾. Con este principio reconoce el Derecho penal la alta capacidad destructora de sus instrumentos, desde la conminación hasta la ejecución de la pena, pasando por su propia imposición; por eso, estos instrumentos sólo deben ser utilizados y, con ello, declarada una conducta merecedora de pena, cuando no sean suficientes otros remedios.

-El principio de proporcionalidad y de adecuación a la culpabilidad de las consecuencias jurídicopenales, según el cual una conducta sólo puede tratarse como merecedora de pena cuando el empleo de los medios jurídicopenales es adecuado, necesario y proporcionado ⁽²³³⁾. El principio de proporcionalidad complementa al de subsidiariedad con criterios individualizadores en el empleo de las consecuencias jurídicopenales ⁽²³⁴⁾; con él se asegura que una conducta sólo sea incluida en el círculo del merecimiento de pena cuando la aplicación de reacciones jurídicopenales no es desproporcionada a la significación de esa conducta.

-La libertad o principio "*in dubio pro libertate*" que en caso de duda sobre el merecimiento de pena de una conducta inclina la balanza en favor de la impunidad o descriminalización ⁽²³⁵⁾. Este principio está íntimamente emparentado con los de subsidiariedad y proporcionalidad; también aspira a que el Derecho penal sea sólo "*ultima ratio*" aunque es más problemático no sólo por cuestiones de delimitación, sino porque, dada la escasa fiabilidad de los datos que poseemos sobre la extensión e importancia de la criminalidad, es extraordinariamente vago. Por eso, sólo debe admitirse como directriz general en la determinación político-criminal del merecimiento de pena.

-El principio de tolerancia y de respeto a la dignidad humana, ya que también y precisamente en la determinación de qué es lo que merece una pena hay que respetar los límites fundamentales del ejercicio del poder estatal. El legislador penal debe, por tanto, tener cuidado de no penetrar con sus prohibiciones en ámbitos que sólo son accesibles al enjuiciamiento moral ⁽²³⁶⁾. Esto está en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, completándolos con criterios de filosofía social y jurídica que expresan especialmente el momento formalizador en la determinación del merecimiento de pena.

-El principio de certeza de los tipos jurídicopenales y la prohibición de retroactividad que se acoge a nivel constitucional (art. 103,II, Ley Fundamental de Bonn y arts. 9 y 25.1 de la Constitución española). Conforme a este principio, la determinación del merecimiento de pena sólo es aceptable cuando caracteriza de modo preciso la conducta inculpada y sólo pretende validez con vistas al futuro ⁽²³⁷⁾. Estas exigencias del principio de legalidad que deben ser tenidas en cuenta por el legislador a la hora de determinar qué es lo que merece una pena, excluyen otros tipos de definición de conducta criminal, limitando así las posibilidades de intervención legislativa en favor de los intereses del Estado de Derecho.

Estos criterios que, invocando la Justicia, pretenden dominar la determinación del merecimiento de pena, pueden todavía ser completados con

el requisito de la perfección interna del sistema de los mandatos y prohibiciones jurídicopenales ⁽²³⁸⁾, o con principios generales de humanidad ⁽²³⁹⁾.

En resumen, el concepto de conducta criminal muestra en el ámbito de la Política criminal la rica tradición que el Estado de Derecho ofrece a la hora de determinar correctamente el merecimiento de pena.

c') Criterios de utilidad

La Política criminal es un actuar práctico. Su concepción de la conducta criminal no puede, por tanto, satisfacerse solamente con los presupuestos de Justicia y debe tener también un sentido práctico; es decir, debe ser útil. La Justicia es una condición necesaria, pero insuficiente para determinar correctamente el merecimiento de pena; tiene que ser, por tanto, complementada por la comprobación crítica de si, hasta qué punto y con qué consecuencias secundarias, puede la Administración de Justicia penal aceptar y ejecutar en la práctica las decisiones políticocriminales sobre merecimiento de pena.

Una concepción del merecimiento de pena puede ser inútil, aunque sea justa cuando, por ej., puede tener más consecuencias negativas que positivas (*"fiat iustitia pereat mundus"*). Sólo quien pretende valorar la corrección de las decisiones políticocriminales desde un punto de vista puramente normativo y sin considerar las consecuencias políticas, puede rechazar este criterio de la utilidad -lo que desde luego sería absurdo desde el punto de vista políticocriminal-.

El punto problemático no es, sin embargo, el de las consecuencias accesorias negativas, sino el de su concreción. No ya sólo la reflexión, que ya antes hacíamos, de que el empleo de instrumentos inidóneos puede producir consecuencias negativas, sino también la posibilidad de que sea la misma determinación del merecimiento de pena la que impida la consecución de una meta o que sólo pueda alcanzarse con un coste demasiado elevado, deben ser tenidas en cuenta. Un ejemplo de lo primero es la objeción que se suele formular contra el control jurídicopenal de las infecciones por Sida, ya que este control suprime la necesaria cooperación del enfermo ⁽²⁴⁰⁾. Un ejemplo de lo segundo se encuentra en la discusión sobre la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, en la que se argumenta en contra de una amplia punición el que ésta impulsa a las mujeres a realizarse ellas mismas el aborto o a ponerse en manos de abortadores profesionales, poniendo así en peligro su vida o su salud ⁽²⁴¹⁾. También en la protección del orden económico, del medio ambiente o de la seguridad en el trabajo, debe considerarse

como una consecuencia accesoria negativa el que tenga que recurrirse a la cuestionable técnica de los delitos de peligro abstracto a la hora de determinar el merecimiento de pena ⁽²⁴²⁾.

El principio de utilidad tiene por lo demás como meta actualizar las determinaciones del merecimiento de pena del Derecho penal material y verificar si son realizables en las actuales condiciones reales de la Administración de Justicia penal.

La determinación del merecimiento de pena se adapta a su tiempo cuando puede responder a los problemas reales de política interna que surgen de las infracciones jurídicas más graves. Esto obliga a actuaciones positivas en casos como el tráfico de drogas, delito ecológico, terrorismo o transmisión de enfermedades como el Sida que imponen la intervención del legislador, aunque ya veremos más adelante cómo debe hacerlo. Pero también obliga a abstenerse de actuar cuando, por ej., se considera que no es necesario en nuestro ámbito cultural reprimir el canibalismo o que la corrupción política sólo con reservas puede ser eliminada con criterios de merecimiento de pena. El sí y el cómo de la determinación del merecimiento de pena no es, pues, sólo una cuestión de Justicia, sino también una cuestión sobre las actuales exigencias políticas y sociales que hay que plantear al Derecho penal, aunque luego éste decida con sus propios criterios cómo debe hacer frente a estas exigencias.

La consideración de las condiciones reales de la Administración de Justicia penal como presupuesto de una determinación utilitaria del merecimiento de pena hace surgir una nueva y estrecha relación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal ⁽²⁴³⁾, pues la determinación del merecimiento de pena como cuestión central del Derecho penal material debe, para ser útil, aproximarse a las condiciones reales de la Administración de Justicia penal, es decir, a las condiciones en las que tiene lugar el proceso penal. Estas condiciones no son ni en todo ni en parte modificables por una política procesal, ya que se prolongan en el tiempo y, queridas o aceptadas como algo inevitable, caracterizan el proceso penal ⁽²⁴⁴⁾.

Entre estas condiciones se cuenta, por ej., el que la prueba en el proceso esté vinculada al método empírico de la observación; o el que los métodos probatorios sólo sean aceptables en la medida en que correspondan a los métodos de las ciencias naturales. Esto significa en la determinación del merecimiento de pena que es más inteligente renunciar a conceptos que reflejan tendencias subjetivas como núcleo de la descripción del hecho delictivo porque, como dijimos anteriormente, los ele-

mentos subjetivos, como todos los que reflejan una disposición o tendencia anímica, plantean especiales problemas probatorios. Precisamente por esto, entre otras razones, es preferible el Derecho penal de hecho al Derecho penal basado en las características personales del autor del delito (Derecho penal de autor).

Otra de las condiciones del proceso penal que tiene importancia para una determinación utilitaria del merecimiento de pena, es la dimensión temporal del proceso, que obliga a terminarlo con cierta rapidez ⁽²⁴⁵⁾.

Precisamente por eso se resuelve de modo lacónico en el Derecho penal material el problema fundamental de la culpabilidad, formulando sólo las causas de exclusión o anulación de la misma, sin decir positivamente en qué consiste ésta ⁽²⁴⁶⁾. Un concepto de culpabilidad como el que, por ej., utiliza el Psicoanálisis no es practicable para el Derecho penal, ya que supone una dimensión temporal con la que no se cuenta en el proceso penal.

Sólo una determinación del merecimiento de pena adaptado a su tiempo y a las necesidades de la praxis puede lograr a la larga las expectativas que encierran las teorías preventivas del Derecho penal (véase infra): incidir en el comportamiento de las personas con los medios del Derecho penal (reinsertar a los delincuentes, intimidar a los que pudieran llegar a serlo y afirmar y asegurar las normas sociales fundamentales). Una política que a la hora de determinar el merecimiento de pena no influya sobre las personas ni cognitiva, ni emocionalmente, quizás pueda ser justa, pero en ningún caso será útil.

c) La libertad del legislador penal en la adopción de sus decisiones

De los mismos criterios que acabamos de señalar se deduce que el legislador penal no está estrictamente vinculado a ellos y que tiene un importante margen de libertad a la hora de definir la conducta criminal.

Estos criterios no son, pues, sólo fundamentales, sino también vagos y complejos. Por eso, no se pueden transplantar en la praxis *more geométrico* y el legislador penal tiene diversas opciones para realizarlos concretamente en el proceso.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la creación de leyes penales es un acto político y no sólo una simple transposición de principios jurídicoconstitucionales en el Código penal. Especialmente las consideraciones utilitaristas que, como ya hemos visto, se tienen en cuenta a la hora de determinar qué es lo que merece una pena, legitiman al legislador para

configurar las normas penales de manera que en su contenido y extensión sean eficaces y se adapten a su tiempo. Esto lo puede hacer de varias maneras :

- O bien aumentando la intensidad de la conminación penal, reaccionando con contundencia y recurriendo, para motivar a los afectados, a la intimidación, como sucede, por ej., en las reformas sobre el tráfico de drogas y el terrorismo ⁽²⁴⁷⁾;

- O bien, por el contrario, descriminalizando determinados tipos de conducta ⁽²⁴⁸⁾, o permitiendo, dentro del marco constitucional de la división de poderes, un prudente arbitrio judicial para atenuar la gravedad de las consecuencias jurídicas ⁽²⁴⁹⁾, sin renunciar incluso a la posibilidad de “experimentos controlados” ⁽²⁵⁰⁾.

Por todo esto parece razonable dejar al legislador a la hora de determinar el merecimiento de pena un margen de libertad para que, con todas las reservas y respeto a la Constitución, pueda encontrar una decisión política adecuada (“judicial self-restraint”) ⁽²⁵¹⁾.

En favor de esta actitud hablan también argumentos metodológicos. Por un lado, tiene que decidir no sólo sobre el *si* del merecimiento de pena, sino también sobre el *cómo*, es decir, sobre la técnica que debe utilizar para crear tipos legales protectores. Así, por ej., tiene que decidir cuestiones tales como la punibilidad de la tentativa o la imprudencia, la exigencia de previa denuncia o querrela del perjudicado, configurar el delito como un delito de simple actividad, de lesión o de peligro, etc. Naturalmente en la decisión concreta tanto el *si* como el *cómo* se deciden conjuntamente, ya que, por ej., se sabe que la decisión a favor de la punición de la imprudencia o la utilización de la técnica de los delitos de peligro implican un mayor grado de merecimiento de pena de la conducta. Todas estas circunstancias hacen que la decisión sea extremadamente compleja y dificulte una clara orientación en los principios que inspiran la determinación de una conducta como merecedora de pena.

Por otro lado, la decisión del legislador es siempre una decisión insegura ⁽²⁵²⁾, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador en las personas ⁽²⁵³⁾ y, en todo caso, porque la utilidad y eficacia que va a tener la regulación es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar ⁽²⁵⁴⁾. La acción humana no se puede concebir de un modo puramente mecánico y el futuro es siempre incierto. Por eso, para legitimar la criminalización, el legislador debe obtener todos los datos que le sean posibles sobre la dañosidad de una conducta y las consecuencias de la pena ⁽²⁵⁵⁾, y, en última instancia, decidir, sin que nadie le pueda sustituir en esa tarea.

En ningún caso, pues, está obligado el legislador a adoptar una decisión determinada sobre el merecimiento de pena de una conducta. Por las razones ya dichas, sistemáticas, políticas y metodológicas, tiene un margen de libertad en sus decisiones. Aunque, desde el punto de vista de la actuación positiva, deberá tener en cuenta los criterios de justicia y utilidad a la hora de tomar sus decisiones sobre el merecimiento de pena de una conducta, no tanto porque sean principios vinculantes, como porque responden a una determinada cultura política y jurídica.

Desde un punto de vista negativo o de no actuación, los criterios de utilidad y justicia marcan los límites dentro de los cuales se mueve el margen de libertad del legislador. La Política criminal no debe infringir los principios de proporcionalidad, dañosidad social, tolerancia o subsidiariedad, aunque dado el carácter básico y vago de estos principios su lesión sólo será evidente en los casos más burdos y patentes de inobservancia de los mismos. En el trabajo legislativo rutinario, sin embargo, estos criterios están más o menos tácitamente presentes en toda discusión sobre los límites de cualquier decisión políticocriminal ⁽²⁵⁶⁾.

4. La conducta punible como objeto del Derecho penal

a) Concepto jurídicopenal y criminológico del delito

El concepto de conducta criminal es distinto en el Derecho penal que en la Criminología. Ello se debe a que el Derecho penal considera el delito desde un prisma distinto a como la Criminología analiza la conducta desviada. Y esta diferente consideración se debe a las distintas funciones que tanto una como otra disciplina tienen que cumplir.

La Criminología tiene un interés preponderantemente científico teórico sobre su objeto, y sobre los orígenes y modificaciones de ese objeto.

Le interesan, por ej., cuestiones tales como los factores de la criminalidad o la criminalización. En su concepto de delito incluye datos como la escasez de vivienda, el desempleo o las anomalías psicológicas ⁽²⁵⁷⁾, e incluso tiene que ampliarlo para no dejar fuera de su consideración fenómenos que puedan ser importantes. Sólo por razones de precisión científica se reduce a veces su ámbito de intervención; pero hasta los criminólogos que aceptan como punto de partida el concepto jurídicopenal de delito, lo utilizan con un sentido distinto al que se le da en Derecho penal ⁽²⁵⁸⁾.

El Derecho penal tiene, en cambio, una responsabilidad fundamentalmente política ante el delito. Sólo respecto a la determinación de las consecuencias jurídicas y en instituciones concretas tales como la

medición de la pena, la condena condicional, etc., tienen algún valor los factores de la criminalidad. En definitiva, al Derecho penal no le interesa tanto el conocimiento científico del delito, como su imputación a un individuo. Por eso mismo, en el concepto jurídicopenal de delito deben estar presentes todos los presupuestos de la imputación del modo más preciso posible, a fin de que la Administración de Justicia penal quede vinculada a la Ley.

La Criminología, en contraste con lo que ocurre con el Derecho penal, puede, por último, tener varios conceptos de delito según la orientación o el interés científico en que se apoye (biológico-antropológico, interaccionista, macrosociológico), y no está vinculada al Derecho positivo de ningún país. En cambio, el Derecho penal está vinculado al Derecho de cada país y se le considera ubicuo, es decir el concepto de delito que ofrece el Derecho penal debe ser unitario y describir por igual la conducta criminal. La más reciente historia del concepto jurídicopenal del delito ⁽²⁵⁹⁾ demuestra que éste se caracteriza por su plenitud, precisión y uniformidad.

b) Concepto jurídicopenal y políticocriminal de delito

La relación entre el concepto jurídicopenal y políticocriminal del delito parece fácil y clara: el Derecho penal tiene que convertir la decisión políticocriminal sobre el merecimiento de pena de la conducta humana en una decisión sobre el caso concreto; el juez o tribunal penal tienen que aplicar las leyes, sin añadir nada que no esté en las mismas, ni fundamentar la punibilidad en otra cosa que no sea la ley. El concepto de delito que tiene el Derecho penal no puede ser, por tanto otra cosa que el reflejo exacto de la determinación políticocriminal del merecimiento de pena en el caso concreto.

De esta opinión son la mayoría de los autores que se han ocupado del tema. Así, por ej., dice *Roxin* ⁽²⁶⁰⁾ que el Derecho penal es “la forma en la que se traducen las metas políticocriminales en modos de vigencia jurídica”.

Para *Luhmann* ⁽²⁶¹⁾, el legislador penal es quien formula el programa políticocriminal dirigido a un fin que luego ofrece para su operación en un programa condicional al juez penal; el juez ejecuta la determinación políticocriminal del merecimiento de pena, aplicando al caso el esquema condicional que le ofrece el legislador (“Si se dan tales características, es la conducta un delito y debe ser castigada penalmente”). Estas afirmaciones coinciden con los planteamientos clásicos de la Teoría del Derecho sobre la función del juez que no tiene otra cosa que hacer que -del modo más neutral y “automático” posible- “subsumir” el caso en la ley ⁽²⁶²⁾.

Sin embargo, esta perspectiva es incorrecta por dos razones ⁽²⁶³⁾: Por un lado, porque, como cada vez se impone con mayor fuerza en la moderna Teoría del Derecho, el juez no es un simple aplicador de la ley al caso, ya que ésta le concede unos “márgenes de libertad semánticos”, producto de la propia ambigüedad del lenguaje legal, que le obligan a elegir entre varias decisiones posibles la que considere “correcta”, sin disponer para ello de ninguna directriz clara y contundente, ni legal, ni metodológica ⁽²⁶⁴⁾. La determinación del merecimiento de pena por parte de la ley es completada productivamente por las determinaciones del juez penal, que no tienen por qué coincidir necesariamente con los criterios legales.

Por otro lado, el Derecho penal no está totalmente en condiciones de cumplir la máxima positivista de la preeminencia de la Política criminal, y, por eso, desarrolla sus propios esfuerzos en pro de un concepto de conducta criminal. El resultado de estos esfuerzos es la teoría general del delito, una buena muestra de que ya en el último tercio del siglo XIX la Ciencia del Derecho penal buscó un concepto de conducta criminal que no le venía previamente dado por el legislador, sino por la “razón” o por la “experiencia” ⁽²⁶⁵⁾; el concepto jurídicopenal de delito no puede ser contrario al del legislador penal; pero tampoco puede ser sin más deducido de la ley; es más bien, como seguidamente vamos a ver, un producto elaborado sistemáticamente por la Ciencia del Derecho penal que completa el concepto políticocriminal desde otro punto de vista.

c) El concepto jurídicopenal de delito

El concepto jurídicopenal se diferencia del políticocriminal por las distintas funciones que cumplen Derecho penal y Política criminal. Al Derecho penal (y, por tanto, al concepto jurídicopenal de delito) le corresponde más una función sistemática y ordenadora que política o decisoria.

Los principios políticocriminales en la determinación del delito son la justicia y la utilidad; los del concepto jurídicopenal de delito son la uniformidad, la precisión y la plenitud. El concepto jurídicopenal de delito realiza su misión de ordenar la aplicación de la ley a un nivel intermedio entre la ley penal y el supuesto de hecho ⁽²⁶⁶⁾, para hacerla más transparente y posibilitar mejor su control. Esta ordenación transparente de la aplicación de la ley eleva, al mismo tiempo, la capacidad de la praxis del Derecho penal para recoger, aplicar y elaborar complejas reglas de decisión, configurando así un rico derecho judicial ⁽²⁶⁷⁾.

En Derecho penal aplicar la ley significa comprobar ordenadamente si puede imputarse a alguien un suceso valorado negativamente o una

conducta ⁽²⁶⁸⁾. El concepto jurídicopenal de delito facilita esta comprobación distinguiendo grados de imputación y ordenándolos en un sistema. Estos grados deben ser recorridos paso a paso; cada uno supone necesariamente el anterior, formando una jerarquía que no sólo es técnica, sino también normativa: a medida que se va subiendo de grado aumenta en gravedad el peso de la imputación; por eso, tiene derecho el imputado a que se respete la secuencia en la comprobación de la punibilidad y a que, caso de absolución, sea absuelto en el estadio más temprano posible (en la tipicidad antes que en la antijuricidad, en la culpabilidad antes que en una causa de anulación de la pena) ⁽²⁶⁹⁾. Algunas de estas graduaciones de la teoría general del delito han sido acogidas en las más recientes reformas del Código penal ⁽²⁷⁰⁾.

Este concepto de delito aparece, sin embargo, con diversas variantes, según según se adopte una concepción causal, final o social de la conducta humana que le sirve de base o un sistema orientado a los fines de la pena ⁽²⁷¹⁾ y según el número y clase de los diversos grados de imputación ⁽²⁷²⁾.

A ello deben añadirse los presupuestos procesales de la actividad probatoria (no el resultado de la prueba misma) del hecho y la posibilidad de ejecución de las consecuencias jurídicas, pues sólo la aplicación de la norma en el proceso -como ya han visto con claridad los planteamientos definitorios- decide sobre la cualidad de una conducta como criminal, aunque distinguiendo claramente en el concepto de delito los presupuestos jurídicomateriales de los procesales, ya que sistemáticamente éstos suponen la presencia de aquéllos; lo que, en definitiva, tiene que ser probado es la acción calificada como punible por el Derecho penal material.

Conforme a lo dicho, el delito en sentido jurídicopenal es:

- una acción,
- típica,
- antijurídica y
- culpable,
- que cumple las condiciones objetivas de punibilidad y para la que no existen causas de exclusión o anulación de la pena.

El delito sólo merece una pena si, además,

- no hay ninguna causa específica de extinción de la responsabilidad criminal,
- se dan todos los requisitos de procedibilidad,
- el proceso no ha sido sobreséído y
- el hecho ha sido formalmente probado ⁽²⁷³⁾.

Este sistema recoge y ordena los elementos con los que el Derecho penal compone su concepto de conducta criminal. El sistema pretende ser uniforme, preciso y pleno, teniendo en cuenta que la moderna Política criminal ofrece al Derecho penal numerosas posibilidades para que la respuesta a la acción antijurídica y culpable no sea siempre la imposición de una pena, entre estas posibilidades se cuentan la excusa absolutoria por pago del cheque librado sin fondos o la condena condicional para el drogadicto delincuente que se someta a una cura de deshabituación.

El sistema es, además, un sistema "abierto", de forma que puede integrar nuevos criterios de merecimiento de pena; pero, al mismo tiempo, debe comprender todos los elementos del merecimiento de pena que existen en un momento dado, ordenándolos completamente de un modo sistemático.

Por eso, como ya hemos dicho, no es el merecimiento de pena una categoría autónoma del delito, sino la categoría superior que abarca todos los elementos del delito. En cada uno de estos elementos se ven los criterios específicos que el concepto jurídicopenal de delito aporta a la determinación del merecimiento de pena: el elemento de la *acción* demuestra que el Derecho penal no se ocupa de desgracias, ni de catástrofes, sino de la imputación de una lesión a alguien que la ha causado. La *tipicidad* es la garantía más importante de respeto al principio de legalidad, al alejar del ámbito del Derecho penal todos aquellos fenómenos que no corresponden a las características de la acción que el legislador ha descrito en los tipos penales. En el ámbito de la *antijuricidad* abandonan el sistema jurídicopenal todas aquellas acciones que sólo aparentemente son relevantes, por corresponder a las descripciones de los tipos penales, pero que excepcionalmente no constituyen ningún hecho injusto por estar especialmente autorizadas. En la *"culpabilidad"* el Derecho penal incluye la participación interna del agente en el suceso externo (por ej., dolo o culpa); su capacidad para sentir y actuar dentro de ciertos límites, su conocimiento de la norma infringida y la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. Por último, el sistema jurídicopenal contiene diversas posibilidades de excusa por razones materiales o procesales.

De este modo se llega en el moderno Derecho penal a definir el delito como la acción típica, antijurídica y culpable, que cumple las condiciones objetivas de punibilidad y no está amparada por ninguna excusa juridicomaterial o impedimento procesal. Una definición que, al margen de sus peculiaridades técnicas, demuestra la autonomía del Derecho penal en la determinación de sus presupuestos y, por tanto, en la del merecimiento de pena.

NOTAS

- (1) Sobre esta distinción *Mergen*, Tat und Täter, 11, 61.
- (2) Cfr. *Lösel*, KKW, 219 s.
- (3) Sobre las "teorías de la criminalidad" *Hassemer*, Fundamentos, 43 ss.; *García Pablos*, Manual, *passim*.
- (4) Cfr. *Lösel*, KKW, 471 s.
- (5) Una regulación parecida contiene el § 239 a) del Código penal alemán, que es considerado por la doctrina alemana como un clásico supuesto de premio al arrepentimiento en beneficio de la víctima, cfr. *Müller/Emmert/Maier*, MDR 1972, 98 s; *LK. Schäfer*, § 239 a, marg. 25 ss; *Schönke/Schöder/Eser*, § 239 a, marg. 40. También en la doctrina española se considera el art. 480, 3º del Código Penal como una clara plasmación de la atenuante de arrepentimiento, cfr. *Muñoz Conde*, P.E., 143.
- (6) En el Código penal alemán la necesidad del conocimiento empírico por parte del juez es todavía mas evidente pues en el § 46, I, se prescribe como uno de los factores a tener en cuenta en la medición de la pena "los efectos que puede tener la pena en la vida futura del condenado", cfr. *Bruns*, 95; *SK Horn*, § 46, marg. 16, 137 ss; *Frisch*, 24 ss., 26. Mucho mas importante y fundado será este conocimiento si, como por ej. prevén los arts. 75 1ª, 77 1ª, 84 3ª, 87 2ª, de la Propuesta española de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, se exige el previo informe criminológico para adoptar resoluciones sobre prognosis criminal en materia de suspensión condicional de la pena, imposición de medidas de seguridad, etc. Mas dudoso es el valor que pueden suministrar los conocimientos empiricos para la interpretación de conceptos como el de "defensa del Orden juridico" que el Código penal alemán emplea como límite a la concesión de beneficios tales como la suspensión condicional de la pena (§ 47, 56 III, 59 I nr. 3), cfr. BGH 24, 40, *Horn* JR 1978, 514 ss.; *Naucke* JR 1980, 257 ss.
- (7) Cfr. sobre la situación alemana *Gienhring / K.F. Schumann*.
- (8) Cfr. *Schneider*, Viktimologie; *García Pablos*, en Homenaje a Beristain, 193 ss.
- (9) Cfr. por ej. la ley alemana sobre protección a la victima de 18-12-1986.
- (10) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos, p. 89 ss.
- (11) Cfr. *Zipf*, Política criminal, p. 173 ss.; *Jung*, ZStW 93, (1981), I, 147.
- (12) Cfr. *Schultz*, SchwZStR, 71 (1956), 171.
- (13) *Göppinger*, Criminología, p. 364 y ss.
- (14) Cfr. *Hillenkamp*, La circunstancia de haber procedido previa provocación de la victima se consideraba atenuante en el art. 9, 5º, del Código penal español hasta la reforma de 1983, en que fue suprimida, probablemente por el abuso que de ella se hizo para rebajar la pena en el delito de violación. Sin embargo, la previa provocación por parte del que se defiende excluye la apreciación de la legitima defensa en toda su extensión (cfr. art. 8, 4ª, 3º del Código penal español). En todo caso, la provocación previa siempre puede ser tenida en cuenta como circunstancia atenuante basada en un estado pasional o emotivo.

- (15) Planteamiento tradicional que por ej. se mantiene en los postulados de la Escuela Positivista y que hoy se defienden por *Haffke*, *Problemaufriss*, p. 176 ss; *Ellscheid/Hassemer*, p. 270 ss; *Hassemer*, *Fundamentos*, p. 283 y ss. De esta opinión en España también *Gimbernát*, *Estudios*, p. 108 ss; mas matizadamente *Muñoz Conde*, *Introducción a Roxin*, *Culpabilidad y prevención*, p. 23 ss.
- (16) Véase infra IV, 2e)
- (17) cfr. *Sack*, *KrimJ* 1972, p.3 ss.; el mismo, *Kriminalsoziologie*, p. 267 ss.
- (18) *Franz Werfel*, 1920.
- (19) *Kaiser*, *Kriminologie* (TB), p. 1111, 339 ss.
- (20) cfr. *Hassemer*, *Jus* 1987, 258 ss., e infra segunda parte, I, 4 cc.).
- (21) cfr. *Müller-Dietz*, *Kriminologie und Literatur*. También las siempre interesantes consideraciones de *Quintano Ripollés*, *La criminología en la Literatura universal*, 1951; o el interesante comentario de *Jiménez de Asua* a la obra de Truman Capote, "A sangre fría" en ADP 1967.
- (22) Cfr. *Murck*, p. 80 ss.
- (23) Clásico es el estudio psicoanalítico de *Reiwald*; cfr. también el trabajo de *Artz*, *Recht und Ordnung*. Sobre las reacciones que despierta el terrorismo cfr. *Murck* p. 184 II.; *Steinert*, *KB* 1976, H.11-13, p. 97 ss.
- (24) Cfr. las investigaciones de *Reuband*, *KrimJ* 1978, 174 ss.; *Kerner/Feltes*, *Murck*, etc.
- (25) Cfr. *Haffke*, *Tiefenpsychologie*, p. 162 ss., así como las críticas de *Jäger*, *Subjektive Verbrechensmerkmale*; *Steinert* *Kleine Ermutigung* y la replica de *Haffke*, *Rückfall*, p. 215 ss.
- (26) 1974, aunque refiriéndose a las penas y no a las medidas.
- (27) cfr. *Christie*, *Limits*; y las distintas aportaciones del libro de *Ormer*; *Kaiser*, *Abolitionismus*, y *Hulsmann* *Bernat de Celis*, *Sistema penal*.
- (28) Cfr. *Muñoz Conde*, *Control social*, p. 40; *Hauptmann*, *ÖRZ* 55 (1977), 116. Sobre el significado de privatizar la lucha contra el delito" *Artz*, *Notwehr*; el mismo, *Recht und Ordnung*, p. 39 ss. Críticamente sobre el cambio de metas del Derecho penal, *Giehning*, *KrimJ* 1987, 2 (8); advirtiendo del peligro que ello implica para la formalización *V. Trotha*, *Distanz*.
- (29) véase infra. Segunda Parte, II, 5 bb.)
- (30) Cfr. *Reiwald*, p. 100 ss.; *Haffke*, *Tiefenpsychologie*, p. 162 ss. *passim*.
- (31) Cfr. *Lüderssen*, *Erfahrung*, p. 167 ss. Sobre la problemática de la recompensa *Hassemer/Hart-Hönig*, p. 251 ss., 257 ss.
- (32) *Radbruch/Gwinnert*, *Foucault*. Véase también el panorama evolutivo; que ofrece *Blasius*, *KKW*, 415. ss.
- (33) Así, por ej. las Actas del 26 Congreso de Profesores alemanes de Historia del Derecho, Sección I. El Derecho penal entre la Revolución Francesa y de la Revolución alemana de 1848, y el trabajo de *Naucke*, *Zur Geschichte des Sektionsthema*, p. 153 ss.
- (34) Como parte de la historia social de finales del siglo XIX y primer tercio del XX, cfr. *H.J. Steinberg*, y *Kehr*, p. 254 ss.; continuando la línea marcada por *Conze*,

1957, y *Wehler y Kocka*, así como los pasos iniciados en 1975 por "Geschichte und Gesellschaft, Zeitschrift für Historische Sozialwissenschaft"

En España, son ejemplares, desde este punto de vista, los trabajos de *Constancio Benaldo de Quirós*.

- (35) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (TB), p. 4-21
- (36) *Mezger*: "La Criminología recibe su objeto, a la hora de configurar el concepto de delito, de la Ciencia del Derecho penal".
- (37) Cfr. *Jellinek*, p.42.
- (38) Véase segunda parte.
- (39) *Hassemer*, *Berücksichtigung von Folgen*; el mismo, *Fundamentos*, 34 ss.; también *Muñoz Conde*, *El error*, p.123 y ss.
- (40) Cfr. *Göppinger*, 150 ss.; *Lösel*, *KKW* 471 y ss., 219 ss.
- (41) *Württemberg/Heinz*; *Göppinger*, 221 ss. *Moser*, p. 91 ss.
- (42) *Göppinger*, 253 ss., *Spiess*, *KKW*, 57 sss.
- (43) *Frehsee*, *Strukturbedingungen*; el mismo, *Städtebau*; *Schwind*, *Kriminalgeographie*.
- (44) Cfr. por ej., *Hassemer/Steinert/Treibert*, p.4 ss., *Haferkamp*, *Herrschaft und Strafrecht*, *Lüdemann*; *Ferrari*; *Haffke*, *Gesetzentwürfe*; *Anagnostopoulos*.
- (45) Cfr. *Schneider/Schroth*.
- (46) Cfr. por ej. *Kubel/Schuster*.
- (47) Así el Symposinn BKA.
- (48) *Kreuzer/Oberheim*.
- (49) *Eisenberg*, *Kriminologie* pp. 26-31; los informes recogidos en M.P.I., p. 93-303; *Kerner/Kury/Sessar* (edit), tomo 2, p. 743-1078.
- (50) Cfr. *Kaiser/Kerner/Schoch*, *Strafvollzug* (L.B.) p 9. ss.; y los informes del M.P.I.; *Kerner/Kury/Sessar* (edit), tomo 3.
- (51) Cfr. BKA Forschungsreihe, edit. por el Bundeskriminalamt, Wiesbaden, desde 1974.
- (52) Cfr. *Naucke*, *Sozialphilosophie*; *P.-A. Albrecht*, *KritV* 1986, 81 ss.; *Hassemer*, *Jus* 1987, 264 ss.
- (53) El tema ha sido discutido sobre todo en relación con los abusos sexuales con menores, cfr. *Jäger/Schorsch* (edit.); *Backe* y otros (edit); también *Jung*, *Inzestfall*.
- (54) El problema se centra fundamentalmente en la determinación de la pena en los delitos relacionados con el terrorismo, como por ej. se hace en el Código penal español (arts. 57 bis a) y 174 bis b) y en el § 129 a del Código penal alemán.
- (55) El problema, aparte del tema de la resocialización como tal, tiene importancia en aquellos casos en los que la incidencia sobre el individuo es especialmente intensa, como sucede con los preceptos que permiten la sustitución o la suspensión de la pena por medidas rehabilitadoras del delincuente drogadicto, como por ej. el art. 93 bis del Código penal español o los § § 35 y ss. de la Ley alemana de estupefacientes (BTMG), cfr. *Kühne*, *MschKrim*, 67 (1984), 381; el mismo, *Drogentherapie*, es pp. 29 ss.

- (56) Cfr. supra nota 6. Expresamente sobre ello *Hassemer*, Rechtsanwendung.
- (57) Cfr. supra nota 6 y *Strantenwerth*, Strafzumessung.
- (58) Cfr. nota 6 y OLG Celle, JR 1980, 256 con nota de *Naucke*, 257; *Müller-Dietz*, "Verteidigung der Rechtsordnung".
- (59) *Analysen zum Terrorismus*.
- (60) *Krey/Neidhardt*.
- (61) *Steffen*, Polizeiliche Ermittlungstätigkeit.
- (62) *Kaiser/Meztger-Pregitzer* (edit.); *Rosellen/Meztger-Pregitzer*.
- (63) *Walter*; *Müller-Dietz*, Bewahrungshilfe; el mismo, KKW 402 ss.; y además desde el punto de vista del asistente social *Bockwoldt*; *Kerner/Hermann/Bockwoldt*; *Renschler-Delcker*.
- (64) *H.J. Albrecht*, Legalbewährung.
- (65) *Müller-Dietz*, Strafvollzug; *Schwind/Blau*, (edit.); *Dünkel*.
- (66) *Kaiser/Kerner/Schöck*, Strafvollzug, p. 205 ss.
En España la bibliografía y los trabajos sobre problemas penitenciarios se han aumentado considerablemente, en los últimos años, véase infra, segunda parte, notas 155 y ss. Ver también nota 103 de esta parte.
- (67) Cfr. *M. Kohler* Strafrechtsbegründung, p. 42 ss.
- (68) Para más detalles *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 203 ss.
- (69) *Kaiser*, lug. cit.; *Jescheck*, Tratado, p. 7.
- (70) Cfr. *Treiber*; *Edliner/Goessler*, KB 1976, H. 11-13.
- (71) Cfr. *Artz*, Recht und Ordnung, esp. p. 75 ss.
- (72) *Jakobs* ZStW (97) 1985, 783 s.; *Lüderssen* StrVert 1987, 172.
- (73) Véase, por ej., *Schwind/Steinhilper* (edit.); y todavía más contundentemente en favor de la efectividad H. *Schäfer*, GA 1986, 49 ss.
- (74) *Hassemer*, Jus 1987, 263 ss.
- (75) Ejemplos en *Schroeder*, Realer Sozialismus, p. 18 s. 190 ss.; *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 93 ss.
- (76) Cfr. *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, p. 201 ss.; *Noll*, Strafe; *Muñoz-Conde*, Control social, p. 126.
- (77) Cfr. *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 220 ss.; *Eisenberg*, Kriminologie, § § 51 ss.
- (77 bis) Cfr. además del clásico trabajo de *Durkheim*, *Haferkamp*, Kriminalität; *Dreitzel*, p. 62 ss.; *Philipson*.
- (78) *Durkheim*, lug. cit.
- (79) Cfr. *Grewe*, p. 84 ss.
- (80) lug. cit., p.8, nota 4.
- (81) Continuadas por *Coser*, Funktionen; cfr. también *Mead* AJS 23 (1918), 557 ss.
- (82) *Durkheim*, p.6.
- (83) *Coser*, Funktionen, p. 30 ss.
- (84) lug. cit., p. 23 ss. y 27.

- (85) Cfr. *Haffke*, Tiefenpsychologie, esp. p. 87 ss., 162 ss.; *Engelhardt*, esp. p. 68 ss. También *Lüderssen*, Kriminologie, marg. 667 ss. quien se remite a la selectividad que se deduce de la propia persecución penal: demasiados chivos expiatorios podrían debilitar el impacto del proceso.
- (86) *Hassemer*, Fundamentos, p. 401.
- (87) cfr. *Göppinger*, Criminología, p. 3. "La referencia del crimen a la norma".
- (88) Sobre el origen del Derecho positivo, *Grimm*, Rechtsentstehung, p. 41 ss.
- (89) *Luhmann*, Rechtssoziologie I, p. 148 ss.
- (90) *Wesel*, Weltkunde, p. 21 ss.; cfr. el mismo, KJ 1979, 233.
- (91) Cfr. infra IV, e. aa.; y también *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 96 ss.; *Keckeisen*, p. 28 ss.
- (92) Cfr. *Wesel*, Weltkunde, p. 21 ss.
- (93) Cfr. la investigación, basada en *Geiger*, de *Popitz*, Konstruktion; además *Dux*, Rechtssoziologie, esp. p. 27 ss.; y el ejemplo citado antes de *Durkheim*, nota 78.
- (94) Cfr. *Rüping*, Grundriss, p. 14, 37, 48 y también p. 8, 12, 72.
- (95) Cfr. *Rüping*, ob cit., p., 16; *Eh. Schmidt*, Einführung 47, 174.
- (96) Aunque solo como alternativa o subsidiariamente a la muerte del agresor; cfr. *Spittler*, Konfliktaustragung; sobre la responsabilidad de otros miembros de la familia, *Wesel*, KJ 1979, 240.
- (97) Sobre ello *Steinetz*, tomo I. 11; *Wesel*, Weltkunde, p. 28 s.
- (98) cfr. *Hassemer/Steinert/Treibert*, p. 47 ss.
- (99) Cfr. *Schroeder*, Realer Sozialismus, p. 171 ss., 182, 160 ss.
- (100) *Hassemer*, Theorie, p. 151 ss., 221 ss.
- (101) Para más detalles *Eisenberg*, Kriminologie, marg. 7, 12 ss., 31 ss.; en general *Sack*, KKW, 387 ss.
- (102) Cfr. *H. Kaufmann*, Ejecución penal; *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug (LB) 9, num. marg. 10 ss.
- (103) Cfr. *Schelltooss*, KKW, 357 ss. (360); *Kaiser*, KKW, 89 ss.; *Böhm*; *Mergen*, Kriminologie, p. 337 ss. Sobre las relaciones entre Derecho penal y Derecho penitenciario cfr. *Callies/Müller Dietz*, StVollzG, Introduccion mun. marg. 38; y el cometario correspondiente al § 166 de *Steinhilper*, en *Schwind/Böhm*, StVollz G, § 166 marg. 8 ss.; también los § § 37-39 del Proyecto Alternativo alemán a la Ley Penitenciaria (A.E.-StVollzG, p. 99 ss.)
La bibliografía española sobre el Derecho penitenciario y la relación entre Derecho penal y penitenciario ha aumentado considerablemente en los últimos años sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Ley General Penitenciaria en 1979; cfr. *García Valdés*, Comentarios; *Beristain* y otros, Comentarios (Edersa), 2 vols., y las obras generales de *Garrido Guzman*, Manual; *Mapelli Caffarena*, Principios fundamentales; *Bueno Artís* y otros, Lecciones; para más detalles en la Segunda Parte, II, 3 a.
- (104) Cfr., *Göppinger*, Criminología, p. 328 ss. *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug (TB) 2 num. mar. 68 ss.

- (105) Cfr. *J. Schneider*, *Kriminologie*, p. 159 ss.; *Heinz*, *MSchrKrim* 58 (1975), 225; Sobre el valor y el origen del análisis estadístico de la criminalidad cfr. *García Pablos*, *Manual*, p. 125 ss.
- (106) En Alemania Federal, las Estadísticas más importantes son la policial (publicada por la Dirección Federal de Policía, "Bundes/Kriminalamt", desde 1953) y la judicial (publicada desde 1950 por el Servicio Federal de Estadística, y desde 1892 a 1939 por el Servicio Imperial de Estadística) a partir de 1976, dividida entre asuntos juzgados ("Rechtspflege") y condenas ejecutivas ("Strafverfolgung"). También se publican por el Servicio Federal la Estadística sobre condena condicional, la Estadística penitenciaria, la Estadística de Auxilio social a jóvenes y la Estadística de accedentes de tráfico. La Oficina de tráfico de Flensburg informa en sus publicaciones estadísticas sobre privación del permiso de conducir, multas administrativas y registro de antecedentes por infracciones de tráfico. En España se publican desde 1955 por el Instituto Nacional de Estadística las "estadísticas judiciales", con el número de condenados por la jurisdicción penal. Otra fuente es la "Memoria anual de la Fiscalía del Tribunal Supremo". Las Estadísticas policiales no se publican oficialmente aunque sí algunos datos parciales, como por ej. la "Estadística anual sobre actuaciones contra el tráfico ilegal de drogas" (1987) También la Dirección general de Instituciones penitenciarias ha publicado algunas estadísticas penitenciarias, cfr. por ej., el Informe general de 1979 realizado por García Valdés, Rodríguez Suarez y Zapatero Sagrado. Existen igualmente otros análisis estadísticos o numéricos realizados por instituciones de carácter privado o de particulares referidos a concretos ámbitos de la Criminalidad, particularmente relativos al tráfico de drogas, que carecen de periodicidad y no tienen otro valor que el propio prestigio de sus autores, cfr. *García Pablos*, *Manual*, p.166 ss.
- (107) Cfr. por ej. *Kreuzer*; *Stephan*; una exposición de conjunto ofrece *H.J. Schneider*, *Kriminologie*, p. 192 ss.
- (108) *Analysen zum Terrorismus*.
- (109) Por ej. *Sexsar*, *Tötungskriminalität*.
- (110) Por ej. *Zeller*.
- (111) Por ej. *Middendorf*.
- (112) Por ej. *Tiedemann*, *Subventionskriminalität*; *Arroyo Zapatero*.
- (113) Por ej. *Kerner*, *Professionelles und Organisiertes Verbrechen*; *Mack/Kerner*.
- (114) Bastante extendidas en el siglo XIX, cfr. por ej. *Feuerbach*, *Merkwürdige Verbrechen*; *de Pitaval*; *Mostar/Stemmle* (edit).
- (115) Cfr. *Lüderissen/Seibert* (edit).
- (116) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB) § 15 marg. 9.
- (117) Cfr. algunos datos de este tipo en *Göppinger*, *Criminologia* p. 78 ss., también en España *García Pablos*, *Manual*, p. 695 ss.
- (118) Cfr. *Brauneck*, p. 41 ss.; *H. J. Schneider*, *Kriminologie*, p. 163 ss.
- (119) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 13, marg. 15: denuncias privadas 91-98 %; *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 26, marg. 8: 94-97 %; *Kürzinger*, p. 122 s.: 85-95 %.

- (120) *Feest*, Situation des Verdachts *Feest* / *Blakenburg*, p. 35 ss.
- (121) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 13 marg. 10; *García Pablos*, *Manual*, p. 157 ss.
- (122) Cfr. *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 26 marg. 2, 9; *Heinz*, *KKW*, 31 s.; *Hassemer*, *Fundamentos*, p. 74 ss.
- (123) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB) § 16, marg. 4; *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 16, marg. 2.
- (124) Cfr. *Kürzinger*, p. 169.
- (125) Cfr. *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 16, marg. 3 ss.
- (126) Cfr. *Sack*, *KKW*, p. 80 ss.
- (127) Cfr. *Kerner*, *Verbrechenswirklichkeit*, p. 79 ss.
- (128) Sobre ellas *Sack*, *Kriminalsoziologie*, 287 ss.
- (129) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 15, marg. 17 § 14 marg. 3 ss.; *Göppinger*, *Criminologia*, p. 98.
- (130) Cfr. *Sack*, *KKW*, 82 ss.
- (131) Asi *Göppinger*, *Criminologia*, p. 94; *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 15 marg. 4 ss, 17 ss; cfr. *Kerner*, *KKW*, 267.
- (132) Cfr. *Kerner*, *Verbrechenswirklichkeit*, p. 189 ss; *el mismo*; *Präventionsmassnahme und Kriminalstatistik*, p. 125; *Zipf*, *Politica criminal*, p. 114.
- (133) *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 15, marg. 9, 18; *Göppinger*, *Criminologia*, p. 95.
- (134) *Göppinger*, *Criminologia*, 68; *Kaiser* *Kriminologie* (LB), § 15, marg. 6
- (135) Sobre los problemas y, en algunos aspectos, mayor adecuación de los métodos cualitativos, véase *Lüderssen*, *Kriminologie*, marg. 836 ss., 854 ss., 901 ss.
- (136) *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 15, marg. 17.
- (137) Sobre su valor teórico véase *Sack*, *KKW*, 76 ss.; *el mismo*, *Kriminalsoziologie*, p. 239 ss.
- (138) Cfr. los datos en *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 16 marg. 1; cfr. *Eisenberg*, *Kriminologie* § 16 marg. 1; *García Pablos*, *Manual*, p. 149 ss.
- (139) Para más detalles *Kaiser*, *Verbrechenswirklichkeit*, p. 22 ss.
- (140) *Schwind*, *Praxis* § 6, marg. 24; sobre otras formas de cifra oscura, véase *Opp*, p. 53 ss.
- (141) Expresamente *Kürzinger*, § 164 ss; *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 16, marg. 6 ss. *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 44 s.; *García Pablos*, *Manual*, p. 149 ss.
- (142) Véase *Lemert*, *Sekundäre Devianz*; así como *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 44, marg. 12.
- (143) Cfr. especialmente las diferenciaciones de *Bratneck*, p. 113 s.; *Kaiser*, *Kriminologie* (LB) § 14, marg. 11 ss.; *Eisenberg*, *Kriminologie* § 44 num marg. 12; *Sack*, *KKW*, 81.
- (144) Tanto más en el Ordenamiento jurídico español en el que no existe el principio de oportunidad y ya la simple "*notitia criminis*" obliga a actuar de oficio, salvo en los delitos perseguibles a instancia de parte, a los órganos de la Administración de Justicia. En la República Federal de Alemania se prevee, aunque con algunas

limitaciones, la posibilidad de que por razones de oportunidad, pueda sobreseerse el proceso a petición del Ministerio público en casos, por ej. de hurto de no mucha importancia, previa indemnización de la víctima, véase *infra* Segunda Parte.

- (145) Cfr. *Zipf*, Política criminal, p. 114; *García Pablos*, Manual, p. 165.
- (146) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 14, marg. 1 s.; *Lüderssen*, *Dunkelziffer: Jäger, Veränderung*, p. 17 ss.; *Sack*, *KKW*, 83 ss.
- (147) *Popitz*, *Präventivwirkung*; cfr. *Lüderssen*, *Dunkelziffer*.
- (148) *Popitz*, *Präventivwirkung*, *Kaiser*, *Kriminologie* (LB) § 12, marg. 35; cfr. también *Neumann/Schrott*, p. 105 ss.
- (149) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 14, marg. 3 ss.
- (150) *Zipf*, Política criminal, p. 137 ss.; *Kuhlen*, *Normative Konsequenzen*.
- (151) Cfr. *Kerner*, *Präventionsmassnahmen und Kriminalstatistik*, p. 114 ss.
- (152) Cfr. también *Kerner* *KKW*, 362; *Kaiser/Kerner/Schöch*, *Strafvollzug* (LB) § 20 marg. 29 ss.
- (153) Cfr. *Spiess* *KKW*, 258; *Böllinger*, p. 300.
- (154) *Quensel*, *KJ* 1970, 375.
- (155) Sobre ello *Kerner*, *Kriminalitätseinschätzung*, p. 324 y ss.; *Villmow*, p. 94 ss.; sobre las más recientes investigaciones en la República Federal de Alemania *Smaus*, *Strafrecht*.
- (156) Cfr. *H.J. Schneider*, *Kriminologie*, p. 159 ss.
- (157) Cfr. *Smaus*, *Strafrecht*, esp. p. 1 ss.; 117 ss.; 140 ss.; 175 ss.
- (158) Cfr. *Kerner*; *Kriminalitätseinschätzung*, esp. p. 31 ss; 85 ss.
- (159) Cfr. *Murck*, esp. p. 80 ss.
- (160) Cfr. *Schwind* y otros, p. 90 ss.
- (161) Cfr. *Stephan*, p. 322 ss.
- (162) Cfr. *Kaiser*, *Kriminologie* (LB), § 1, 3, quien recomienda se concentre en estos tres conceptos fundamentales: "delito", "delincuente", "control del delito"; también *Göppinger*, *Criminologia*, 1.1.
- (163) Así *Schellhoss*, *KKW*, 272 s.
- (164) *Schellhoss*, *KKW*, 1 ss.; con información bibliográfica y el estado actual del problema.
- (165) Sobre ello *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, p. 43 ss.
- (166) Cfr. *Dreitzel*, Kap. 4, VI; *G. Spittler*, Norm, quien expone el fenómeno a través de ejemplos como el de la cocina de un restaurante y una clínica.
- (167) Cfr. *Hassemer*, *Theorie*, p. 147 ss.; *Hassemer/Hart/Hönig*, p. 251 ss.
- (168) *Endruweit/Kerner*, p. 81 ss.
- (169) Como entiende *Naucke*, *Wechselwirkung*, p. 38 ss.
- (170) Sobre ello *Schellhoss*, *KKW*, p. 2 ss.
- (171) Cfr. *García Pablos*, *Manual*, p. 234 ss.; *Schellhoss*, *KKW*, 272 ss.; *Keckeisen*, p. 24 ss.; resumen en *Hassemer*, *Fundamentos*, p. 43 ss.

- (172) Cfr. *V. Trotha*, KKW, 42 ss.; *Kreuzer*, KKW, 160 ss.
- (173) Véase las exposiciones más o menos extensas de estas teorías en todos los manuales y tratados de Criminología, por ej. *García Pablos*, Manual, p. 243 ss.; *Göppinger*, Criminologia, p. 23 ss.; y el resumen de *Hassemer*, Fundamentos, p. 43 ss. Además en la más reciente bibliografía manualística alemana *Kaiser*, Kriminologie (TB), § 15; *Lüderssen*, Kriminologie, p. 97 ss.; *Mergen*, Kriminologie, p. 71 ss.; *Neumann/Schrott*, cap. 3; *H.J. Schneider*, Kriminologie, capit. IV.
- (174) Cuyo origen se encuentran en *Lombroso*; mas modernamente *Haberlandt*, MschrKrim 60(1977), 191 ss. Cfr. la exposición de *García Pablos*, Manual, p. 250 ss.
- (175) Así *Glueck/Glueck*; *Mc Cord/Mc Cord*; cfr. *García Pablos*, Manual, p. 464 ss.
- (176) Así *Cohen/Short*; *Sykes/Matza*; cfr. *García Pablos*, Manual, p. 535 ss.
- (177) Así *Merton* y algunos planteamientos marxistas y economicistas, cfr. *H.J. Schneider*, Kriminologie capit. IV, 6; *García Pablos*, Manual, p. 509 ss.
- (178) Así *Schöch*, *Schulenstreitfall*, p. 33, 41 s.; exposición en *H.J. Scheider*, capt. IV, 5; *Kaiser*, Kriminologie (TB) § 23; *García Pablos*, Manual, p. 463 ss.
- (179) *Heinz*, Kriminallistik 1987, 225 ss.
- (180) Así por ej., las leyes españolas de 22 noviembre de 1988, sobre técnicas de reproducción asistida y de 28 diciembre 1988 sobre donación y ubicación de embriones y fetos humanos fueron precedidas de informe (el "informe Palacios") en el que se suministraban todos los datos técnicos necesarios para regular el problema. Igualmente en las recientes reformas del Derecho penal sexual se han tenido en cuenta, aparte del mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo en la configuración del delito de violación, las demandas de una mayor liberalización de todos aquellos comportamientos sexuales que no lesionan bienes jurídicos individuales (cfr. la anterior redacción del art. 431 del Código penal español con lo que ha quedado tras la reforma de 1988). También la creación del delito de malos tratos en el ámbito familiar viene precedido de estudios sobre violencia en el ámbito familiar. En la Republica Federal de Alemania se llevaron a cabo estudios sociológicos, audiencias de expertos, antes de acometer importantes reformas en materia de pornografía, Cfr. el colectivo Sexualidad y delito, de varios autores alemanes (traducción de Gimbernat Ordeig). Para una exposición del tema *Díez Ripollés*.
- (181) En la Republica Federal de Alemania la decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua fue precedida de un largo debate sobre sus efectos en los condenados que tuvo lugar ante el mismo Tribunal, cfr. *Jescheck/Triffler* (edit).
- (182) *Hassemer*, Berücksichtigung von Folgen, p. 518 ss., en lo que se refiere a las atribuciones que ofrece el Código penal alemán al juez en materia de determinación de la pena, condena condicional, etc. Téngase en cuenta, sin embargo, que muchas veces ese informe de expertos es imprescindible para resolver la cuestión de hecho en muchos procesos, como sucede con la prueba pericial balística en homicidios; caligrafía en falsedades; recuérdese el problema de la prueba del agente causante del envenenamiento en el "caso de la colza" (AP Madrid, 20 mayo 1989).

- (183) Sobre la posibilidad de "experimentos controlados", *Hassemer*, Fundamentos, p. 314. Desgraciadamente estos experimentos, como por ej., el intento liberalizador, en algunos aspectos, del tráfico de drogas en la reforma española de 1983 han sido pronto sustituidas por regulaciones mucho mas duras como la reforma de 1988.
- (184) Cfr. *Schellhoss*, KKW, 273; *García Pablos*, Manual, p. 581; *Grosso Galvan*.
- (185) *Berger/Luckmann*: exposición de conjunto en *Sack*, Kriminalsoziologie, p. 309 ss; *Keckeisen*, p. 34 ss.
- (186) *H. Becker*, p. 8.
- (187) *Lemert*, Sekundäre Devianz, p. 446 s.
- (188) Cfr. *Hassemer*, Theorie, p. 19 ss.; tambien, aunque desde una perspectiva más sociológica, *Amelung*, Rechtsgüterschutz, § 14, p. 350 ss.
- (189) Así, por ej. en relación con la vida del feto no siempre el mejor camino para protegerlo es el Derecho penal, cfr. STC 11-4-85.
- (190) Véase la exposición de *Sack*, KKW, 280 ss.; 351 ss.; *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 96 ss.; *Neumann/Schrott*, p. 79 ss.
- (191) *Sack*, KrimJ 1972, 3 ss.; *Keckeisen*, p. 45 ss.
- (192) Cfr. *Keckeisen*, p. 109 ss.; *Schlichter*, p. 30 ss.; *Driendl*, JuS 1987, 605 s.
- (193) Exposición en *Hassemer*, Rechtssystem, p. 193 ss.
- (194) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos, p. 227 ss.
- (195) *Scott/Lyman*, p. 91.
- (196) Cfr., por ej. sobre criminalidad juvenil *Quensel*, KJ 1970 375; sobre la pretensión selectiva de las Autoridades durante la fase de investigación *Fest/Blankenburg*; sobre el nivel cultural de los reclusos *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug (TB), § 15, 1.
- (197) Cfr., por ej., arts. 9, 14, 24 y 25 de la Constitución española.
- (198) Cfr. *Lüdersen*, Freiheitsstrafe; *García Aran/Hormazabal/De Sola*.
- (199) Cfr. *Scheerer*, KKW, 221 ss.; *D.K. Pfeiffer/Scheerer*, p. 87 ss.; *Jäger*, Veränderung, p. 17 ss., 19 s.
- (200) Cfr. *Naucke/Deutsch*, 51. DJT; *Kunz*, Bagatellprinzip, esp. p. 319 ss.
- (201) Cfr. *Zipf*, Política criminal, p. 150 ss.
- (202) En la República Federal de Alemania existen varios trabajos (DFG-Projekt) sobre "aspectos teóricos argumentativos de los cambios jurisprudenciales" e "investigaciones experimentales sobre reforma de la vista oral en los juicios penales". En España apenas existen trabajos de este tipo.
- (203) Cfr. *Baratta*, Estudios penales, p. 15 ss.; *Keckeisen*, p. 14 ss.; *Kunz*, ARSP 1975, y 13 ss.; *Sack*, Kriminalsoziologie, p. 327 ss. Criticamente, en cambio, *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 48 s., *Göppinger*, Criminología, p. 97; *Eisenberg*, Kriminologie, § 3 marg. 2, § 12 marg. 10 ss.; criticamente tambien *Hassemer*, JS 1976, 164 ss.; *García Pablos*, Manual, p. 604 ss.
- (204) *Th. Kuhn*, p. 28, 64 ss.; 131.
- (205) *Keckeisen*, p. 17.
- (206) *Neumann/Schrott*, p. 81 ss; cfr. *Kuhlen*, Objektivität.

- (207) Cfr. el rico material que ofrece *Lübe/Wolff*, cap. 3, 5, 7; *Neumann*, Argumentationslehre, esp. cap. 6.
- (208) Cfr. *Arthur Kaufmann*, Analogie, esp. II III, y *Hassemer*, Tatbestand, esp. p. 98 ss.; el mismo, ARSP LXXII (1986), 195 ss.
- (209) Así también *Neumann/Schrott*, p. 84.
- (210) Así ya *Hassemer*, JZ 1976, 166.
- (211) Cfr. por ej., *Sack*, KKW, p. 280 ss.
- (212) Cfr. *Hassemer*, Strafrechtspolitik, p. 9 s.
- (213) Ya en 1957 *Hardwig*, GA, 1957, 173 ss., distinguía diversos grados de merecimiento de pena; sobre la extensión del concepto de merecimiento de pena *Alwart*, p. 21 ss.; *Schmidhäuser*, AT (STB) I/18, distingue entre merecimiento y necesidad de pena; *Günther*, JuS 1978, 11 ss., también distingue entre merecimientos y necesidad de pena; pero *Sax*, Grundrechte, p. 925 ss. divide el concepto de "merecimiento de pena" entre "necesidad de pena" y "hacerse acreedor de una pena". En la doctrina española adopta una posición similar *Muñoz Conde*, Desistimiento, p. 63 ss., aunque solo para distinguir entre punibilidad en abstracto y la penatidad como concreta categoría de la teoría del delito.
- (214) Parecida es la distinción entre "ética social" y "realidad social" en *Th. Würtemberger*, Geistige Situation, p. 69, así como la que hace *Zipf*, Política criminal, p. 79 y 22., entre "punto de referencia" éticosocial y sociológico.
- (215) Así *Schmidhäuser*, AT (STB) I/17.
- (216) Así *Otto*, Strafwürdigkeit, p. 53 ss.
- (217) También *Schmidhäuser*, lug. cit. coincide con esta opinión.
- (218) Cfr. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, §§ 4, 9.
- (219) Cfr. los interesantes datos que al respecto ofrece *Marxen*, Kampf, p. 182 ss.
- (220) Cfr. *Hümbs-Kruschel/Krusche*, ZRP 1984, 61 ss.
- (221) Cfr. *Lüderssen*, Generalpräventive Funktion, p. 69 ss.
- (222) Cfr. *Hassemer*, Generalprävention und Strafzumessung, p. 49 ss., también *Köhler*, Strafrechtsbegründung, p. 42 ss.
- (223) *Hassemer*, Theorie, p. 20 ss., 27 ss.
- (224) Cfr. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 121.
- (225) Cfr. la STC 11 abril 1985. La misma idea se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (BVerfGE, 39, I (46 ss.)), aunque de todas maneras hubo en ambos casos votos discrepantes de algunos magistrados sobre la forma en que el Derecho penal debe intervenir en este caso; cfr. sobre el caso español *Vives*, REDC, 1986; *Cuerda*, CPC, 18, 1982; sobre el caso alemán, la nota de *Kriele*, JZ 1975, 222 ss.; *Rüpke*, p. 60 ss.; *Müller-Dietz*, Problematik.
- (226) Sobre estos criterios *Hassemer*, Theorie, p. 130 ss.; *Lüderssen*, Kriminologie, marg. 157 ss.; *Neumann/Schrott*, p. 43 ss.
- (227) En este sentido *Schmidhäuser*, AT (STB), I/18.

- (228) Cfr. *Hassemer*, *Theorie*, p. 192 ss. y 200 ss. *Haffke*, *Tiefenpsychologie*, p. 169 ss. En relación con el problema de los límites del Derecho penal sexual en España *Diez Ripolles*.
- (229) Un paralelismo análogo se encuentra en *Naucke*, *ZStW* 94 (1982), 564: "Derecho de lucha contra el delito" *Versus* "Derecho limitador de la lucha contra el delito"
- (230) Sobre este principio *Müller-Dietz*, *Strafe und Staat*, p. 24; *Neumann/Schrott*, p. 40 ss.
- (231) Evidentemente cualquier tipo de reacción penal o "cuasi penal" basada en la "peligrosidad del autor", sin la previa comisión de un hecho delictivo iría contra el principio del "hecho", como sucede, por ej. con la ley española de Peligrosidad social (cfr. *infra* Segunda Parte, II, 5 c), críticamente *Muñoz Conde*, *Control social*, p. 53 ss. Sobre la distinción "Derecho penal de hecho-Derecho penal de autor", *Jescheck*, *Tratado*, p. 74 ss.; *Schmidhäuser*, *AT* (TB), 2/27, 7/43 ss.
- (232) Esta idea conduce también al "principio de intervención mínima", cfr. *Muñoz Conde*, *Introducción*, p. 50 y 22. Sobre la idea de subsidiariedad cfr. *Arthur Kaufmann*, *Subsidiaritätsprinzip*, esp. p. 93; *Roxin*, *Problemas fundamentales*, p. 23 ss.
- (233) *Bae*, esp. cap. 2. La idea de proporcionalidad es una idea inminente de Justicia que, sin embargo, a veces tiene el problema de la dificultad de comparar magnitudes distintas: cantidad de delito y cantidad de pena.
- (234) Por eso se acoge expresamente, allí donde no es posible limitar la consecuencia jurídica por el principio de culpabilidad, como, por ej., en el ámbito de las medidas (cfr. *infra* Segunda Parte, 4, 5 c), cfr. *Muñoz Conde*, *Control social*; también *Lerche*, p. 201 ss.
- (235) Este principio sirve como guía al legislador en aquellos casos de dudosa dañosidad de la conducta, como sucede por ej. en algunos comportamientos sexuales (homosexualidad, pornografía, etc.); cfr. *Kaiser*, *KKW*, 250; *Hassemer*, *Stratrechtsdogmatik*, p. 121, 134. Ninguna función ejerce, en cambio, en el ámbito judicial, cfr. *Jescheck*, *Tratado*, § 17 14, 2; *Baumann/Weber*, *AT*, § 13, I, 2a.
- (236) *Schmidhäuser*, *AT* (STB), 1/17; *Zipf*, *Política criminal*. De aquí se deduce también el llamado "carácter fragmentario del Derecho penal", cfr. *Maiwald*, *Fragmentarischer Charakter*.
- (237) Cfr. las exposiciones sobre este tipo en cualquier manual o tratado de Derecho penal, y especialmente *Hassemer*, *Fundamentos*, p. 310 ss.; *Muñoz Conde*, *Introducción*, p. 79 ss.
- (238) Así por ej., sucede con la equiparación de sexos a los efectos del delito de violación, admitiendo, en consecuencia, también el "coito anal", o con la "violación de la propia esposa en el matrimonio" (cfr. *Krauss*, exp. p. 80 s.); en general sobre estas cuestiones *Muñoz Conde*, *P.E.*, p. 363 ss.
- (239) *Zipf*, *Política criminal*, p. 40 ss.; *Jescheck*, *Tratado*, p. 35 ss. (cfr. *infra* Segunda Parte, II, 2c).
- (240) Cfr. *Herzog/Nestler-Tremel*, *StVert*, 1987, 362 s.
- (241) Consideraciones que se plantean siempre en favor de una liberalización de la punibilidad del aborto, cfr. por ej., *Muñoz Conde*, *P.E.*, p. 77 ss. con bibliografía.

- (242) Lo que parece olvidar *Zipf*, Política criminal.
- (243) Cfr. en la literatura alemana *Marxen*, Straftatsystem, esp. p. 324 ss.; *Lüderssen*, ZStW 85 (1973), 288 ss.; *Peters*, Strafrechtsgestaltende Kraft, esp. p. 8 s., 43 s.; también *H. Kaufmann*, Strafanspruch: Volk. Prozessvoraussetzungen, *Naucke*, ZStW 85 (1973), 339 ss.; cfr. infra. Segunda Parte, II, 1 b.
- (244) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos, p. 144 ss.
- (245) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos, p. 195; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, p. 86 s.; *K. Peters* Beschleunigung.
- (246) *Hassemer*, KKW, 378; *Stratenverth*, AT, I, marg. 193 ss.
- (247) Cfr. *Muñoz Conde*, P.E.: p. 448 ss; *Diez Ripolles*, Tráfico de drogas; en la doctrina alemana *Günther*, JZ 1987, p. 16 ss. 369 s.; *Meuter-Meichsner*, esp. p. 21 ss.; 123 ss.
- (248) Así por ej. ha sucedido con la reciente reforma del Código Penal español en materia de faltas, en la que muchas de ellas han pasado a la simple infracción administrativa. En Alemania el problema se ha planteado con los hurtos en grandes almacenes, cuya depenalización ha sido solicitada por un amplio grupo de penalistas, cfr. *AE-GLD*; el informe D de *Naucke* y la ponencia de *Arzt* al Congreso 51 de DJT, 1986. En general sobre los ilícitos menores o de bajatela cfr. *Kunz*, Begattelpripizip, esp. p. 187 ss.
- (249) Cfr. por ej., art. 235 del Código penal español. La tendencia en las últimas reformas del Código penal español en materia de tráfico de drogas ha ido mas bien en la dirección contraria, dejando un amplio arbitrio al juez para agravar la pena (cfr., por ej.: arts. 344 bis a, 3º: "notoria importancia", 344 bis b: "extrema gravedad"). En la República Federal de Alemania algunas instituciones como el "perdón judicial" para casos en los que el autor del delito ha sido también gravemente afectado por las consecuencias del mismo (accidente de tráfico en el que mueren hijos del conductor), han sido bien acogidas por la doctrina, cfr. *Hassemer*, "Absehen von Strafe", p. 72 ss.; *Naucke*, Tendenzen, esp. p. 22 ss., 225 ss.; *Terdenge*, esp. p. 18 ss. 54 ss., 160 ss.
- (250) *Hassemer*, Fundamentos, p. 314.
- (251) Cfr. por ej.; la Sentencia del T.C. 11 abril 1981 en relación con la punibilidad del aborto.
- (252) Cfr. *Gäffgen*, p. 325 ss.; *Schlaifer*.
- (253) Cfr. *M. Köhler*, Strafrechtsbegründung, p. 42 s.
- (254) Cfr. *Frisch*, p. 15 ss.; 22 ss.
- (255) *Hassemer*, JuS 1987, 265.
- (256) Así, por ej., toda la discusión en torno a la supresión del antiguo delito de escándalo público (art. 432 a.r. Código penal español) giró en torno a la lesión del principio de legalidad, porque en la descripción de la acción típica se empleaba la expresión "de cualquier modo". Sin embargo, casi simultaneamente se introduce para describir la acción en el tipo básico del delito de tráfico de drogas (art. 344) la expresión "o de otro modo". También en el antiguo delito de escándalo público se criticaba su falta de dañosidad social o su incompatibilidad con el principio de intervención mínima, aunque el nuevo delito de exhibicionismo que ha venido a sustituirlo tampoco sea muy respetuoso con este principio, salvo que se interprete

el concepto de "exhibición obscena" restrictivamente (cfr. *Muñoz Conde* P.E., p. 386 ss.). En general, todos estos principios constituyen la base argumental del moderno Derecho penal, y se encuentran mas o menos ampliamente, expuestas en cualquier manual u obra general; así, por ej. sobre los principios de intervención mínima y legalizada, *Muñoz Conde*, Introducción, p. 58 ss.; sobre prohibición de analogía y sus diferencias con la interpretación también *Muñoz Conde*, Introducción, p. 150 ss.; *el mismo*, Adiciones a *Jescheck* Tratado, p. 215 y s. Sobre principio de legalidad y reserva de ley, cfr. *Arroyo Zapatero*, REDC 1983, p. 9 ss.; también *Madrid Conesa*, La legalidad del delito; *el mismo*, El principio de irretroactividad. Igualmente se maneja el principio de culpabilidad sobre todo en su vertiente de exclusión de la responsabilidad por el resultado, sobre todo desde que ha sido acogido expresamente en el art. 1 del Código penal tras la reforma de 1983, cfr. por ej., *Quintero Olivares/Muñoz Conde*, La reforma, p. 27 ss., etc. En la doctrina alemana ocupan también estos principios un gran espacio en la discusión y reforma legislativa, cfr. sobre la prohibición de analogía *Hassemer*, Tatbestand, p. 163 ss. (también *el mismo* Fundamentos, p. 332); sobre el mandato de certeza, *H. Mayer*, Bestimmtheit; sobre el principio de dañosidad social *Jäger*, Strafgesetzgebung, p. 6 ss.; *Hanack*, 47, DJT, exp. p. 28 ss. AE-BT Sexualdelikte, p. 9 (una buena información de esta polémica en *Diez Ripollés*, El Derecho penal ante el sexo). Sobre el principio de culpabilidad o, en su caso, de proporcionalidad, *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, p. 140 ss; 212 ss; *Eser*, 53 DJT, esp. p. 107 ss.; *Haffke*, passim.

También se utilizan, aunque en menor medida, por los jueces en la crítica de la ley que, sin embargo, tienen que aplicar; así, por ej., algunas sentencias que criticaban la no inclusión del "coito anal" dentro del delito de violación, antes de la reforma del Código penal en este sentido, como lesión del principio de igualdad. En Alemania la jurisprudencia ha criticado también en base a este principio el § 67, V del Código penal alemán que permite la suspensión del resto de la pena que le quede por cumplir al condenado también a una medida cuando ésta haya tenido efecto terapéutico, colocando al sometido a medida en mejor condición que al condenado solo a pena (cfr. *Schönke/Schröder/Ströck*, § 67, marg. 4). En el Código penal español podría decirse lo mismo del sistema vicarial acogido en el art. 9, 1ª; de ahí que en la Propuesta 1983, se permita prescindir sólo del resto de la pena que quede por cumplir, cuando se dan los requisitos de la libertad condicional (art. 89), cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 79. También se utiliza el principio de proporcionalidad por la jurisprudencia alemana para, por ej., interpretar restrictivamente los preceptos procesales relativos a la prisión preventiva, cfr. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, p. 187; BVerfGE, 19, 342 (360). En relación con este tema la jurisprudencia constitucional española ha hecho igualmente una interpretación restrictiva prohibiendo prolongar con efecto retroactivo los plazos máximos de duración de la prisión preventiva (cfr. STC 10 y 12 de marzo 1987, 8 de julio 1988).

(257) Cfr. *Göppinger*, Criminología, p.6.

(258) Cfr. *H.J. Schneider*, Kriminologie, p. 67 s.

(259) Véase la exposición de *Jescheck*, Tratado, § 22; *Muñoz Conde*, Introducción, p. 168 ss.

(260) *Roxin*, Política criminal, p. 77. A él se adhieran *Zipf*, Política criminal, p. 8 *Jescheck*, Tratado, p. 266.

- (261) Zweckbegriff, p. 101 ss., 257 ss.; Rechtssoziologie 2, p.227.
- (262) Cfr. *Hassemer*, Rechtssystem, cap. 4,3; *Neumann*, Argumentationslehre, p. 2 ss., 8; *Simon*, p.68 ss.; *Engisch*, Introducción, Capit. 14.
- (263) Para más detalles *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, p. 27 ss.
- (264) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos, § 19; además *Koch*, p. 29 ss.; *Alexy*, p. 17 ss.
- (265) *Naucke*, Straftatlehre, p. 34; demasiado restrictivo *Jescheck*, Tratado, p. 265, para quien la teoría del delito sólo se puede derivar de la ley. Una fundamentación más amplia, basada en los principios del Estado social y democrático de Derecho, ofrece *Mir Puig*, La pena.
- (266) *Naucke*, Straftatlehre, p. 12 ss.
- (267) *Hassemer*, Fundamentos, p. 253 ss.; 340, quién califica la teoría del delito como un sistema general, justo y esquemático.
- (268) *Neumann*, Zurechnung, p. 13; *Stratenwerth*, p.6., p. 119; *Wessels*, P.G., p. 19; *Jescheck*, Tratado, p.263 ss. Igualmente la doctrina española, véase, por todos, *Muñoz Conde*, Teoría, p.9.
- (269) *Hassemer*, Fundamentos, p. 306.
- (270) Por ej. en la reforma del Código penal español en 1983 se incluyeron preceptos como el pfo. 2º del art. 1 (principio de culpabilidad) o el art. 6 bis a) (regulación del error) que claramente acogen postulados teóricos propugnados por la moderna doctrina penal española tras muchos años de elaboración de la teoría del delito (cfr. *Muñoz Conde*, El error, p.21).
- (271) La teoría general del delito tiene su origen en la Dogmática juridicopenal alemana, cuyas obras principales han sido traducidas al castellano, desde los Tratados causalistas de *Liszt*, *Mezger*, hasta los finalistas de *Welzel*, *Maurach*, *Stratenwerth*, pasando por los afines a una concepción social de la acción, como los de *Wessels* y *Jescheck*. No se han traducido los de *Schmidhäuser* y *Jakobs* que representan una orientación a los fines de la pena. También los manuales y tratados españoles se han orientado en estas tendencias de la Dogmática alemana: en la causalista, los de *Rodríguez Devesa*, *Sáinz Cantero*, *Cobo-Vives*; la finalista, *Cerezo*, *Mir Puig*, *Quintero Olivares*, también adoptan este esquema las teorías del delito de *Muñoz Conde*, *Octavio de Toledo Huerta Tocildo*, *Gómez Benítez*.
- (272) En general, es dominante la concepción del delito como acción u omisión típica, antijurídica y culpable, tanto en la dogmática alemana como en la española. Pero se discute un último grado de imputación que recoja otros presupuestos de la pena que no encajan en estas categorías, cfr. *Jescheck*, Tratado, p. 756 ss.; *Stratenwerth*, P.G., p. 72. En la doctrina española se rechaza la existencia de una categoría distinta a la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad (cfr., sin embargo, *Muñoz Conde*, Teoría, p. 171). Para algún autor, como *Naucke*, Straftatlehre, p.39 s., el delito es la conducta que infringe el respectivo precepto penal, no justificada, ni disculpable, que ha sido probada en un proceso penal, sin que exista ningún tipo de causa de exclusión de la pena y para la que esté ordenada la ejecución de la pena impuesta.
- (273) Cfr. *Naucke*, Strafrecht, p. 7

SEGUNDA PARTE:
EL DERECHO PENAL

I. Misión

I. Concepto y sistema

Como se observa, cuando se comparan las diversas metas que se asignan al Derecho penal no hay unanimidad en torno a la misión que éste tiene que cumplir; lo que no deja de ser objetable dada la importancia política y social de esta materia: ¿cómo se pueden elegir los instrumentos jurídicopenales idóneos; cómo valorar sus logros y sus fallos; cómo proyectar su futuro, si no se conoce la misión que tienen que cumplir?.

Analizando la cuestión con más detalle se ve inmediatamente, sin embargo, que esta discusión -por lo demás frecuente en cualquier disciplina científica- afecta más al ropaje teórico que al fondo del asunto. La discrepancia se refiere, en primer lugar, a la ordenación conceptual de la misión del Derecho penal y, luego, a la extensión teórica que se debe dar a dicha misión.

a) “Misión” y “función”

Generalmente se habla de “misión del Derecho penal” ⁽¹⁾, aunque algunos prefieren hablar de “función” ⁽²⁾. En el lenguaje jurídico tradicional se entiende por “función” las consecuencias queridas de una cosa, equiparándose a “meta” o “misión” ⁽³⁾. En el lenguaje sociológico se entiende, en cambio, por función la suma de las consecuencias objetivas de una cosa ⁽⁴⁾. Esta segunda acepción del término debería también ser empleada en el Derecho penal para denominar las consecuencias (accesorias) no deseadas pero reales del sistema (las repercusiones económicas y afectivas que la pena privativa de libertad tiene para la familia del recluso puede ser un buen ejemplo de esto ⁽⁵⁾), mientras que deberían utilizarse los términos de “misión”, “fines”, o “metas” para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema. En este sentido diferenciamos aquí entre “función” y “misión”.

b) Misión del Derecho penal y concepto de delito

No todos los autores tratan los mismos temas bajo la rúbrica “misión del Derecho penal”; así, por ej., hay quienes tratan la protección de bienes jurídicos como una parte de la *teoría del delito* ⁽⁶⁾.

La cuestión no tiene, sin embargo, gran importancia ya que, de un modo u otro, en tanto se entienda que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él.

c) Los instrumentos teóricos

Mayor importancia tienen las discrepancias en torno a la determinación de la misión que el Derecho penal debe cumplir. En este terreno son diferenciables tres posiciones:

- La opinión mayoritaria considera que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos ante posibles lesiones o puestas en peligro ⁽⁷⁾.

- *Welzel* da un paso más. Sin negar el principio de protección de bienes jurídicos, lo coloca en una relación social más amplia, y considera que "misión del Derecho penal es proteger los valores de la actitud interna de carácter ético-social que existen en la sociedad, y sólo en la medida en que está incluida en ellos la protección de los bienes jurídicos" ⁽⁸⁾.

- En cambio, *Jakobs* ⁽⁹⁾ considera que la "misión de la pena estatal es la prevención general confirmando el reconocimiento normativo". Para ello recurre a una teoría de la "prevención general positiva" que pone el acento en el "reconocimiento normativo", lo que en el fondo no lo diferencia tanto de la postura de *Welzel*, aunque *Jakobs* considere su posición más próxima a la teoría sistémica y a la Psicología de lo profundo.

En el fondo, las tres posiciones, que sintéticamente acabamos de exponer, tienen muchas cosas en común y, como seguidamente veremos, son bastante parecidas.

2. *El reforzamiento de los valores éticosociales de la acción.*

Se ha reprochado a *Welzel* que da un componente excesivamente ético al Derecho penal, ignorando su misión protectora de bienes jurídicos ⁽¹⁰⁾. Este reproche es en parte fundado, en cuanto *Welzel* menciona como valores de la actitud interna de carácter éticosocial conceptos como fidelidad, obediencia, dignidad de la persona, etc. ⁽¹¹⁾. Pero ya no lo es tanto, en la medida en que *Welzel* también ⁽¹²⁾ considera que "la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores éticosociales de la acción más elementales", destacando que esa protección de bienes jurídicos es "más fuerte y

profunda cuando se lleva a cabo con un entendimiento más amplio de la función éticosocial del Derecho penal, y no sólo por la idea de protección de bienes jurídicos”.

Como se ve, *Welzel* no pospone la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal, sino que la coloca en un plano más amplio y, concretamente, en un plano social ⁽¹³⁾. Esto se pone claramente de manifiesto cuando se ven las reservas que formula el propio *Welzel* ante la protección de bienes jurídicos como misión única del Derecho penal. *Welzel* ⁽¹⁴⁾ teme que la acentuación exclusiva del principio de la protección de bienes jurídicos produzca una “sobreevaluación del resultado” a la hora de determinar lo que es justo o injusto según el grado de “dañosidad” o de “utilidad social” y que, en definitiva, ello conduzca a una “materialización del Derecho penal”. Lo que *Welzel* teme es, por tanto, que con la preponderancia del principio de protección de bienes jurídicos se produzca una especie de cuantificación utilitarista del grado de dañosidad social y una funcionalización de valores fundamentales que no pueden ser concebidos desde un punto de vista puramente cuantitativo ⁽¹⁵⁾.

Así, por ej., el respeto a la dignidad humana o a la vida, o el principio de tolerancia son valores jurídicos relevantes que no admiten una cuantificación económica y mucho menos un intercambio con otros valores ⁽¹⁶⁾.

La crítica de *Welzel* está, por tanto, justificada y no supone en modo alguno el abandono del principio de protección de bienes jurídicos.

La protección de los “valores éticosociales de la actitud interna” no excluye la de los bienes jurídicos, ya que ambos están a diferentes niveles.

La vigencia de los valores éticosociales de la actitud interna es la condición de posibilidad de la protección de los bienes jurídicos. En un mundo de diablos no podrían protegerse los bienes jurídicos por muy extrema que fuera la coacción jurídica. La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal va, por tanto, más allá de la protección misma. Como veremos más adelante éste es también el mensaje de las teorías preventivas del Derecho penal, pues, en definitiva, tanto cuando se trata de la reinserción del delincuente, como de la intimidación de los potenciales delincuentes, como del aseguramiento de las normas sociales fundamentales, lo que importa es promover lo que ~~*Welzel* llama~~ “valores éticosociales de la actitud interna”.

Pero para evitar malos entendidos, debe precisarse y tomarse en serio la fórmula welzeliana de que “la protección de bienes jurídicos se consigue a través de la protección de los valores de la acción de carácter

éticosocial más elementales”⁽¹⁷⁾; el Derecho penal no tiene que proteger, por igual y al mismo tiempo, bienes jurídicos y valores de la acción. Ello significaría de hecho la desaparición del principio de protección de bienes jurídicos, ya que, al ser los valores de la acción difusos y fundamentales, quedaría sofocada la concreción y claridad de los bienes jurídicos. El bien jurídico es, pues, el ojo de la aguja por el que tienen que pasar los valores de la acción: ninguna reforma del Derecho penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de algún bien jurídico, por más que esté orientada en valores de la acción. Lo que hace el Derecho penal es estabilizar estos valores éticosociales de la actitud interna de una forma característica y teniendo en cuenta determinados límites que son precisamente los de los principios de legalidad y de protección de bienes jurídicos. Sólo respetando esos límites se pueden justificar los mandatos y prohibiciones que impone el Derecho penal y se puede esperar que el Derecho penal sea eso que la teoría de la prevención general positiva pretende: el ejemplo y garantía de los valores éticosociales de la actitud interna. Esto es exactamente -en la tradición conceptual de *Welzel* -la formalización del control social. En última instancia, el Derecho penal tiende al fortalecimiento y garantía de los valores éticosociales de la acción, pero en la búsqueda de esta meta actúa sometido a principios, como el de legalidad y el de protección de bienes jurídicos, que también son, por su parte, valiosos desde un punto de vista éticosocial y característicos del Derecho penal. Sólo así puede esperarse que el control social ejerza a través del Derecho penal una función ejemplar en la formación de los valores éticosociales de la acción.

3. Confirmación del reconocimiento normativo

La tesis que considera que la pena pública tiene como misión “confirmar el reconocimiento normativo”, con los efectos que ello conlleva de “confianza normativa”, “fidelidad al derecho” y “aceptación de las consecuencias” de la infracción normativa⁽¹⁸⁾, no se opone a la tesis de *Welzel* tal como se acaba de reconstruir, sino que más bien queda por debajo de la misma.

No es contraria a la tesis de *Welzel*, en cuanto -aunque naturalmente con la terminología de la teoría sistémica y de la Psicología profunda- mantiene la idea de que la gente necesita que su fe en las normas sea confirmada cuando esas normas son infringidas, configurándose así, al mismo tiempo, una cierta conciencia jurídica, y en cuanto, junto a esta fe en las normas, la gente tiene que aprender también que la infracción

normativa no es una alternativa de conducta discutible (fe en el Derecho) y que si se comete alguna infracción debe soportar las consecuencias que se derivan de la misma (aceptación de las consecuencias).

Estas metas no son otra cosa que los “valores éticosociales de la actitud interna”, si bien referidos más intensamente a las normas jurídico-penales; unos valores, pues, sin los que no puede existir ningún orden jurídico ni social.

Pero esta teoría del reconocimiento normativo queda por debajo de la teoría de Welzel, al admitir unas restricciones al principio de protección de bienes jurídicos que el mismo Welzel no admitía, pues la confirmación del reconocimiento normativo se puede conseguir también con medios contrarios a los valores éticosociales, como los de un Derecho penal terrorista que ciertamente consiga la reducción de la criminalidad a costa de reducir también las libertades personales y el respeto a la dignidad humana. Naturalmente que no es esto lo que pretende esta teoría como tampoco lo pretenden ninguna de las teorías preventivas actualmente existentes en nuestro ámbito cultural; pero, en cierto modo, es éste un peligro al que están expuestas cuando fundamentan las normas penales con la confirmación del reconocimiento normativo ⁽¹⁹⁾.

Esta teoría requiere, pues, todavía, una cierta maduración.

4. Protección de bienes jurídicos

Menos pretenciosa es la opinión que vincula el Derecho penal con la protección de bienes jurídicos. Según esta tesis, es suficiente con que el Derecho penal proteja “bienes vitales” como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico; bienes, por tanto, “que son indispensables para la convivencia humana en sociedad y que, por eso mismo, deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública” ⁽²⁰⁾.

a) Fines de la teoría del bien jurídico

En favor de la teoría que se acaba de exponer hablan muchos argumentos:

-Pone en estrecho contacto la determinación de la misión del Derecho penal con el criterio de la Justicia que utiliza la Política criminal a la hora de determinar qué es lo que merece una pena, pues vincula dicha misión a una cualidad visible del comportamiento merecedor de pena. Esta cualidad no es otra que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Una de las objeciones que precisamente se puede formular contra la teoría de la confirmación del reconocimiento normativo, que antes veíamos, es la de que no ofrece una consideración tan consistente como la del bien jurídico.

-Otra de las ventajas de la teoría del bien jurídico es que es el mejor argumento contra la teoría que considera al delito como lesión de un deber⁽²¹⁾ y el Derecho penal como la protección de un “mínimo ético”⁽²²⁾. La teoría del bien jurídico ofrece un sustrato empírico al que están vinculados el legislador penal⁽²³⁾ y los deberes de actuación que la ley penal formula⁽²⁴⁾. El delito sólo puede, por tanto, considerarse como lesión de un deber en la medida en que el legislador se mueva dentro del margen de libertad que le concede la Constitución a la hora de elegir la forma y extensión de la técnica protectora⁽²⁵⁾, es decir, a la hora de concretar si el núcleo del comportamiento merecedor de pena es la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico.

-La teoría del bien jurídico enriquece, además, al Derecho penal con una matización que hace más comprensible su misión y su sistema, al diferenciar las funciones del bien jurídico entre aquellas que son inmanentes al sistema mismo (tales como la clasificación de los delitos en la Parte Especial, o los límites del consentimiento o la legítima defensa), y aquellas otras que son trascendentes o críticas del sistema y que son precisamente las que determinan también los criterios de merecimiento de pena⁽²⁶⁾.

-Finalmente, la teoría del bien jurídico puede hacer plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de protección⁽²⁷⁾. Si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico constituye el núcleo de la determinación del merecimiento de pena, todas las cuestiones relativas al grado de lesión o puesta en peligro (tales como la anticipación de la punibilidad a simples situaciones periféricas de peligro, la utilización de los delitos cualificados por el resultado, la punibilidad de la tentativa o de la imprudencia, elección del marco penal, etc.) deben ser también tenidas en cuenta a la hora de decidir legislativamente los presupuestos y formas de la punibilidad. Así, por ej., la ampliación de la punibilidad a casos de simple puesta en peligro abstracto, tal como sucede en algunos delitos económicos o en la protección penal del medio ambiente, supone una alta valoración del bien jurídico y una especial necesidad de protección del mismo. El legislador penal debe tener en cuenta todas estas matizaciones a la hora de precisar los presupuestos y formas de la punibilidad, de incluir la puesta en peligro junto a la lesión del bien jurídico en el tipo penal, etc.

En resumen: la determinación de la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico -un ensayo que tiene sus raíces en la Ilustración⁽²⁸⁾-, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones. Este criterio, al mismo tiempo que utilizable, debe ser fácilmente aprehensible a fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena todo "lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna"⁽²⁹⁾. La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho penal⁽³⁰⁾.

b) Problemas del concepto de bien jurídico

El concepto de bien jurídico no puede, sin embargo, cumplir todas estas tareas, y es por ello por lo que también es objeto de severas críticas⁽³¹⁾.

Estas críticas se apoyan, en parte, en la oscuridad del concepto mismo y en que sólo sirve para comprender una parte del Derecho penal. Estas críticas en buena parte son infundadas, aunque no por eso deben ser dejadas caer en saco roto.

a') Bien jurídico y objeto de la acción

Sería bueno que por bien jurídico pudiera entenderse "algo concreto, realmente existente"⁽³²⁾; bastaría entonces con que el legislador se remitiera a ese algo visible facilitando así el control de su decisión. Pero esta vía está vedada por dos razones:

La primera de estas razones se basa en una diferenciación conceptual razonable que la teoría del bien jurídico ha desarrollado hace ya tiempo; una cosa es el bien jurídico y otra cosa es el "objeto de la acción". Así, por ej., en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra cosa es la "cosa mueble ajena" (objeto de la acción); y en la falsificación de moneda una cosa es el tráfico monetario (bien jurídico) y otra cosa es la moneda concretamente falsificada (objeto de la acción). Al Derecho penal no le interesa tanto el "algo concreto", como el interés general que se materializa en ese algo⁽³³⁾.

Todo ello demuestra las dudas que surgen cuando se trata de delimitar el substrato empírico que propiamente va a servir de fundamento a las conminaciones penales del legislador.

b') Vaguedad del concepto de bien jurídico

La segunda razón que se esgrime contra la posibilidad de encontrar un sustrato material al concepto de bien jurídico no procede de la teoría del bien jurídico misma, sino que, por el contrario, ésta intenta neutralizarla porque amenaza su propia esencia. Esta segunda razón no es otra que la tendencia del propio concepto de bien jurídico a convertirse en un concepto vago, espiritual o inmaterial, como ha sucedido también con el concepto de violencia en el delito de coacciones ⁽³⁴⁾.

Ya en los comienzos de la teoría fue el propio fundador de la misma, *Birnbaum*, quien, en polémica con *Feuerbach*, intentó con decisión delimitar el concepto de bien jurídico, refiriéndolo a "personas" y cosas ⁽³⁵⁾; pero finalmente sólo consiguió determinarlo con una palabra tan poco precisa como la de un "bien", "que jurídicamente nos incumbe a todos" ⁽³⁶⁾, para terminar reconociendo como "bien jurídico" ⁽³⁷⁾ incluso las ideas morales dominantes en la sociedad. En el fondo de su teoría latía, por tanto, más una estrategia pragmática que una verdadera concepción jurídica, pues, al ampliar tanto el concepto de bien jurídico, daba a las normas jurídicopenales un sustrato común que, sin embargo, difícilmente podía realizar la misión crítica que se le encomendaba: ¿qué no es propiamente un "*ideal moral de la sociedad*"?

Ya *Feuerbach* había buscado antes otra vía, que tampoco resultó convincente. Menos pragmático que *Birnbaum* ⁽³⁸⁾, quizás por estar más próximo a la tradición filosófica de la Ilustración, consideró simplemente que todo delito consistía en la lesión de un "derecho ajeno" ⁽³⁹⁾. Esta lesión constituía para él el núcleo del concepto material de delito, con la suficiente fuerza como para, en caso necesario, representar un bastión frente a la arbitrariedad del legislador; una fuerza quizás excesiva para permitir adaptar el concepto de delito a las normas penales realmente existentes, por eso, el propio *Feuerbach* no tuvo más remedio que admitir también la existencia de un "concepto amplio de delito" o simple "delito policial" ⁽⁴⁰⁾ junto al de delito en sentido estricto. Así quedaba salvado el concepto de delito, pero a costa de perder eficacia práctica, ya que lo que le importa a la praxis es lo que se incrimina como delito, lo sea en un sentido amplio o estricto del término.

Esta alternativa entre un concepto de bien jurídico preciso y crítico, pero ajeno a las necesidades de la práctica, y un concepto de bien jurídico práctico y más cerca de la realidad, pero vago e inconsistente, se agudiza aún más en una sociedad moderna y compleja como la que tenemos actualmente.

La densidad y complejidad del tráfico viario y aéreo y de los centros de información y comunicación de las terminales electrónicas de datos; la creciente intervención del Estado en la economía a través de una política de subvenciones, o el aumento de la polución del medio ambiente, enfrentan al Derecho penal con la cuestión de si se puede limitar todavía su misión a la protección del “derecho de otro”, o hay que pasar a proteger instituciones, unidades o funciones sociales, lo que evidentemente significa una mayor vaguedad del concepto de bien jurídico.

c') Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos universales

Desde hace tiempo, la teoría del bien jurídico distingue entre bienes jurídicos “individuales” (vida, libertad, salud, propiedad...) y bienes jurídicos “universales” (seguridad del Estado, Administración de Justicia, orden económico, seguridad del tráfico...). Esta distinción es muy útil para responder a la cuestión de si una persona (y cual) puede consentir válidamente en la lesión de un bien jurídico y puede defenderse contra una agresión a “su bien jurídico”⁽⁴¹⁾, pues tanto el consentimiento como la legítima defensa suponen que el bien jurídico afectado en cada caso pertenece al que consiente o se defiende, es decir, que es un bien jurídico individual. Pero realmente, fuera de este caso, la distinción no tiene mayor importancia.

Desde luego no se puede discutir que los bienes jurídicos se distinguen, según el titular y la capacidad dispositiva sobre los mismos, en bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos comunitarios (del Estado, de la sociedad).

Lo que sí se discute es la extensión que debe darse a tal distinción y cómo debe configurarse en el caso concreto. En esta cuestión se enfrentan las teorías “dualistas” con las teorías “monistas”⁽⁴²⁾.

d') Teorías dualistas y monistas

Desde el punto de vista dualista se mantiene la distinción admitiendo que hay dos clases de bienes jurídicos. Esta solución, al faltar la culminación conceptual de *las dos columnas*, es insatisfactoria, pero tiene la ventaja de que exime de buscar un concepto común superior⁽⁴³⁾, evitando así tener que elegir en la dura alternativa a que antes aludíamos entre la vaguedad y la lejanía de la praxis.

Para las teorías monistas sólo hay, en cambio, dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas posibilidades se excluyen entre sí. O

se le concibe desde el punto de vista del Estado ⁽⁴⁴⁾, considerando en este caso los bienes jurídicos individuales (vida, salud, etc.) como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. O se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo ⁽⁴⁵⁾.

Desde luego es evidente que la más importante polémica se plantea entre los partidarios de las dos teorías monistas, ya que ambas posiciones parten de concepciones diferentes acerca de lo que es el Estado, mientras que entre las teorías monistas y las dualistas las diferencias son sólo de sistema y de método.

La distinción dualista es aceptable sólo desde un punto de vista pragmático porque, sin necesidad de generalizar sus resultados, consigue una relativamente precisa descripción de los bienes jurídicos. Pero, desde el punto de vista teórico, este planteamiento se resigna demasiado pronto ante las dificultades conceptuales.

No consigue, por ej., ofrecer una visión unitaria del Derecho penal, al no poder dar un concepto consistente de bien jurídico. Y, por otro lado, como veremos inmediatamente, al ser las dos clases de bienes jurídicos tan distintas en su origen y consecuencias, no puede evitar tener que optar por un modelo de Estado y, por tanto, por una determinada fundamentación política y filosófica del Derecho penal, a la hora de tomar sus decisiones.

c) Teoría personalista del bien jurídico

Entre las teorías monistas han sido los bienes jurídicos universales (economía, medio ambiente) los que han dominado la discusión políti-cocriminal de los últimos años. Ello es, sin duda, consecuencia de una "modernización del Derecho penal" que se ha tenido que adaptar a la evolución y cambio social.

Pero ésto no es ninguna razón o motivo para concebir el bien jurídico desde el prisma de los bienes jurídicos universales y considerar que los bienes jurídicos individuales no son más que los derechos que de aquellos se derivan.

Más bien sucede lo contrario: en una época en la que la socialización es cada vez mayor, el Derecho penal debe reflexionar sobre si los intereses de la persona no deben ser favorecidos frente a los de la Sociedad y el Estado.

a') Estado, Sociedad, Persona

Precisamente la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo.

Para esta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales.

La teoría monista social (o estatista), en cambio, funcionaliza los intereses personales desde el punto de vista de los generales.

La evolución histórica demuestra ⁽⁴⁶⁾ que al comienzo de la Edad Moderna existía un predominio de los intereses religiosos y estatales, que sólo a partir de la Ilustración empezaron a ser sustituidos por concepciones personalistas y que, sin embargo, todavía en el siglo XX fueron en cierto modo "socializados" por algunas ideologías, como la nacionalsocialista.

Sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona. Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer en la medida en que -mediatamente- sean también intereses de la persona.

Así, por ej., reconoce:

-las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios ⁽⁴⁷⁾.

-el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella ⁽⁴⁸⁾; -el medio ambiente en el delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas ⁽⁴⁹⁾ y no como la pureza del agua o del aire como tales ⁽⁵⁰⁾, etc, etc.

b') Consecuencias para el Derecho penal

Todas estas discusiones que las teorías monistas mantienen sobre el bien jurídico no son puramente académicas. Quien reconozca al Estado o al medio ambiente como un bien jurídico autónomo, independiente de las personas, debe colocarlos por lo menos al mismo nivel que los bienes individuales. Y si, consecuentemente con esta concepción del Estado,

funcionaliza los bienes individuales desde el punto de vista de los bienes universales, otorgará incluso un valor superior a los bienes sociales. Quien, por el contrario, conciba los bienes universales desde el punto de vista de la persona, los considerará sólo como bienes derivados o indirectos. Así, por ej., dirá que los delitos contra el medio ambiente son delitos de peligro (para la vida y la salud de las personas) y no delitos de lesión (de un bien jurídico universal como el “medio ambiente”). Sólo una teoría personalista del bien jurídico se ve obligada a exigir que los daños al medio ambiente representen una puesta en peligro grave de los intereses individuales protegidos jurídicamente; y sólo una teoría personalista del bien jurídico puede explicar que las agresiones al medio ambiente únicamente pueden ser castigadas en la medida en que pongan en peligro bienes jurídicos personales ⁽⁵¹⁾. Y, finalmente, sólo una teoría personalista del bien jurídico puede fundamentar por qué los “delitos acumulativos” ⁽⁵²⁾, cuya dañosidad es producto de la coincidencia reiterada de varias acciones en sí poco peligrosas, no se encuentran tipificados en el Código penal, sino en leyes penales especiales.

En resumen: tanto la jerarquía de los bienes jurídicos, como las consecuencias para su protección jurídicopenal se conciben por una teoría personalista del bien jurídico de forma distinta a como se conciben por una teoría social o estatal.

c') Concepción de los bienes jurídicos universales

Desde el punto de vista de una teoría personalista del bien jurídico tampoco es difícil fundamentar por qué deben ser también reconocidos los bienes jurídicos universales, es decir, los bienes jurídicos de los que la persona individual no puede disponer. Pues, al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma (Economía, Administración, Administración de Justicia, Educación, Defensa, Familia, etc.). La protección del correcto funcionamiento de estas instituciones se hace, por tanto, en función de los intereses de las personas que viven y actúan en esas instituciones.

d') Producción de los bienes jurídicos

Los bienes e intereses que se consideran bienes jurídicos no aparecen, sin embargo, de forma tan evidente como el papel moneda o un inmueble. Son, más bien, consecuencia y objeto de un proceso de elaboración y producción ⁽⁵³⁾. Quien, como *Jakobs* ⁽⁵⁴⁾, objeta al concepto de bien

jurídico que "el orden que debe proteger el Derecho penal no se define por el conjunto de los bienes jurídicos ni sólo por ellos", olvida los matices que tienen conceptos como los de "bien" y "bien jurídico".

Los bienes no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia ⁽⁵⁵⁾. Valores tales como el matrimonio monogámico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud no sólo son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultural. Gráficamente se puede decir que los "bienes no existen, sino que son producidos". No hace falta, para demostrarlo, recurrir a la Etnología o a la historia del Derecho, incluso en el Derecho vigente hay buenos ejemplos de esta historicidad del concepto de bien y del de bien jurídico ⁽⁵⁶⁾.

Incluso aunque los bienes e intereses estuvieran al alcance de las personas y, por tanto, se pudiera decir que son en cierto modo autónomos, el Derecho penal tendría necesariamente, para protegerlos, que someterlos a un proceso constitutivo en el que, desde el punto de vista del merecimiento de pena, analizaría primero su aptitud para ser protegidos penalmente y luego su posible modificación para ser objeto de protección. El legislador a la hora de crear una ley penal actúa, dentro de su margen de autonomía, "configurando" los bienes jurídicos, no simplemente "sacándolos" de la realidad social y reflejándolos, y en esa actuación lleva a cabo una función política y no simplemente demoscópica o estadística ⁽⁵⁷⁾.

e') Concepto personalista de bien jurídico

Precisamente es este proceso constitutivo el que hace que el concepto de bien jurídico aparezca con perfiles difusos y que muchos desconfíen de él.

Desde un punto de vista conceptual, el bien jurídico se denomina con los más diversos nombres: "interés", "potencial", "unidad funcional de valor", "función", "participación", "bien vital", "valor objetivo", "imagen ideal" o "estado" ⁽⁵⁸⁾. Estas denominaciones no siempre reflejan un contenido específico del objeto designado ⁽⁵⁹⁾; son más bien soluciones de compromiso o simples conceptos vacíos -tales como "estado", "interés"- que cada uno puede luego rellenar a su arbitrio.

Pero es bueno que esto suceda ⁽⁶⁰⁾. Pues ni todos los bienes jurídicos son "participaciones" ⁽⁶¹⁾ ni la vida, la libertad o la salud son simples "unidades funcionales valorativas". El problema a la hora de fijar un concepto general de bien jurídico sigue siendo, dada la relatividad social y política del fenómeno, el de tener que optar entre la vaguedad y la

selectividad: o dice demasiado poco, empobrecido en sus elementos definitorios, o sólo abarca una parte de los elementos relevantes. Ante esta situación es recomendable adoptar las siguientes actitudes:

- dejar abierto el concepto, sin reducir, desde un principio, la perspectiva a otros fenómenos relevantes;
- precisar el objeto, no desde el punto de vista conceptual, sino desde el proceso constitutivo mismo social y político del bien jurídico, y
- definir el concepto de bien jurídico de un modo genérico como "interés humano necesitado de protección jurídica penal".

Esta estrategia definitoria corresponde a la fundamentalidad de su objeto. Tampoco son fácilmente definibles otros conceptos fundamentales como "principio de culpabilidad", "prohibición de analogía", "proceso limpio" o "dignidad humana", hasta el punto de que, *more geométrico*, puedan ser aplicados por deducción a todos los casos. En cierto modo, es más fácil materializar estos conceptos "desde abajo", así, por ej., empezando por distinguir el bien jurídico del objeto de la acción, el bien jurídico individual del bien jurídico universal, hasta llegar a una opción en favor de la concepción personalista de la teoría monista. Esta materialización se consigue también contraponiendo el concepto de bien jurídico al de lesión de deber, y poniéndolo en relación con la evolución y perspectivas de cambio del Derecho penal ⁽⁶²⁾.

f) Valor de una teoría personalista del bien jurídico

El valor de un bien jurídico así concebido para la Política criminal y para la "función" del Derecho penal no consiste en ser una especie de salvoconducto de toda *ratio legis* de las normas penales ⁽⁶³⁾, sino en la posibilidad de ofrecer argumentos a la hora de aplicar el Derecho penal y de elaborar una Política criminal clara, controlable y orientada a la persona. Más no se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales ⁽⁶⁴⁾. No sirven, por tanto, para imponer una determinada decisión o para aplicar el Derecho penal en un determinado sentido ⁽⁶⁵⁾, sino sólo para reforzar los argumentos que se utilizan en las discusiones jurídicas y políticas. En este sentido, la concepción personalista del bien jurídico lucha por una política del Derecho penal vinculada a principios y que justifique y mida sus decisiones en función de si protegen intereses humanos dignos de protección.

Poco más se puede hacer con una teoría como la que aquí se propone.

Con ella queda sin responder la interesante cuestión de si el Derecho penal está en condiciones de proteger realmente los bienes jurídicos con los instrumentos que tiene a su disposición. Y también queda pendiente

la cuestión de los límites que debe tener una orientación a las consecuencias del Derecho penal, como la que preconizábamos al principio de esta obra. Lo que sí puede, sin embargo, ofrecer es una actuación consecuente y urgente, para resolver cuestiones tales como si merecen protección penal y en caso afirmativo con qué consecuencias accesorias, intereses como los que están detrás de los delitos de abusos deshonestos no violentos con jóvenes o adolescentes, injurias al Gobierno, escarnio al sentimiento religioso, escándalo público, etc.⁽⁶⁶⁾.

5. *Formalización del control social*

a) Límites jurídicopenales a la protección de bienes jurídicos

Ni el reforzamiento de los valores éticosociales de la acción, ni la confirmación del reconocimiento normativo, ni la protección de bienes jurídicos ofrecen una descripción completa y adecuada de la misión del Derecho penal.

Pero la insuficiencia de estas descripciones no se debe a que, por ej., como dice *Jakobs* ⁽⁶⁷⁾, el concepto de protección de bienes jurídicos no acoja también específicos elementos referidos al deber, porque esto, en todo caso, ya no es un problema de la misión del Derecho penal, sino de la técnica legislativa que, por supuesto, en su función protectora debe estar orientada a la protección de bienes jurídicos. La insuficiencia o provisionalidad de los criterios antes reseñados se debe más bien a que son demasiado amplios e incapaces, por tanto, de especificar con nitidez la misión del Derecho penal, si no se les complementa, delimita y enriquece con otros criterios.

Esta necesidad de mayor precisión en la determinación de la misión del Derecho penal no sólo se ha visto ya en relación con el problema de la determinación de qué es lo que merece pena, sino que también es algo que se deduce de la propia experiencia con las instituciones sociales y estatales.

a') Protección de bienes jurídicos y Estado de Derecho

Como ya hemos visto anteriormente, el bien jurídico es el criterio central para determinar correctamente el merecimiento de pena que, para salvaguardar, de algún modo, los derechos de las distintas partes intervinientes en un conflicto penal, debe ser completado además con otros criterios, como la dañosidad social, subsidiariedad, tolerancia, etc. Incluso quienes consideran que la misión del Derecho penal no consiste

en la protección de bienes jurídicos, sino en el fortalecimiento de los valores éticosociales de la acción o en el afianzamiento del reconocimiento normativo, tienen que admitir también el criterio del bien jurídico, pues el Derecho penal sólo puede perseguir aquellas metas dentro de los límites trazados por la Constitución y por la idea del Estado de Derecho. Ni la protección de los valores éticosociales de la acción, ni el afianzamiento del reconocimiento normativo, ni, por supuesto tampoco la protección de bienes jurídicos, pueden aceptarse más allá del Derecho penal de hecho y del principio de proporcionalidad. Cualquiera que sea, pues, la misión o finalidad del Derecho penal, ésta siempre vendrá limitada por la idea del Estado de Derecho.

b') Protección de bienes jurídicos por el Estado y la Sociedad

La misma idea que se acaba de exponer se encuentra en la experiencia cotidiana. El fortalecimiento de los valores éticosociales de la acción o el afianzamiento del reconocimiento normativo también se alcanza con numerosas instituciones de carácter social y estatal que, fuera del Derecho penal, realizan estas metas, incluso con mayor éxito que el propio Derecho penal; así, por ej., sucede con la familia, la escuela, la Iglesia y con otras muchas instituciones socializadoras ⁽⁶⁸⁾.

Y, por supuesto, otro tanto ocurre cuando de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos. Instituciones como la Cruz Roja, los servicios hospitalarios de urgencia, la policía, bomberos, etc., no tienen, en principio, otra misión que la protección de bienes jurídicos, aunque obviamente la lleven a cabo de forma distinta a como la realiza el Derecho penal.

b) El Derecho penal como parte del control social

La distinción entre el Derecho penal y otras instituciones también protectoras de bienes jurídicos se lleva a cabo a través de la conducta desviada, auténtica clave para la comprensión de la conducta criminal y característica del concepto de delito y del Derecho penal. Las demás instituciones que afianzan el reconocimiento normativo o protegen bienes jurídicos no se centran en la conducta desviada, sino en otras ideas como las de necesidad, educación o lesión.

a') Elementos del control social

De todos modos, el concepto de conducta desviada no es suficiente para describir la misión específica del Derecho penal, pues tan específico

de esa rama del Derecho es el quebrantamiento de la norma (la desviación) como la reacción a ese quebrantamiento (la sanción, la consecuencia jurídica) y el procedimiento a través del cual se constata la infracción y se impone la sanción.

El ámbito propio de la Administración de Justicia penal no es, por tanto, sólo la norma, aunque ésta sea la base para constatar la infracción, sino también la sanción y el proceso. El contenido de estos elementos se desarrolla a través del Derecho penal material (por la vía de la imputación), del Derecho sancionatorio (a través de las penas y medidas) y del Derecho procesal penal (contenido en la Ley de Enjuiciamiento criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Estos tres elementos, norma, sanción y proceso constituyen los principios básicos, no sólo de la Administración de Justicia, sino del concepto más amplio de control social ⁽⁶⁹⁾ que, con provecho, se utiliza por algunos autores ⁽⁷⁰⁾ para caracterizar la Administración de Justicia penal y sus misiones, aunque todavía no se han agotado todas las posibilidades que ofrece tanto para explicar de un modo más completo y preciso la misión del Derecho penal, como sus relaciones con la Criminología.

b') Valor del control social.

Igual que en la Administración de Justicia penal, también en las demás instituciones de control social se encuentran estos tres elementos básicos, norma, sanción y proceso: en la definición y corrección de la conducta desviada en la escuela, la familia, la vecindad o el lugar de trabajo, en un partido de fútbol o en el tráfico automovilístico, durante la celebración de un espectáculo, dentro de un hospital o de una cárcel ⁽⁷¹⁾.

La función de todas estas instituciones de control social es la afirmación y el afianzamiento de las normas importantes en el respectivo grupo social.

Para caracterizar estas normas se suele decir que son "expectativas contrafácticas" ⁽⁷²⁾ que, a diferencia de lo que sucede con las leyes de la causalidad, no pueden ser ni corregidas ni negadas por su incumplimiento sino, al contrario, fortalecidas por la sanción que se impone precisamente cuando son infringidas.

Sin control social la existencia no sería posible ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción, es decir, sin control social. Dentro del amplio campo del control social el Derecho penal llena el sector que se ocupa de

los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto, están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevé sanciones tan radicales para la infracción normativa.

En definitiva, el Derecho penal en la misión protectora de bienes jurídicos interviene junto con otras muchas instituciones sociales y estatales. Lo que, sin embargo, caracteriza al Derecho penal es el modo en el que lleva a cabo específicamente esa tarea protectora cuando se ocupa de las infracciones normativas más graves.

c) El Derecho penal como control social formalizado

Esta misma importancia de las infracciones normativas de las que se ocupa el Derecho penal obliga, no sólo a dotarlo de un poder sancionatorio especialmente intenso, sino también de una forma especial de actuación que, al mismo tiempo, constituye la pieza clave para determinar su misión; esta pieza clave no es otra que la formalización (o si quiere la juridización). A través del Derecho penal el control social se formaliza.

a') Concepto de formalización

En cierto modo, todas las instancias de control social actúan de un modo formalizado, es decir, previsible, controlable y vinculado a principios y criterios de conformidad o disconformidad con las normas. Los casos más simples de infracción normativa, incluso entre personas que no se conocen, como puede ser los pisotones o codazos en una "bulla" del Metro a la hora punta, hacen prever la reacción del que resulta empujado, o a veces hasta maltratado, dentro de un margen más o menos amplio que, en ningún caso, permite las "reacciones excesivas" que le convertirían a su vez a él en un infractor de la norma. A medida que aumenta el grado de institucionalización (es decir, de distanciamiento del individuo afectado) y de permanencia de la respectiva instancia de control social, aumenta también el de su formalización, graduando la gravedad de las sanciones o estableciendo un proceso para imponerlas, como se puede, observar, por ej., en los conflictos en la escuela o en los conflictos sociales entre empresarios y obreros ⁽⁷³⁾.

b') Valor de la formalización

Esta formalización es muy valiosa e importante para los implicados en un conflicto y cumple funciones como:

- orientar a todos los implicados (infractor, víctima y también espectadores) en una situación que normalmente es, por la coyunturalidad y la carga emotiva que comporta, difícil;

- seleccionar, delimitar y estructurar las posibilidades de acción (por ej., posibilidad de pedir disculpa evitando así la reacción del ofendido);

- distanciar al "autor" de la "víctima" regulando su ámbito de actuación y determinando sus roles y consecuentemente sus expectativas;

- proteger al más débil, distribuyendo opciones de acción en función del tipo de conflicto y del rol del agente independientemente de su poder social;

- abrir posibilidades de solución definitiva del conflicto, prescribiendo secuencias de acción (por ej., imponiendo al ofendido la obligación de aceptar la satisfacción o compensación que le da el agresor como forma de solución del conflicto y prohibiéndole, en consecuencia, responder con otra agresión).

Las normas formalizadoras son, pues, elementos integrantes de toda cultura, de toda forma de socialización y enculturación de las personas ⁽⁷⁴⁾. Son ellas las que hacen posible la solución de los conflictos y las agresiones interpersonales. Su aprendizaje se lleva a cabo a través de la internalización de mandatos como los de cortesía, moderación y consideración, disculpa y juego limpio, y también actuando con entereza y coherencia en situaciones conflictivas.

En el fondo se trata del aprendizaje de un "programa informal" ⁽⁷⁵⁾, ya que no se reciben directrices claras y generales de actuación, como por ej., las contenidas en el Código penal, sino a través de la percepción y por imitación en situaciones concretas, por *trial and error*. Cuanto menos formales son estos programas de aprendizaje, tanto menor es la posibilidad de resolver y estructurar el conflicto con normas formalizadoras.

c') Formalización y protección de bienes jurídicos

Desde este punto de vista queda ahora claro que la misión del Derecho penal consiste en formalizar del modo más preciso posible la solución de los conflictos que le incumben.

Esta misión se deriva de la misma tarea de protección de bienes jurídicos que tiene que realizar en las situaciones conflictivas más graves, ya que es en estas situaciones en las que más intensivamente se encuentran amenazados los intereses de los implicados (culpables o no) en el conflicto, donde más urgentes son todas las precauciones formalizadoras que producen distanciamiento, prudencia, protección y ayuda. "Protección de bienes jurídicos" no sólo quiere decir protección de

intereses humanos ante las agresiones de los infractores de las normas, sino también protección de esos intereses solucionando y elaborando el conflicto que ha surgido con la infracción normativa. Es esta doble función protectora la que justifica el Derecho penal. El control social con los medios del Derecho penal pero sin formalización sería una auténtica barbarie.

Esta función formalizadora la lleva a cabo el Derecho penal de dos formas ⁽⁷⁶⁾:

- estableciendo con publicidad y claridad ya antes de su intervención la clase y las consecuencias de esa intervención y haciendo previsible, controlable y corregible la intervención misma ("técnica de protección").

- Vinculando su intervención a principios que, en el marco de lo posible, eviten que el control social jurídicopenal imponga lesiones jurídicas innecesarias ("principios valorativos").

d') Técnicas de protección

Mientras que las normas del control social poco formalizado de la vida cotidiana sólo se ven cuando se impone una sanción, al permanecer en general tanto la norma como la sanción en un plano difuso, el Derecho penal está obligado a dar toda la información que sea posible y con la mayor publicidad tanto sobre sus normas prohibitivas o imperativas, como sobre las sanciones y el procedimiento adecuado para imponerlas. La actuación del Derecho penal no puede ni sorprender ni engañar al afectado por ella, y tiene que ser públicamente controlable, criticable y, en caso de error, susceptible de corrección.

Estas metas sólo pueden lograrse en la medida en que los presupuestos y modos del control social jurídicopenal sean "seguros"; este es el sentido que tiene el principio de legalidad visto desde el punto de vista de la formalización ⁽⁷⁷⁾.

El mandato de seguridad o de certeza, así como las prohibiciones de analogía, de aplicación retroactiva de la ley desfavorable y de utilización del derecho consuetudinario en perjuicio del reo son reforzados en su eficacia formalizadora por otros instrumentos de la Administración de Justicia penal.

Una cultura jurídica diferenciadora permite desarrollar, no sólo a través de la legislación y la práctica jurídicopenal, sino también de la elaboración técnica del Derecho penal ⁽⁷⁸⁾, una técnica diferenciada de protección que acoge y realiza el principio de legalidad.

Esta técnica protectora es llevada a cabo por el legislador penal a través de diversos instrumentos, como las definiciones legales ⁽⁷⁹⁾, la sistematización de la materia (distinción entre Parte General y Parte Especial, agrupación de los delitos en secciones y capítulos dentro del Código penal, etc.) ⁽⁸⁰⁾, la jerarquización de los tipos en básicos, privilegiados y cualificados ⁽⁸¹⁾, o la utilización de otros métodos descriptivos ⁽⁸²⁾ que dejan mayor libertad al juez, aunque a costa de exigirle un mayor nivel en la fundamentación de sus fallos ⁽⁸³⁾, o la cualificación del hecho injusto con especiales elementos referidos al deber ⁽⁸⁴⁾.

Todas estas sistematizaciones, diferenciaciones y concreciones son consecuencia de la necesidad formalizadora del Derecho penal, siempre que naturalmente ello no implique una excesiva complejidad del sistema normativo, sino una elevación del nivel informativo de los presupuestos del control social jurídicopenal, mejorando así la posibilidad de control de las decisiones que se basan en estos presupuestos.

Lo mismo cabe decir de las disposiciones legislativas en materia procesal y de ejecución de penas, como las que se refieren a organización de los tribunales, competencia de los mismos, ordenación del proceso o de la ejecución de penas, etc. No sólo la norma y la sanción previsible en caso de infracción, sino el proceso que hay que observar en su realización y ejecución, constituyen elementos del control social. Sólo en el proceso y en la ejecución de la pena se realizan la imputación y la pena pública, posibilitando además que se impongan dolorosas privaciones de derechos no sólo al implicado, sino también a sus parientes o incluso a los testigos que tienen que comparecer en juicio, con las consiguientes molestias que ello comporta. Por todo ello, la exigencia formalizadora se extiende también sin reservas a estos elementos del control social jurídicopenal.

La culminación de la técnica protectora del Derecho penal como elemento integrante de la formalización se produce en la praxis judicial apoyada, en mayor medida que por la legislación penal, por la ciencia y la teoría jurídicopenal.

Precisamente son la Dogmática jurídicopenal con todas sus complejidades y el Derecho judicial quienes concretan y funcionalizan ⁽⁸⁵⁾ las tareas políticocriminales respecto a la norma, la sanción y el proceso, de forma que alcancen el grado de precisión que es necesario para una praxis judicial equitativa y controlable, colaborando de este modo en la misión del Derecho penal y en su justificación.

e') Principios valorativos

Ni siquiera en el control social de la vida cotidiana se pretende la “efectividad” a toda costa en un entendimiento primitivo de lucha ilimitada contra la desviación como, sin embargo, a veces se propugna en la represión de determinadas formas de delincuencia. Una de las características más importantes de civilización es precisamente la moderación y el trato correcto con el infractor y la infracción normativa constituyendo incluso todo un programa político que realiza las misión del Derecho penal.

Tanto el Derecho penal material, como el procesal penal, como el sistema de ejecución de las penas se basan en principios valorativos que, de algún modo, atenúan la “efectividad” del control social jurídicopenal en interés de los implicados en el conflicto jurídicopenal, de la víctima y especialmente de su agresor, y también de los testigos y demás intervinientes en el proceso.

Estos principios tienen una importancia similar a aquellos otros que ya antes veíamos deben inspirar al legislador a la hora de crear normas penales, limitando su afán protector de bienes jurídicos. Ambas clases de principios son característicos de una Administración de Justicia penal que está interesada en la elaboración, y no en la simple represión, de la criminalidad y que orienta sus instrumentos no sólo hacia la eficacia, sino también hacia la protección de bienes jurídicos.

Entre estos principios se cuentan ⁽⁸⁶⁾:

- el de proporcionalidad que, en parte, también obliga al juez ⁽⁸⁷⁾;
- el de culpabilidad, entendido en su función limitadora ⁽⁸⁸⁾;
- el de legalidad con sus implicaciones en la aplicación del Derecho penal ⁽⁸⁹⁾;
- el de publicidad del proceso ⁽⁹⁰⁾;
- el derecho a la defensa ⁽⁹¹⁾;
- el derecho a ser oído ⁽⁹²⁾;
- el *in dubio pro reo* ⁽⁹³⁾;
- el recurso a una instancia superior ⁽⁹⁴⁾;
- el poder intervenir en el proceso y el derecho a la prueba ⁽⁹⁵⁾;
- las prohibiciones de realizar determinadas pruebas o de valorarlas como tal ⁽⁹⁶⁾;
- el derecho a no declarar contra sí mismo y a no prestar testimonio en determinados casos ⁽⁹⁷⁾;
- determinados límites de carácter social y constitucional en la ejecución penitenciaria ⁽⁹⁸⁾.

Un control social dirigido a la pura efectividad no reconocería ninguno de estos principios, porque desde un punto de vista pragmático son ciertamente más un obstáculo que una ventaja: así, por ej., el derecho a no declarar o la prohibición de practicar determinadas pruebas vedan muchas fuentes que podrían ser extraordinariamente valiosas para la averiguación del delito; y el principio de culpabilidad limita los intentos resocializadores que exijan mayor duración que la pena impuesta o que ésta pueda ser prolongada más allá del límite legal porque se tema que el delincuente (por ej. un terrorista) vuelva a delinquir una vez en libertad; los recursos sin éxito prolongan y encarecen los juicios, etc. ⁽⁹⁹⁾.

Los principios valorativos que informan la intervención del Derecho penal en el control de la desviación impiden, pues, que dicha intervención se base exclusivamente en la efectividad, dándole así su legitimación y asegurando su futuro.

6. Formalización, valores de la acción y bienes jurídicos

Si por “efectividad” se entiende no ya la represión directa del delito, sino la incidencia en la motivación de los implicados en el sentido más encomiable del término ⁽¹⁰⁰⁾ y no ya como simple manipulación e intimidación, el concepto de control social formalizado aparece íntimamente relacionado con otras misiones del Derecho penal. La Administración de Justicia penal sólo puede proteger “con efectividad” a largo plazo los bienes jurídicos cuando las personas, convencidas de la bondad de las normas, cooperan en esa función protectora. Los valores que se realizan cuando el control social está formalizado son, pues, vitales para una sociedad. El Derecho penal, al emplear sus instrumentos, respetando y afirmando en la práctica esos valores, lleva a cabo una función pedagógica social: reforzar los valores éticosociales de la acción resolviendo y elaborando los conflictos más graves que produce la conducta desviada. La postura que mantiene la teoría de la “prevención general positiva” ⁽¹⁰¹⁾ coincide con este planteamiento, al considerar como la misión más importante a la larga de la Administración de Justicia penal la afirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales de nuestra sociedad y nuestra cultura jurídica. Esta misión sólo se puede realizar reforzando los valores éticosociales de la acción y afianzando el reconocimiento normativo.

La misión del Derecho penal se extiende, pues, tanto a la protección de bienes jurídicos, como a la afirmación y aseguramiento de las normas

por la formalización del control social jurídicopenal. Se pueden resumir en esta fórmula: *El Derecho penal debe proteger a través del control formalizado, los intereses humanos fundamentales que no pueden ser defendidos de otra manera.*

II. Instrumentos

El cumplimiento y realización de la misión del Derecho penal depende de la calidad e idoneidad de sus instrumentos, pues en ellos se realiza no sólo la técnica de protección, sino que sin ellos los principios valorativos a que hemos hecho referencia serían sólo promesas.

Estos instrumentos se encuentran en el Derecho penal material (incluyendo también dentro de él el llamado "Derecho penal accesorio o secundario", que a menudo se encuentra disperso en leyes de carácter no penal), en el Derecho procesal penal (incluyendo también en él las normas procesales que se encuentran dispersas en diversas disposiciones especiales) y en el Derecho penitenciario y de ejecución de penas. Generalmente los instrumentos de mayor importancia desde el punto de vista de la misión del Derecho penal son los que se encuentran regulados en el Código penal, pero también deben tenerse en cuenta otras muchas disposiciones que se encuentran fuera del Código penal completándolo o añadiendo otras cuestiones.

1. *Derecho penal material y Derecho procesal penal*

a) Elementos comunes

La relación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal es tan estrecha que antiguamente incluso se regulaban ambas materias conjuntamente en el mismo cuerpo legal ⁽¹⁰²⁾. Y todavía hoy se encuentran en el Código penal preceptos de claro contenido procesal como los relativos a la prescripción de delitos y penas. En la República Federal de Alemania se regulan todavía conjuntamente en la Ley sobre delincuencia juvenil los aspectos jurídicos materiales y procesales de la misma ⁽¹⁰³⁾.

Son dos, sobre todo, las razones que hablan en favor de esta estrecha relación entre ambas materias: por un lado la misión del Derecho penal, como ya se ha señalado repetidas veces, no puede determinarse sin tener en cuenta las cuestiones procesales; por otro lado, la realidad de la Administración de Justicia penal viene en buena parte configurada por el

Derecho procesal penal y así, por ej., cuestiones tales como las medidas coactivas acordadas durante la tramitación del proceso (detención, prisión preventiva) o la misma vista oral son las que más interesan a la opinión pública⁽¹⁰⁴⁾. A ello se añade que en algunos países como, por ej., en la República Federal de Alemania, en algunos delitos el Ministerio público puede, por razones de oportunidad, pedir el sobreseimiento del proceso⁽¹⁰⁵⁾, con lo que, incluso desde el punto de vista cuantitativo, hay que tener en cuenta los aspectos jurídicoprocesales a la hora de valorar la extensión real de la criminalidad⁽¹⁰⁶⁾.

b) Función específica del Derecho procesal penal

La función que específicamente tiene que cumplir el Derecho procesal penal es realizar el Derecho penal material⁽¹⁰⁷⁾.

a') Realización del Derecho penal material

Si la afirmación que se acaba de hacer es correcta, el Derecho penal material debe suministrar al Derecho procesal las cuestiones que deben ser discutidas en el proceso penal (la imputación y la consecuencia jurídica), pues, de lo contrario, el Derecho penal material sería un simple objeto decorativo, sin eficacia práctica alguna⁽¹⁰⁸⁾. Pero también sería malo el proceso penal sin Derecho penal material ya que entonces el proceso penal actuaría a ciegas y desorientado, sus protagonistas no sabrían qué es lo que habría que buscar en él. Para evitar esta situación, el Derecho penal material fija en los elementos del hecho punible y en los presupuestos de las consecuencias jurídicas y su determinación las metas que hay que buscar en el proceso penal. De este modo se realiza también el Derecho penal material en la práctica, concretando sus preceptos sobre punibilidad y pena en hechos y personas reales. El Derecho procesal penal constituye, pues, un puente entre el Derecho penal material y la realidad, y va desde la sospecha hasta la condena, una vez constatada la existencia del delito.

b') Proceso penal y Derecho procesal penal

El “proceso penal” no es exactamente lo mismo que el Derecho procesal penal⁽¹⁰⁹⁾. El proceso penal es ante todo un proceso, es decir, un suceso histórico, dinámico, un conjunto de interacciones y secuencias de actuaciones de las personas que intervienen en él, único e irrepetible. Un suceso de esta clase sólo en parte se puede ordenar con reglas jurídicas

del tipo de las que se usan para describir el delito. Por eso, el proceso penal se desarrolla en buena parte como un “programa informal” ⁽¹¹⁰⁾ no fijado en textos, sino producido por la propia acción práctica.

De ahí que el Derecho procesal penal tenga una relación con su objeto distinta a la que tiene el Derecho penal material con el suyo. En el proceso penal no se trata tanto de entender unos textos legales, como de “comprensión escénica” ⁽¹¹¹⁾. Tampoco puede el Derecho procesal penal, y en esto se diferencia una vez más del Derecho penal material, determinar totalmente su objeto, teniendo que limitarse más bien a ordenar el curso del proceso y precisar los límites de actuación de las partes del mismo ⁽¹¹²⁾. Todas estas reglas las recibe el Derecho procesal penal fundamentalmente del Derecho constitucional y directamente nada tienen que ver con el Derecho penal material.

c') Regulación del curso procesal

Las prescripciones normativas para la regulación del curso procesal se deducen básicamente de los principios de economía y comunicación, cuya meta principal consiste, por una parte, en ordenar el proceso evitando el trabajo superfluo y estableciendo las necesarias secuencias de la acción en una serie práctica. Esta es una tarea que ya ha sido cultivada, fuera del Derecho procesal penal, por la Sociología, aunque apenas ha tenido acogida en la legislación y en la Ciencia del Derecho ⁽¹¹³⁾. Por otra parte, el curso procesal debe ser configurado y ordenado de forma que las personas que intervienen en el proceso puedan conocer del mejor modo posible sus derechos de participación e intervención dentro del mismo; en pocas palabras, que se consiga la comprensión escénica. Ejemplos de este aspecto comunicacional de la ordenación procesal son el derecho a proponer pruebas y a conocer el contenido de las actas, los principios de inmediación y oralidad de la vista oral y, en general, todas las disposiciones favorecedoras de la comprensión y del conocimiento de lo que sucede en la vista oral por parte del acusado ⁽¹¹⁴⁾. Las cuestiones relativas a los presupuestos y límites para llegar a un “acuerdo en el proceso penal” ⁽¹¹⁵⁾ también tienen que ver con los aspectos comunicativos del mismo aunque, al mismo tiempo, afectan igualmente a los límites de la acción, que seguidamente vamos a ver.

d') Determinación de los límites de la acción

Las directrices normativas para determinar los límites de la acción en el proceso penal proceden de la Constitución y de la tradición del Estado

de Derecho, configurando los elementos de una Administración de Justicia penal formalizada. Los ejemplos son conocidos y continuamente citados: los límites a las medidas coactivas que se pueden tomar en el proceso penal, el derecho a no declarar contra sí mismo o a no testificar en determinados casos, la prohibición de valorar o practicar determinadas pruebas, etc.

En resumen: El proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del Derecho penal. En él se realiza el Derecho penal material, que le suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisoria, no viene prejuzgada por el Derecho penal material. El curso procesal mismo se rige por los principios de economía y comunicación y la determinación de los límites de la acción, por la Constitución y la tradición del Estado de Derecho.

2. Derecho penal y legislación penal especial

a) El Derecho penal en la legislación penal especial

La mayor parte del Derecho penal material se encuentra regulada en el Código penal y también en algunos importantes preceptos de la Constitución (por ej., Art. 25) o de la Ley Orgánica del Poder Judicial (por ej., el art. 23 relativo al ámbito espacial de vigencia de la Ley penal). Esta es también la regulación jurídica más frecuentemente tratada en la bibliografía y en la formación académica del jurista.

Pero hay además un ingente material legislativo, que se encuentra en los más diversos lugares del Ordenamiento jurídico, enormemente importante en la regulación de diversos ámbitos de intervención del Derecho penal ⁽¹¹⁶⁾.

En el Derecho penal español pueden citarse como ejemplos de esta legislación penal especial:

- La Ley orgánica de 26 de Agosto de 1983 sobre régimen jurídico de control de cambios;

- La Ley orgánica de 13 de Julio de 1982 sobre contrabando;

- El Código penal militar de 1985;

- La Ley orgánica de 19 de Junio de 1985 de régimen electoral, cuyo capítulo VIII se ocupa de los delitos electorales;

- La Ley penal y disciplinaria de la Marina mercante, de 28 de Diciembre de 1955;

-La Ley penal y procesal de la Navegación aérea de 24 de Diciembre de 1964.

En muchas de estas leyes las cuestiones penales propiamente dichas son secundarias y sólo constituyen una parte de las mismas, siendo su finalidad principal regular sectores importantes de la vida cotidiana para cuyo cumplimiento son suficientes las disposiciones administrativas ⁽¹¹⁷⁾. Las disposiciones penales sólo sirven para asegurar el cumplimiento de aquellas en casos extremos, en los que imponen incluso penas privativas de libertad que, por imperativo constitucional (Art. 25.3), sólo pueden imponerse por la vía jurisdiccional. Otras leyes de las citadas son, sin embargo, genuinamente penales y sólo se diferencian del Código penal propiamente dicho por referirse a un sector tan específico como es el militar y el de la Defensa nacional.

De todos modos, todas estas leyes en la medida en que son penales y, sobre todo, permiten imponer penas privativas de libertad, están sometidas a los mismos principios jurídicomateriales y procesales que todo el resto del Derecho penal vigente, siéndoles, en todo caso, según dispone el Art. 6.2 del Código penal, aplicables las disposiciones del Capítulo I del Libro I del Código penal ⁽¹¹⁸⁾.

De otros mecanismos sancionatorios existentes en el Ordenamiento vigente nos ocupamos en los siguientes epígrafes.

b) Otras fuentes del Derecho penal

Además del Código penal y de las leyes especiales citadas existen disposiciones penales aisladas en algunas leyes de carácter no penal, aunque estas disposiciones específicas suelen remitirse a los correspondientes preceptos del Código penal ⁽¹¹⁹⁾.

Indirectamente, pueden ser también fuente del Derecho penal las disposiciones extrapenales que complementan, aclaran o delimitan el supuesto de hecho de una norma penal ("normas penales en blanco"), lo que plantea graves problemas constitucionales, pues puede ser contrario al principio de legalidad y al de reserva de la competencia legislativa estatal en materia penal ⁽¹²⁰⁾.

Excepcionalmente, también puede el Derecho internacional ser fuente del Derecho penal interno en la medida que se trate de Tratados, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España (Art. 96.1 Constitución) ^{(121) (122)}.

c) Facultades coercitivas en el proceso

Generalmente, se reconoce que las medidas coercitivas que puede adoptar el Juez para la correcta marcha del proceso no tienen carácter

penal, salvo que expresamente se aluda a ello en la correspondiente disposición legal ⁽¹²³⁾.

d) Justicia corporativa y en el ámbito profesional

A veces hay en los contratos las llamadas "cláusulas penales", que se añaden para reforzar el cumplimiento de una obligación libremente contraída entre particulares. Este tipo de cláusulas "penales", a pesar de su nombre, nada tienen que ver con el Derecho penal.

Tampoco tiene nada que ver con el Derecho penal una especie de justicia privada que se lleva a cabo en el ámbito de la empresa o de las corporaciones.

Sin embargo, el aspecto más colectivo de este área ha permitido desarrollar una forma de control social que, de hecho, coincide en buena parte o sustituye al control social jurídicopenal ⁽¹²⁴⁾, y que no sólo se refiere a infracciones de normas propias de estos ámbitos, sino también a las de las normas penales propiamente dichas ⁽¹²⁵⁾. Estas sanciones son de tal gravedad que pueden ser sentidas como las penales propiamente dichas ⁽¹²⁶⁾.

a') Desformalización del control social

La problemática social y jurídica de esta especie de "Justicia privada" radica en la desformalización del control social que significa. En los países socialistas ha habido incluso ensayos, tales como los "Tribunales de Camaradas" en la República Democrática Alemana ⁽¹²⁷⁾, basados en esta idea desformalizadora del control social.

Desde luego no puede negarse que estos intentos desformalizadores (más que privatizadores ya que superan con mucho el ámbito de lo privado), tienen la ventaja de, por un lado, aliviar la tarea de la Administración de Justicia estatal, y, por otro, la de ofrecer al implicado una forma de elaboración del conflicto más adecuada a sus intereses: en el círculo personal y social de la empresa o corporación; el proceso es menos formal que un proceso penal propiamente dicho y las sanciones son normalmente menos graves y pueden ser negociadas.

Sólo que de estas ventajas derivan también inconvenientes, por lo menos si no se ponen algunos límites a esta clase de control social. El implicado en el conflicto tiene, desde luego, menos garantías en este tipo de justicia que en el proceso penal formal; se le obliga de algún modo a confesar y a arrepentirse; se le limitan sus posibilidades de intervención y de defensa; la estigmatización puede ser más profunda y duradera que las que produce el proceso penal, ya que se realiza y percibe en ámbitos reducidos y cercanos a su intimidad.

b') Consecuencias jurídicopolíticas

Por todo ello, debe rechazarse toda suerte de solución "privada" de los conflictos tal como la que se acaba de describir, sobre todo en los casos graves que son los que coinciden con el Derecho penal. Incluso aún admitiendo que el propio acusado se sometiera voluntariamente a un procedimiento de este tipo, debe siempre garantizársele el derecho a la defensa y todas las garantías del proceso penal, inclusive la de revisión o control de la sentencia. La solución informal del conflicto no puede, por tanto, ignorar o sustituir las garantías de un proceso formal, pues, de lo contrario, quedaría en el vacío la protección de los derechos de los implicados.

e) Las infracciones administrativas

Actualmente se excluyen claramente del ámbito del Derecho penal las infracciones administrativas. En la República Federal Alemana existe incluso una Ley sobre infracciones administrativas que regula de un modo general toda la potestad sancionatoria de la Administración. Tras una larga discusión aún no terminada sobre los límites entre el simple ilícito administrativo y el ilícito penal ⁽¹²⁸⁾, se ha llegado a una solución de compromiso en la que, con las garantías jurídicas necesarias, se eliminan del Código penal los ilícitos de menor gravedad, las faltas, que juntamente con el resto de las infracciones administrativas, se sancionan por un procedimiento administrativo en el que, sólo en caso de recurso, interviene el control judicial ⁽¹²⁹⁾.

La solución en España dista mucho de ser tan clara, siendo el poder sancionatorio de la Administración un poder que, a veces, cualitativa y cuantitativamente supera en mucho al control jurídicopenal formal. De todas formas, incluso a nivel constitucional (cfr., por ej., Arts. 9. 3 y 25.1 de la Constitución), se imponen unas garantías mínimas comunes a las sanciones penales y administrativas (principio de legalidad, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, etc.) ⁽¹³⁰⁾ y, según la propia Constitución española (Art. 25.3), "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

f) Derecho disciplinario

Una problemática especial dentro del poder sancionatorio administrativo presenta el derecho disciplinario que constituye un sector autóno-

mo del Ordenamiento jurídico ⁽¹³¹⁾. Su objeto es proteger determinadas instituciones y sus condiciones funcionales. Existe un Derecho disciplinario de los funcionarios, de los abogados, de los médicos, de los estudiantes universitarios, del ejército, de los presos, etc. El Derecho disciplinario viene a completar las disposiciones generales, prescribiendo especiales mandatos de conducta y sanciones, relacionadas con la infracción de los deberes y roles característicos de la profesión o institución a la que presta sus servicios el sancionado, cuya integridad y dignidad es la base y el presupuesto funcional de la institución misma.

a') Diferencias con el Derecho penal

Por todas estas razones, se considera que la sanción disciplinaria tiene sus propias características y que, por eso mismo, puede coexistir con otro tipo de sanciones, penales o no, no rigiendo para ella el principio "*ne bis in idem*". Además se considera a veces innecesario configurar con precisión sus normas de conducta, ya que su punto de atención es la persona del sometido al poder disciplinario y no tanto el hecho mismo aislado que pueda haber cometido.

Se trata, por tanto, de una especie de "derecho de autor", en el que el punto de referencia es el sujeto o persona ("autor") que realiza la infracción, y no la infracción misma ⁽¹³²⁾. También, por eso, se justifica un tratamiento separado del Derecho penal propiamente dicho, ya que se considera que sus sanciones no tienen un carácter represivo del hecho cometido, sino de protección preventiva de una determinada profesión ⁽¹³³⁾.

b') Elementos comunes con el Derecho penal

La distinción entre Derecho penal y Derecho disciplinario no es, sin embargo, tan evidente como pudiera pensarse, y desde luego tiene muchos inconvenientes desde el punto de vista de las garantías del afectado por la sanción disciplinaria:

- La idea misma de atender a la persona del implicado, en lugar de a su comportamiento en relación con la función que desempeña, evoca una idea del Estado completamente superada ⁽¹³⁴⁾.

- Una vez superada la teoría de la "relación especial de poder" ⁽¹³⁵⁾, deben determinarse con precisión los deberes y las infracciones de estos deberes que se realizan en las instituciones, refiriéndolos estrictamente a la misión específica de dichas instituciones.

- La misión del Derecho penal no es ya puramente represiva, y, por tanto, también puede perseguir fines preventivos, entre otros la protección de las instituciones.

- Los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídicas deben regir en el derecho disciplinario igual que en el Derecho penal ⁽¹³⁶⁾.

- La tesis que defiende la autonomía del Derecho disciplinario, como sanción "interna" de la infracción del deber, frente al Derecho penal como sanción "externa" de la misma ⁽¹³⁷⁾ es, en realidad, un cambio de etiquetas y lesiona el "*ne bis in idem*"; realmente, con esta tesis, el implicado es "castigado" dos veces.

- La similitud estructural entre el Derecho disciplinario y el Derecho penal (norma, sanción y proceso) habla más en favor de su aproximación que de su separación.

c') Consecuencias sistemáticas y jurídicopolíticas

Ciertamente no se puede decir que, en su configuración actual, el Derecho disciplinario sea una parte del Derecho penal pues, como se ha visto, las diferencias entre ambos son muy importantes. Sin embargo, tienen también tantos otros puntos de coincidencia (elementos estructurales, efectos, etc.) que, desde luego, deben tenerse en cuenta conjuntamente como sistemas de control social ⁽¹³⁸⁾.

De lege ferenda debe, por tanto, configurarse el Derecho disciplinario como una parte o, por lo menos, complemento del Derecho penal y con todas las garantías que éste ofrece. En ningún caso, debe la infracción disciplinaria traspasar el umbral del ilícito penal ⁽¹³⁹⁾. Su actual configuración, referida a elementos personales o a vagos conceptos generales del comportamiento, debe ser reformulada y referida a las condiciones funcionales importantes para la respectiva institución que se quiere proteger. Sólo así podría ser admisible el tratamiento autónomo y separado del Derecho disciplinario frente al Derecho penal y aceptable desde el punto de vista del Estado de Derecho, evitándose sobre todo la "doble sanción".

g) Derecho penal secundario en sentido estricto

En la República Federal de Alemania se discute intensamente sobre la relación existente entre el Derecho penal recogido normalmente en el Código penal y ese otro Derecho penal, llamado "secundario" ("*Nebensstrafrecht*"), que se encuentra esparcido en diversas leyes, penales o no ⁽¹⁴⁰⁾. Realmente, lo que preocupa es si existen diferencias cualitativas entre una y otra clase de regulación. La cuestión tiene importancia tanto sistemática como jurídicopolítica.

a') Sistema y concepto

Los aspectos sistemáticos de la diferenciación son relativamente fáciles de resolver. Pues nadie duda de que el Derecho penal “secundario” es también “Derecho penal”, tanto desde el punto de vista estructural (norma, sanción, proceso), como del contenido de sus elementos materiales y formales ⁽¹⁴¹⁾. La expresión “secundario” o “accesorio” no debe ser entendida como de “menor importancia” o “sin importancia”. Al contrario, desde un punto de vista cuantitativo, la extensión de la materia que abarca el llamado Derecho penal “secundario” es enorme ⁽¹⁴²⁾ y, consecuentemente, también grande es el volumen de actividad que depara a la Administración de Justicia penal (piénsese, por ej., en la regulación penal española de los delitos de contrabando y monetarios).

Tampoco desde el punto de vista cualitativo es menor la gravedad del injusto o la culpabilidad en los delitos que se regulan en el Derecho penal secundario (piénsese, por ej., en el delito de secuestro de aeronaves en la Ley española sobre Navegación aérea, art. 39).

No se puede, por tanto, diferenciar el Derecho penal y el Derecho penal secundario en función del criterio de la “importancia”. La única diferencia y, por eso, el criterio diferenciador preferible para distinguirlos es éste: “Derecho penal fuera y dentro del Código penal”.

b') Criterios de clasificación legal

Quizás más importancia sistemática y jurídicopolítica tiene la cuestión de si el legislador, a la hora de elegir la regulación del Código penal o de una ley penal especial, está vinculado a algo más que a una simple cuestión de gusto; es decir, si existen para ello criterios vinculantes de naturaleza suprapositiva. Una vez dicho que no hay diferencias ni estructurales ni de contenido entre una y otra clase de Derecho penal, habrá que admitir que la decisión legislativa en favor de una u otra vía es una cuestión de oportunidad o de sabiduría política, pero en ningún caso de Justicia. Sin embargo, el legislador debe utilizar la vía del Código penal cuando se den alguna de estas características:

- El objeto de la regulación tenga una cierta vocación de permanencia y no cambie demasiado. ⁽¹⁴³⁾
- El delito se tipifique en forma de delito de lesión y no de simple puesta en peligro.
- Se quiera llamar la atención de la población (robusteciendo así los valores éticosociales de la acción).

c') Delimitación del ilícito penal

Una última cuestión, de gran importancia en la materia que estamos tratando, es el problema de si el legislador es libre a la hora de decidir entre utilizar la vía del Derecho penal (sus normas, sus sanciones y su proceso), u otra vía jurídica distinta para conseguir determinadas metas. Aquí surge la cuestión de delimitación entre el ilícito penal y otros tipos de ilícitos (civil, administrativo, etc.), una de las más discutidas en el ámbito teórico del Derecho penal ⁽¹⁴⁴⁾ y también de las más actuales por dos razones:

- Por un lado, porque el legislador está introduciendo en el Derecho penal cada vez mayor cantidad de materia que tradicionalmente se consideraba Derecho administrativo, utilizando para ello, además, la técnica de los delitos de peligro en lugar de la de los delitos de lesión. Así sucede, por ej., con los nuevos delitos económicos, ecológico, estafas de subvenciones, abusos informáticos, etc. ⁽¹⁴⁵⁾.

- Por otro lado, porque el legislador está procediendo también al fenómeno inverso de “descriminalizar”, sacando del Derecho penal muchas materias (por ej., todas las relativas a las antiguas faltas) que se califican ahora como simples infracciones administrativas ⁽¹⁴⁶⁾.

Ambas razones han hecho aún más fluidos los límites entre el ilícito penal y los demás tipos de ilícitos, planteando por ej., la cuestión ⁽¹⁴⁷⁾ de si realmente la “desviación” al Derecho administrativo significa una “descriminalización”. En la República Federal de Alemania el problema se ha planteado en relación con la descriminalización de los “hurtos en grandes almacenes” ⁽¹⁴⁸⁾, y en España aún está candente la reforma del Código penal de 1989 por la que se remiten muchas de las tradicionales faltas del Libro III del Código penal al ámbito de las infracciones administrativas.

Una respuesta a esta cuestión puede encontrarse con los criterios utilizados anteriormente para determinar las metas del Derecho penal y el merecimiento de pena de una conducta ⁽¹⁴⁹⁾. Ya entonces indicábamos cuáles eran los principios que el legislador tiene que utilizar para determinar la materia de prohibición y los límites de justicia y utilidad que debe tener en cuenta. Cuando no se dan estos presupuestos es que el hecho no merece ser calificado de ilícito penal.

El legislador no sólo tiene, sin embargo, un amplio margen de libertad a la hora de fijar los bienes jurídicos, elegir la técnica para su protección y concretar los principios rectores de la decisión. También a la hora de delimitar el ilícito penal de los demás ilícitos existe un amplio margen de libertad, hasta el punto de que aún no se ha logrado un criterio delimitador

claro que sirva al legislador como guía en sus decisiones, a pesar de los esfuerzos realizados para encontrar un concepto de ilícito merecedor de pena ⁽¹⁵⁰⁾. Pero tampoco ello debe extrañar dada la fundamentalidad y complejidad del problema. En realidad, este tema debe tratarse como cualquier otro tema fundamental del derecho (por ej., el concepto de bien jurídico). Criterios como el de justicia o el de utilidad no dejan de ser en este sentido tópicos para la argumentación, que más bien hablan en favor de un concepto de ilícito penal estricto y limitado; sólo deformándolos puede producirse una decisión legislativa errónea ⁽¹⁵¹⁾.

3. Derecho penal, Derecho de ejecución y Derecho penitenciario

a) Extensión del Derecho penal

Ni el Derecho de ejecución de las penas (entendido como realización de las penas y medidas impuestas jurídicamente), ni el Derecho penitenciario (es decir, el Derecho de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad) ⁽¹⁵²⁾ plantean problemas especiales de delimitación en relación con el Derecho penal, al contrario: son la lógica prolongación del Derecho penal material y del Derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas. La Ley conmina la realización del delito con una pena; el juez, una vez constatado el delito, impone la pena prevista legalmente tras el correspondiente proceso; y, finalmente, el Estado se encarga de ejecutarla. Y todas estas funciones juntas constituyen la base de la Administración de Justicia penal ⁽¹⁵³⁾, pudiéndose asignar a cada una de ellas uno de los fines de la pena: así, por ej, sería la conminación legal de la pena la sede de la prevención general; la actividad judicial la sede de la retribución o compensación de la culpabilidad, y la fase ejecutiva la sede de la resocialización y del aseguramiento del delincuente ⁽¹⁵⁴⁾. Gracias a esta visión panorámica de las distintas secuencias del fenómeno punitivo, han logrado el Derecho de ejecución de las penas y el Derecho penitenciario un lugar importante y al mismo nivel que las otras fases en el ámbito de la Administración de Justicia penal, superando una situación insostenible tanto en la bibliografía como en la formación académica del jurista ⁽¹⁵⁵⁾. Las reformas del sistema sancionatorio realizadas en los años 70 no han hecho sino dar importantes impulsos al Derecho penitenciario ⁽¹⁵⁶⁾, dándole incluso rango constitucional como demuestra el art. 25.2 de la Constitución española ("Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán

consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”) ⁽¹⁵⁷⁾.

b) Problemas de armonización

Recientemente han empezado a surgir algunos problemas de armonización y delimitación entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario, sobre todo a raíz de que éste ha comenzado a desarrollar sus propias metas independientes de las tradicionales del Derecho penal. Estos problemas no son, sin embargo, muy importantes; más que “solucionarlos”, lo que hay que hacer es cuidarlos, procurando que haya una fructífera tensión dentro del propio sistema, abriendo también la puerta a un nuevo entendimiento de las penas y del proceso penal. Como ejemplo de ello ofrecemos las llamadas “antinomias de los fines de la pena” y la importancia del principio del Estado social para el sistema jurídico-penal.

a’) “Antinomias de los fines de la pena”

Las llamadas “antinomias de los fines de la pena” ⁽¹⁵⁸⁾ surgen cuando el Derecho penitenciario —en verdad una parte y prolongación del Derecho penal y del Derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas— desarrolla, por su parte, y claramente favorece una determinada meta de la pena: la resocialización. Los problemas de armonización que esto puede crear con la conminación penal y la fase de medición de la pena son evidentes, ya que en estas otras fases dominan otros fines el centro de su interés. Así, por ej., puede suceder que, desde el punto de vista estrictamente penitenciario, las penas privativas de libertad sean o demasiado cortas para conseguir una eficaz resocialización o demasiado largas (porque ya la resocialización se ha conseguido o no es necesaria).

Estos problemas plantean las siguientes interrogantes:

- ¿No son los límites mínimos de los marcos penales fijados legalmente a veces disfuncionales, al obligar al juez a imponer unas penas que, desde el punto de vista de su duración y del sistema penitenciario, suponen un “tiempo vacío”?

- ¿No debería el legislador ofrecer al juez la posibilidad de que en estos casos pueda renunciar a la pena en la medida en que ésta sea innecesaria o demasiado larga desde el punto de vista resocializador penitenciario?.

b') Principio del Estado Social

A diferencia de lo que sucede con el principio del Estado de Derecho, ni el Derecho penal material ni el Derecho procesal penal han cumplido con el principio del Estado social ⁽¹⁵⁹⁾. El Derecho penitenciario, en cambio, concede a este principio un papel muy importante ⁽¹⁶⁰⁾, pues es la asistencia y la ayuda al recluso una de sus metas principales. Esto debería servir de estímulo y de ejemplo a los demás sectores del sistema jurídicopenal y hacer reflexionar sobre algunas cuestiones, a las que después aludiremos, como la posibilidad de sustituir el actual sistema dualista de penas y medidas por uno monista en el que se fusionaran los aspectos del Estado de Derecho con los del Estado social ⁽¹⁶¹⁾.

EXCURSO: LA PRISION EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO: PREVENCION GENERAL VERSUS PREVENCION ESPECIAL: ¿UN CONFLICTO INSOLUBLE?

1. El problema fundamental del Derecho Penal se encuentra en el conflicto existente en su seno entre prevención general y especial. Este conflicto se trasluce luego en cada una de sus instituciones, y muy particularmente en el Derecho penitenciario provocando su disfuncionalidad tanto en el interior del sistema jurídicopenal, como en sus relaciones con otros sistemas de regulación de la convivencia social.

Este conflicto, de algún modo immanente a todas las instituciones del Derecho penal no es más que el eterno conflicto existente entre individuo y sociedad.

Todo el sistema jurídicopenal constituye una especie de cuadratura del círculo en el que se trata de compaginar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, con los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces real, a veces supuesto, a la criminalidad.

La sociedad tiene derecho a defender sus intereses, recurriendo a la pena si ello fuera necesario. El delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

Históricamente, el conflicto se ha resuelto siempre en favor a la sociedad, es decir, de la prevención general. Nada extraño, si se tiene en cuenta que tanto el Derecho penal, como todos los sistemas de control social en general están pensados para la protección de intereses prioritariamente colectivos o sociales, incluyendo también en ellos los de los individuos que integran el colectivo. Sólo secundariamente se piensa también en los derechos del delincuente, pero en un segundo plano y sin cuestionar en ningún caso la necesaria defensa de la sociedad.

2. *Este fue también el sentido que originariamente tuvieron las penas privativas de libertad. Cuando la pena privativa de libertad aparece como pena ordinaria en el catálogo de sanciones aplicables a los que habrían cometido un delito, nadie pensaba que la cárcel sirviera para otra cosa que para castigar, de modo más duro posible, a los que alguna vez habrían quebrantado las normas fundamentales vigentes en la sociedad. Otras funciones, reeducadoras o rehabilitadoras del delincuente, quedaban relegadas a un segundo plano o todo lo más admitidas como efectos secundarios concomitantes al castigo del delincuente y a la intimidación de los demás, que era lo que realmente se pretendía. Como ha destacado Foucault, en aquella época se estaba todavía en la fase más burda de castigar el cuerpo, sin pensar en controlar el alma.*

Sin embargo, pronto aparece en la evolución de los sistemas penitenciarios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, una mayor preocupación por la persona del delincuente, por su recuperación y por el futuro. No ajena a esta preocupación es la tendencia hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionistas de control social que favorece el progreso de las ciencias de la conducta y de las técnicas de manipulación del comportamiento humano. A ella contribuyó, sin embargo, también el renacimiento, tras la Segunda Guerra Mundial, de las ideas humanistas que, en los años sesenta y setenta, sirvieron para configurar un Derecho penitenciario más humano dirigido a la resocialización antes que al castigo del delincuente.

En la alternativa entre "seguridad y socialización", el sistema penitenciario habría optado claramente por lo segundo, haciendo del

tratamiento del recluso el instrumento ideal para conseguir su resocialización. En la moderna concepción del Derecho penitenciario la idea de sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otra más humana de recuperación del delincuente para la sociedad.

Frente a un Derecho penal tradicional predominantemente preventivo general tendríamos ahora un Derecho penitenciario orientado primordialmente a la prevención especial y dentro de ella a la resocialización del delincuente.

3. Hasta aquí, el planteamiento ideal o teórico de la cuestión. No constituye, sin embargo, ninguna novedad decir ya en este momento que las cosas no son tan fáciles o idílicas como primera vista pudiera parecer. La actual relación entre Derecho penal y Derecho penitenciario es una "relación atormentada", que se traduce en una serie de conflictos cada vez más frecuentes y difícilmente solucionables, amenazando la estabilidad y la funcionalidad del sistema juridicopenal en su conjunto. Tampoco la praxis del sistema penitenciario cumple esas metas que teóricamente se le asigna y sigue cumpliendo en la mayoría de los casos una función predominantemente asegurativa y custodial, muy lejos de la meta ideal resocializadora que la propia Ley General Penitenciaria propone en su art. 1.

Son varias las causas de esta situación que con brevedad vamos a analizar aquí.

4. La misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos y el correcto funcionamiento del sistema social de convivencia, sino también en limitar el poder punitivo del Estado que, decidido a acabar a toda costa con la criminalidad, puede imponer sanciones excesivas sacrificando con ello las garantías mínimas de los individuos y la idea de proporcionalidad. Prácticamente todas las instituciones juridicopenales del Estado de Derecho están pensadas también como límites del poder del Estado, trazando, a partir de una serie de principios generales de rango incluido constitucional, unas "reglas del juego" a las que todos, incluido el Estado, tienen que atenerse.

En el ámbito de la determinación de la pena estas reglas se traducen en la fijación de unos límites, máximo y mínimo, de duración de la pena que vienen fijados de antemano por la ley y que nadie puede traspasar, cualquiera que sean sus intenciones o propósitos. Estos límites están trazados con criterios preventivos generales que nada tienen que ver con

los problemas y necesidades concretas del autor del delito que luego resulta condenado a una pena privativa de libertad.

Desde el punto de vista resocializador penitenciario, la duración de la pena puede ser excesivamente corta para conseguir un tratamiento mínimamente eficaz de los problemas y las inclinaciones delictivas del individuo condenado (piénsese en un "habitual" contra la propiedad, condenado por delito de escasa gravedad), y, sin embargo, con los principios del Estado de Derecho en la mano, hay que ponerlo en libertad el mismo día que cumpla su condena, cualquiera que sea el pronóstico o el éxito obtenido en el tratamiento durante la estancia en la cárcel.

Otras veces, también desde el punto de vista resocializador penitenciario, la duración de la pena puede ser demasiado larga e incluso contraproducente o innecesaria para el adecuado tratamiento del recluso. La lógica del sistema penitenciario impone para estos casos la creación de una serie de instituciones que permitan acortar la duración de la pena a límites compatibles con las necesidades del tratamiento. Y así es como surgieron todavía en el derecho penal tradicional, instituciones como la libertad condicional y, más modernamente, en el derecho penitenciario, los llamados "beneficios penitenciarios" que, de hecho, suponen la reducción de la pena en un tercio de su cumplimiento efectivo (cfr.art. 256 Rgto. Penitenciario).

El problema jurídicoconstitucional de estos "beneficios penitenciarios" y de otras instituciones similares (indultos particulares, etc.) es que dejan prácticamente en manos de la Administración la posibilidad de acortar sensiblemente la duración efectiva de las penas privativas de libertad, con lo que ello comporta de lesión al principio de división de poderes y al necesario control judicial del poder punitivo del Estado. Por otra parte, la concesión de estos beneficios se condiciona a un "buen comportamiento penitenciario" del recluso que muchas veces nada tiene que ver con su efectiva resocialización. Por eso, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 prevé la derogación de los art. 256 y 257 del Rgto. Penitenciario y en su lugar potencia otras instituciones como los sustitutivos de la pena privativa de libertad, que son concedidos por el juez o tribunal a la hora de determinar la pena, siempre que se den unos requisitos mínimos fijados generalmente con criterios preventivos generales.

Pero el problema sigue sin resolverse: en caso de conflicto entre prevención general y prevención especial ¿a quién dar la primacía?, ¿qué sentido tiene la prolongación de una pena privativa de libertad, cuando

desde el punto de vista penitenciario, es perturbadora o contraproducente para la resocialización del delincuente? o, a la inversa, ¿qué sentido tiene la meta preventiva especial, si luego la duración de la pena se determina con criterios preventivos generales?.

La tensión dialéctica entre ambas metas se compadece mal con la deseable armonía entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario y es difícilmente solucionable a corto plazo. La función preventiva especial del Derecho penitenciario queda, pues, condicionada a la consecución de otras metas que siguen, hoy por hoy, constituyendo la razón predominante de todo el Ordenamiento jurídicopenal.

5. Pero no todos los problemas que tiene el Derecho penitenciario para conseguir sus metas le vienen dados desde fuera: es más, los principales obstáculos que actualmente tiene el Derecho penitenciario para conseguir la meta resocializadora se encuentran dentro del mismo y es aquí donde hay que buscar las causas de su inutilidad y de su ineficacia, desde el punto de vista preventivo especial.

Si se examinan con detenimiento no sólo la praxis, sin también los preceptos legales y reglamentarios que regulan el sistema penitenciario, pronto se verá que por todas partes se encuentran instituciones, modelos y datos difícilmente compaginables cuando no simplemente contrarios a las metas resocializadoras que teóricamente se propone alcanzar. Veámoslo con algunos ejemplos más concretos.

La contradicción entre prevención general y prevención especial se da también dentro del propio sistema penitenciario. El fin primordial de la "reeducción y reinserción social", queda muchas veces supeditado en la praxis penitenciaria a finalidades puramente defensistas, de la vigilancia y control de los reclusos. Sucede esto sobre todo en los establecimientos cerrados a que alude el art. 10 de la Ley General Penitenciaria (los llamados centros de máxima seguridad). A este respecto, el art. 46 del Rgto., decía en su nº 1º que "los principios de seguridad, orden y disciplina informarán con carácter prevalente la vida de estos establecimientos". Y aunque el Real Decreto 787/1984 de 26 de marzo, haya modificado este precepto, añadiéndole un párrafo en el que las finalidades de tratamiento son también tenidas en cuenta ("debidamente armonizados con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos"); inmediatamente se observa en otros preceptos, también reformados por el Real Decreto de 1984, que no son razones estrictamente penitenciarias de "peligrosidad extrema o de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto", como dice el art.

10 LGP los que justifican la inclusión de los reclusos en este tipo de establecimientos; sino también razones juridicopenales de carácter preventivo general. Así, por ej., dice el pfo. 3º del art. 43, tras la reforma de 1984, que para la apreciación de la peligrosidad o inadaptación habrá que valorar globalmente factores tales como:

“a) pertenencia a organizaciones delictivas...

y el número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento”

Lo cual quiere decir que por encima de razones estrictamente penitenciarias, hay otras, fuera del régimen penitenciario, que justifican la adopción de un régimen tan severo y contrario al espíritu resocializador como es el de máxima seguridad. Tal como dispone el pfo. 3 del art. 43, los condenados por pertenencia a bandas armadas u otras organizaciones delictivas (terroristas, mafia) o por delitos con el máximo de privación de libertad (asesinato, robo con homicidio doloso, etc.), difícilmente pueden “gozar” de entrada, de otro régimen que no sea de este tipo, lo que pone una vez más por encima de cualquier consideración preventiva especial, la finalidad preventiva general defensiva e intimidatoria. Y es evidente también que ello supone una clara contradicción con la finalidad primordial del sistema penitenciario.

Esta contradicción es difícilmente superable. La finalidad preventiva especial, sobre todo en su vertiente resocializadora, sigue siendo todavía más un desideratum que una realidad. Tampoco puede olvidarse que no hay mayor prevención general que la que se da cuando la pena es efectivamente cumplida. Los esforzados intentos por convertir el período temporal de cumplimiento en algo positivo, en un tiempo lleno de sentido para el recluso y para la sociedad, aún no han llegado a materializarse en algo definitivo. El mito de la resocialización sigue invocándose más como un fantasma que como una realidad del sistema penitenciario. La vinculación de éste a las finalidades preventivas generales del Derecho penal material dificultan la búsqueda autónoma de una meta preventiva especial que no sea compatible con aquéllas. Las propias lacras inherentes al sistema penitenciario mismo la dificultan aún más. La crisis de la pena privativa de libertad sigue siendo y será su incapacidad para superar el carácter preventivo general que está en su origen. Ello es una buena prueba más de la necesidad de su abolición y de su progresiva sustitución por otros sistemas alternativos a las mismas.

6. Pero ¿hasta qué punto está la sociedad dispuesta en estos momentos a buscar y fomentar esas alternativas a la prisión?

Tomemos como punto de reflexión final sobre este conflicto, entre prevención general y prevención especial, algunos casos recientes que han conmovido a la opinión pública.

Uno de ellos se produjo en noviembre de 1988: un peligroso delincuente condenado a una larga pena privativa de libertad por un delito de robo con toma de rehenes (asalto al Banco Central de Barcelona en mayo de 1981) mata a dos policías cuando disfrutaba de un permiso carcelario de seis días, obtenido probablemente por su buen comportamiento penitenciario y porque se daban todos los requisitos exigidos reglamentariamente para ello. Naturalmente, puede sorprender que un recluso condenado a 30 años de prisión pueda disfrutar de un permiso, por muy bueno que sea su comportamiento, cuando lleva más de 7 años de cumplimiento. Pero tampoco hay por qué excluir que en este y otros caso similares las autoridades penitenciarias apuesten por el permiso, bien porque estén finalmente convencidas de la resocialización del recluso, bien porque quieran ir dándole un margen de confianza necesario para el éxito del tratamiento, bien por simples razones de humanidad.

El problema de estos permisos es y será siempre del fallo del recluso, el que lo aproveche para fugarse y para cometer delitos mientras esté en libertad. Ciertamente el número de fracasos de este tipo no llega, según los informes penitenciarios más recientes, al 1% de los casi 100.000 permisos concedidos anualmente. Pero esto supone reconocer que por lo menos unos 1.000 reclusos no regresan al final de su permiso, y es probable que algunos de ellos sean autores de delitos que tuvieron gran repercusión social o produjeron graves daños.

Pero no ya sólo el fracaso, es decir, el aprovechamiento de los permisos para la fuga, sino el permiso como tal es, a veces, lo que produce la alarma y el escándalo social antes aludido. Famosos delincuentes, condenados por su intervención en asesinatos, violación, etc., han disfrutado de alguno de estos permisos y, aún habiendo regresado al centro penitenciario, su concesión misma ha motivado incluso la apertura de expedientes al Juez de Vigilancia penitenciaria.

Lo mismo se puede decir mutatis mutandi de la concesión del régimen abierto en caso similares, se aproveche o no su concesión para la fuga del recluso. Reciente (marzo de 1989) es la polémica sobre la situación penitenciaria del Teniente Coronel de la Guardia Civil, condenado en el famoso "caso Almería" por la muerte de dos jóvenes a los que confundió con peligrosos terroristas. Dicho militar trabaja fuera de la prisión, sale a las 7.30 de la mañana y regresa a las 9.30, sin más control que el de tener que pernoctar en la prisión.

Ciertamente, no parece que en ninguno de estos casos se haya vulnerado, formalmente al menos, la legislación penitenciaria. Y tampoco su filosofía, dejando a salvo cualquier arbitrariedad que en algún caso concreto se pueda detectar y que, obviamente, debe ser considerada como prevaricación y dar lugar a las correspondientes responsabilidades penales o disciplinarias. Renunciar en estos momentos a los permisos de salida y al régimen abierto, supone renunciar a los únicos instrumentos capaces de humanizar todavía hasta cierto punto el sistema penitenciario y acercarlo al modelo resocializador que teóricamente le sirve de base. Pero una cierta dosis de escándalo y de alarma en la opinión pública ante algunos de estos permisos o de sus fracasos, es inevitable. Como también parece inevitable el seguir concediéndolos y fomentando esta política de "liberación progresiva", de "preparación para la vida futura en libertad", si es que se quiere mantener un mínimo de credibilidad en los propósitos resocializadores del sistema penitenciario. Sólo que en los "casos límites", que son los que producen conmoción en la opinión pública, nadie cree en las bondades del sistema y se exige la vuelta al "pan y agua" de las viejas cárceles inquisitoriales.

Dar la razón "a-priori" a una de las partes del conflicto: al individuo delincuente, que quiere seguir formando parte de la sociedad y volver a recuperar su libertad lo antes posible, o a la sociedad, que tiene una evidente preocupación porque sus mandatos fundamentales no sean vulnerados impunemente, parece una tarea vana e ingenua, cuando no un auténtico 'círculo vicioso' en el que siempre se regresa al mismo punto sin haber logrado solucionar ninguno de los problemas existentes. Sin embargo, por más que sea inevitable e incluso inmanente al propio sistema, la existencia del conflicto entre ambas formas de entender los fines de la pena, la preventiva general y la preventiva especial, no por ello, debe abandonarse la tarea de buscar una solución de compromiso que permita en el caso concreto adoptar decisiones racionales por parte de las autoridades penitenciarias.

Punto de partida debe ser el abandono definitivo de cualquier planteamiento puramente expiacionista o retribucionista de la pena. La diferencia entre la pena privativa de libertad y las demás penas, es el componente custodial y de garantía para la sociedad que tiene aquélla en relación con el recluso que, durante el tiempo que esté en prisión, no puede, normalmente, delinquir. Este aspecto custodial es, pues, un elemento esencial de la pena privativa de libertad, pero no es el único. La incidencia sobre el comportamiento del recluso dentro de la propia prisión al objeto de preparar su vuelta a la libertad, es otro de los

elementos esenciales y característicos de la pena privativa de libertad. Es más, en un sistema penitenciario orientado realmente hacia esa meta resocializadora, debe ser éste el elemento principal, dejando naturalmente a salvo el principio de seguridad que en todo momento debe estar presente. Si este principio se garantiza, dentro de los límites que aconseja la prudencia y la experiencia del propio "stab" penitenciario, debe fomentarse todo lo posible la idea del menor daño posible, de favorecer la reintegración del recluso en la sociedad, o por lo menos de no fomentar su desocialización y desesperación.

El conflicto entre ambas metas (de "Zielkonflikte" hablan los penitenciaristas alemanes) de la pena privativa de libertad es ciertamente un "conflicto insoluble", pero hay procurar reducirlo a su más mínima expresión y hacerlo soportable, limando las aristas que más fácilmente lo hacen surgir tanto en el Derecho penal material, como en la determinación de la pena, como en el sistema de ejecución de la misma.

4. Ordenación de los instrumentos jurídicos penales

a) Instrumentos del "Derecho penal global"

Resumiendo todo lo dicho hasta aquí respecto a los instrumentos del Derecho penal, podemos formular las tesis fundamentales del siguiente modo:

Los instrumentos del Derecho penal cumplen su cometido, cuando ayudan a garantizar la protección formalizada de intereses humanos fundamentales. Esta ayuda debe hacerse para proteger bienes jurídicos a través de una técnica protectora formalizada y observando los principios valorativos formalizadores.

Los instrumentos del Derecho penal sólo en parte se encuentran regulados en el Código penal. El sistema del Derecho penal en conjunto abarca mucho más, partiendo de los criterios políticocriminales de justicia y utilidad, procurando un concepto claro y preciso de delito y acogiendo los medios propios del Derecho procesal penal y todas las demás materias jurídicas penales que se encuentran reguladas fuera del Código, con inclusión también del Derecho penitenciario.

Todo esto corresponde a la idea de una "Ciencia totalizadora del Derecho penal"⁽¹⁶²⁾ que pretende reunir y recoger en una unidad las metas o instrumentos de todas las Ciencias del Derecho penal, desde la Criminología y la Política criminal, pasando por el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, hasta el Derecho penitenciario. Sin embargo, la idea y la elaboración teórica de una "Ciencia general del

Derecho penal” no es todavía suficiente. Son precisos también una Dogmática elaborada y un Derecho judicial diferenciado que permitan alcanzar en la práctica las misiones que el Derecho penal tiene que cumplir.

Seguidamente, vamos a utilizar para exponer el valor y la forma del instrumental legal penal el ejemplo de la clasificación de los delitos, en lugar de proceder sistemáticamente como suele ser frecuente a la hora de exponer la teoría del delito. La clasificación de los delitos, junto con la diferenciación entre Parte General y Parte Especial, la ordenación sistemática de las normas e institutos legales o la técnica de los tipos cualificados y privilegiados es una de las posibilidades que tiene el legislador penal para configurar de un modo complejo y, al mismo tiempo, claro los presupuestos de la imputación. Cuanto mayor transparencia tenga el sistema de los presupuestos de la imputación tanto mayor será el número de los presupuestos que puedan formularse y controlarse ⁽¹⁶⁴⁾.

b) Un ejemplo: la clasificación de los delitos

a') Sentido de una sistemática del hecho punible

“Clasificación de los delitos” no quiere decir que el legislador clasifique las distintas formas de aparición de los mismos como si ya le vinieran previamente dadas por la realidad. La clasificación como tal es una decisión del legislador que igual podría adoptar otra distinta ⁽¹⁶⁵⁾. Es, pues, una técnica protectora que se apoya no sólo en razones sistemáticas, sino también valorativas. En la clasificación de los delitos se expresan cuestiones como, por ej., si la víctima puede participar en la persecución procesal del delito mismo (así, por ej., la clasificación de los delitos en delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles a instancia de parte), el grado de intensidad que debe tener la lesión del bien jurídico (tentativa y consumación, delitos de lesión y delitos de peligro), la posibilidad de que la omisión también sea una forma de comisión del delito (comisión por omisión), etc. La clasificación de los delitos es, por tanto, un nivel del estándar formalizador alcanzado por el sistema del Derecho penal.

Junto a estas ventajas, la clasificación de los delitos tiene también la virtud de permitir una mejor perspectiva, claridad y economía de la técnica legislativa. Así, por ej., el § 13 del Código penal alemán no sólo deja clara la responsabilidad penal por las lesiones jurídicas producidas por omisión, sino también formaliza los presupuestos de esta responsa-

bilidad exigiendo que exista una posición de garante y una equivalencia entre la acción y la omisión, aunque luego permita facultativamente la atenuación de la pena ^{(166) (167)}.

Precisamente la falta de un precepto similar en el Código penal español ha dado lugar a una mayor discusión doctrinal sobre el problema de la comisión por omisión y la equiparación entre acción y omisión a los efectos de exigencia de responsabilidad penal ⁽¹⁶⁸⁾.

b') El sistema del delito

Menor importancia tienen para la praxis judicial y del Ministerio público la distinción entre delitos con víctimas y sin víctimas; una distinción que, sin embargo, sí tiene gran importancia desde el punto de vista políticocriminal. También en la Criminología tiene importancia la distinción entre "delitos con víctimas" y "delitos sin víctimas" o con "víctimas difusas" ⁽¹⁶⁹⁾. En Derecho penal la existencia de delitos sin una víctima individualizable puede tener algunas consecuencias: por ej., la cifra oscura suele ser mayor, al no haber un ofendido que al mismo tiempo denuncie el hecho; y también debe procederse con mayor cautela a la hora de su criminalización, si no se prueba por lo menos la posibilidad de lesión de un interés general.

Otras clasificaciones se pueden hacer en razón de la gravedad del delito o, mejor dicho, de la pena asignada al mismo. Así, por ej., el art. 6 del Código penal español distingue entre delitos y faltas, con consecuencias normativas diferentes (por ej. en el art. 5 del mismo cuerpo legal). También la distinción entre acciones y omisiones que da el art. 1, I del Código penal español, plantea el problema valorativo de la comisión por omisión, es decir, de la equiparación de la omisión a la acción a efectos de imputar un resultado, que el Código penal alemán resuelve con una cláusula legislativa (§ 13 StGB) desconocida en el Código español.

La distinción entre consumación y tentativa demuestra con claridad que el merecimiento de pena no se limita sólo a la lesión consumada del bien jurídico, sino también a estados anteriores, si bien con ciertas restricciones respecto a la pena a imponer, impunidad del desistimiento voluntario, etc. (cfr. arts. 3, 51 y 52 del Código penal español).

Los delitos de resultado se diferencian de los delitos de simple actividad según exista o no objeto de la acción. Así, por ej., el delito de lesiones exige un resultado determinado, producido en el mundo exterior (es decir, una auténtica "lesión"); en cambio, el delito de injurias exige la manifestación o actitud injuriosa misma. Sólo en los delitos de

resultado se plantea la cuestión de la relación causal entre acción y "resultado", y sólo en ellos se ve directamente el bien jurídico protegido.

Dentro de los delitos de resultado está el grupo de los delitos cualificados por el resultado. Estos delitos (como por ej., el aborto con resultado muerte, delitos contra la salud pública con resultado muerte, abandono de menores con resultado muerte, arts. 411, 344, 488 del Código penal español) se componen de un delito básico inicial, generalmente doloso (el aborto, el atentado a la salud pública, etc.) y de un resultado cualificante (por ej, la muerte), con el que debe estar en relación causal y además, por imperativo del principio de culpabilidad (arts. 1,3, 6 bis b) del Código penal español), ser atribuible a imprudencia. Originariamente, bastaba la simple conexión causal porque estos delitos se basaban en el principio medieval de "*versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*". Hoy en día se reconocen, sin embargo, determinados límites a la imputación puramente causal como el antes dicho de la imprudencia o culpa respecto al resultado y que éste sea la realización del "riesgo característico" inherente a la acción básica ⁽¹⁷⁰⁾.

Los delitos de resultado se dividen también desde el punto de vista temporal en delitos permanentes y delitos de estado. Los delitos permanentes, como las detenciones ilegales o la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, suponen una voluntad activa duradera de mantener la situación antijurídica una vez consumada; en los delitos de estado o "momentáneos" ⁽¹⁷¹⁾ —falsedades personales, daños materiales— la acción produce una situación cuyos efectos se prolongan en el tiempo. Esta clasificación tiene no sólo una importancia teórica sino práctica, pues la prolongación del estado antijurídico en el tiempo permite, por ej., la participación tras la consumación, etc. ⁽¹⁷²⁾.

Igualmente sobre la categoría "resultado" se desarrolla la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro. Sólo en los delitos de lesión (por ej., homicidio) se lesiona el objeto de la acción en el que se materializa el bien jurídico protegido (por ej., la vida en el homicidio); los delitos de peligro, en cambio, sólo producen una situación de peligro "concreto" (conducción temeraria del art. 340 bis a, 1^a) o "abstracto" (venta de medicamento sin receta, art. 344 bis). La distinción plantea lógicamente importantes problemas dogmáticos. Los delitos de peligro están más alejados de la protección de bienes jurídicos que los delitos de lesión; en su versión de delitos de peligro abstracto minimizan incluso los presupuestos de punibilidad y con ello las posibilidades de defensa del inculpado, al no exigir siquiera un peligro real ⁽¹⁷³⁾. Desde el punto de vista del principio del Estado de Derecho lo más que se puede hacer para

restringir la punibilidad de estos delitos es que el legislador calcule correctamente el potencial peligroso inherente a la acción incriminada, pues en el proceso es imposible hacer ninguna limitación, ya que la ley no permite que el juez valore o investigue el peligro real ⁽¹⁷⁴⁾. Los delitos de peligro abstracto pueden convertirse en el “sombrero de Gesler” de la famosa narración de “Gillermo Tell”, al que todo el mundo prestaba reverencia sin llegar a ver a su propietario. El legislador debería, por tanto, abstenerse de utilizarlos; su lugar es el ámbito de las infracciones administrativas, no el de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos.

Desde el punto de vista de las formas de culpabilidad (o, como algunos prefieren, de la imputación subjetiva) se distingue entre delitos dolosos y culposos. El Código penal español se refiere a ello en el art. 1, si bien somete la forma de comisión imprudente o culposa de los delitos a una regulación extraña en los art. 565, 586, 3º y 600, lo que da la impresión de que, en principio, todos los delitos son punibles en su forma de comisión culposa. El Código penal alemán, en cambio, y el Proyecto español de 1980, así como la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, siguen el criterio de tipificar expresamente la forma de comisión imprudente en aquellos casos en los que se considera merecedora de pena (homicidio, lesiones, etc.). En todo caso, la Ley parte de que dolo y culpa (como puntos de referencia para graduar la participación interna del autor en el hecho, desde la imprudencia inconsciente hasta la intención) no son sólo fenómenos psicológicamente diferentes, sino también desde el punto de vista normativo; el delincuente que actúa dolosamente tiene una relación con la víctima y con la norma que infringe distinta a la del que actúa culposamente, por eso, son también distintas sus posibilidades de reinserción social ⁽¹⁷⁵⁾. Por todo ello, parece consecuente y correcto no incriminar siempre el hecho producido imprudentemente (por ej., un hurto; más discutible es el problema en el caso de los daños patrimoniales) o, en todo caso, castigarlo con una pena más leve que la comisión dolosa del mismo hecho (cfr. por ej., lo dispuesto en el pfo. último del art. 565).

Desde el punto de vista de los presupuestos de la persecución se clasifican los delitos en delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles a instancia de parte. La distinción tiene gran importancia político-criminal. El requisito de la previa denuncia o querrela del ofendido es, en cierto modo, un paso hacia la descriminalización, pues libera la persecución penal de la obligatoriedad del principio de oficialidad sustituyéndolo por la libre decisión del ofendido. Por eso, en la práctica, por ej., en los

delitos de injurias, la persecución penal apenas se utiliza, prefiriéndose la vía civil o el libre acuerdo entre las partes en el acto de conciliación que generalmente precede al proceso penal propiamente dicho. La exigencia de previa denuncia del ofendido en estos delitos demuestra su menor relevancia social y que el conflicto puede solucionarse por el acuerdo personal entre el autor y la víctima ⁽¹⁷⁶⁾, evitando así el proceso penal que, a veces, en algunos delitos como los sexuales puede perjudicar gravemente la intimidad de la víctima.

El requisito de la previa denuncia permite, finalmente, realizar una política criminal orientada a la víctima ⁽¹⁷⁷⁾. Ampliar (o restringir) este requisito supone aumentar (o disminuir) las exigencias jurídicopenales y a las competencias para actuar del ofendido, dejando en sus manos la protección y vigencia de sus propios intereses ⁽¹⁷⁸⁾.

Son, pues, varios los criterios doctrinales utilizados para clasificar los delitos. En principio, las clasificaciones sólo tienen en sí mismas un interés sistemático. Pero es importante destacar que tras todas estas distinciones o de sus fundamentos hay decisiones políticocriminales que determinan el nivel formalizador del Derecho penal.

5. Consecuencias del Derecho penal

a) El sistema dualista

La más eficaz protección de los bienes jurídicos la consigue el Derecho penal con sus sanciones y con la ejecución de las mismas. Mientras que los presupuestos legales de la imputación pretenden una formalización que limite el control jurídicopenal, las penas y medidas buscan que el Derecho penal tenga a largo plazo efectos beneficiosos; mejora del delincuente o su aseguramiento, intimidación, reparación, protección de las normas, o, como decía *von Liszt* ⁽¹⁷⁹⁾, "protección consciente de los bienes jurídicos" ⁽¹⁸⁰⁾.

Para conseguir estas metas se sirve el Derecho penal de dos instrumentos, la pena y la medida, ordenados en un sistema dualista. El origen de la pena se pierde en la noche de los tiempos ⁽¹⁸¹⁾; las medidas, en cambio, son de origen más reciente, siendo *Stoos* el primero que las propuso sistemáticamente en el Proyecto de Código penal suizo en 1893. Tanto en Alemania, como en España se aprobaron en los años treinta sendas leyes reguladoras de esta materia; la Ley contra delincuentes habituales peligrosos en Alemania en 1933, y la Ley de vagos y maleantes en España del mismo año. Poco a poco se han ido imponiendo

e incluso introduciendo en los Códigos penales, como el alemán, si bien con importantes modificaciones respecto al modelo originario, permitiendo la sustitución de la pena por la medida y computando la duración de ésta en aquélla ("sistema vicarial", así el art. 9,1^a del Código penal español o el § 62 del Código penal alemán) y ofreciendo, en general, un sistema de garantías parecidas a las que rigen para la imposición de la pena ⁽¹⁸²⁾.

Las mismas causas que hicieron surgir las medidas en el moderno Código penal explican el sistema dualista al que se acaba de hacer referencia. En el fondo, con la medida se trata de evitar el principio de culpabilidad que limita la pena ⁽¹⁸³⁾, proyectando un programa de reacción propio con presupuestos y metas específicas. El sistema dualista se explica y se defiende ⁽¹⁸⁴⁾ precisamente por las diferencias que hay entre penas y medidas. La pena se basa en la culpabilidad y se limita por ella; la medida, limitada por la idea de proporcionalidad, se basa en la peligrosidad. La pena mira al pasado y es, ante todo, represión y retribución de la culpabilidad; la medida mira al futuro y persigue la prevención, la evitación de peligros.

Estas distinciones no son, sin embargo, convincentes. Las consecuencias del Derecho penal, como se deduce de las propias metas de las penas y medidas y de la configuración legal de las mismas y su ejecución, forman una unidad y no dos vías diferentes.

b) La pena y sus fines

El concepto de pena es, ante todo, un concepto legal que el Código penal español describe en el art. 27, donde se contienen las diversas penas existentes en el Ordenamiento punitivo. En dicho catálogo se contienen diversas clases de pena, que luego la doctrina clasifica, en función del bien jurídico sobre el que recaen, en penas privativas y restrictivas de libertad, penas privativas de derecho y penas pecuniarias, junto a la pena accesoria del comiso de los efectos del delito ⁽¹⁸⁵⁾.

Mucho más complicada es la discusión doctrinal sobre los fines de la pena que se remonta a los más remotos tiempos históricos y que aparece en casi todas las exposiciones teóricas del Derecho penal. Sólo en épocas más recientes ha vuelto a recobrar la discusión una inusitada actividad ⁽¹⁸⁶⁾. De todos modos, sigue, en líneas generales, vigente la distinción entre teorías absolutas (clásicas, represivas) y teorías preventivas (que formulan fines de la pena). Esta distinción se encuentra ya en el "Protágoras" de Platón en la famosa frase: "Nemo prudens punit quia

peccatum est sed ne peccatur", que luego ha llegado hasta nosotros a través de *Séneca* y *Grotius* ⁽¹⁸⁷⁾. En dicha frase hay ya todo un programa para una moderna concepción de la pena: "Ninguna persona responsable castiga por el pecado (delito) ya cometido, sino para evitar que se cometa en el futuro".

a') Teorías absolutas

También se las llama teorías "clásicas", no tanto por su antigüedad, sino porque de un modo especialmente claro y contundente fueron formuladas por los más ilustres representantes del idealismo alemán, *Kant* y *Hegel* ⁽¹⁸⁸⁾.

Famoso, e impresionante por su rigidez, es el "ejemplo de la isla" con el que *Kant* ⁽¹⁸⁹⁾ defiende su concepción de la pena: "Incluso en el caso en el que todos los miembros de una comunidad decidieran unánimemente disolverse (por ej., los habitantes de una isla decidieran tirar cada uno por su lado esparciéndose por el resto del mundo), habría que ejecutar antes de que tan fatal decisión se cumpliera al último asesino que quedara en sus cárceles; para que todo el mundo supiera el valor de sus hechos y la culpa de la sangre no cayera sobre el pueblo que no exigió el castigo, que podría ser considerado como cómplice de esta lesión pública de la justicia".

También *Hegel* ⁽¹⁹⁰⁾ dijo en apoyo de su concepción: que la pena es "negación de la negación del Derecho", negándose con ella la "voluntad especial" del delincuente que con su delito negó la "voluntad general" del ordenamiento jurídico.

Estos textos presentan una teoría que excluye cualquier finalidad del concepto de pena pública, por eso se le llama teoría "absoluta"; y tiene además un carácter "represivo" en la medida que se limita a compensar o retribuir el hecho ilícito cometido. Su sentido reside en el restablecimiento del Ordenamiento jurídico, en la realización de la Justicia. Personalmente, consideramos que una teoría de esta clase es ajena a las necesidades del mundo actual y negadora de la condición humana ⁽¹⁹¹⁾. Conforme a las teorías absolutas, la pena pública impone intencionalmente un mal, sin poder justificar si este mal favorece a alguien, al condenado, a la sociedad o a la víctima. Una legitimación de la pena que se construye con conceptos y categorías tales como "negación de la injusticia", "restitución de la Justicia violada", etc., y no en interés del hombre, es una teoría arrogante y puramente de papel.

De todos modos, hay que decir que ni siquiera las más extremas teorías absolutas llegan a tanto.

Los textos de *Kant* y *Hegel*, que hemos citado antes, deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época, a la que precisamente reprochaba *Hegel*⁽¹⁹²⁾ que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y su libertad. Y también *Kant*⁽¹⁹³⁾ criticaba que el condenado pudiera “ser utilizado como un simple medio de las intenciones de otros y mezclado con los objetos del Derecho patrimonial”, tanto si la pena se imponía en su beneficio, como en el de otro. Tras sus textos no hay, pues, un rigorismo negador de la condición humana, sino preocupación por la dignidad del condenado⁽¹⁹⁴⁾. No es, por ello, extraño que las más recientes teorías penales hayan redescubierto “la sabiduría inherente a la fundamentación absoluta de la pena”, vinculándola con los modernos planteamientos sociológicos críticos sobre la pena⁽¹⁹⁵⁾.

En todo caso, las teorías absolutas, por lo menos tal como se han planteado en este siglo⁽¹⁹⁶⁾, no han sido tan absolutas como sus textos dan a entender; ciertamente, han mantenido la negación del delito y la realización de la Justicia como fines de la pena, pero con matizaciones muy próximas a las modernas teorías funcionalistas. Precisamente, con la realización de la Justicia la pena pretende alcanzar el respeto general de la ley, fortalecer el sentimiento de autorresponsabilidad o profundizar las concepciones morales de la sociedad⁽¹⁹⁷⁾. Con ello, queda ya muy quebrantado el carácter absoluto de estas teorías, pues la realización de la Justicia se funcionaliza, vinculándose a fines sociales, de modo parecido a como preconiza hoy la teoría llamada de la prevención general positiva. Al mismo tiempo, estas finalidades de la pena inciden en la propia funcionalidad del Estado y de la Sociedad, legitimando al Estado moderno y a su poder punitivo con la búsqueda del bienestar general. Ciertamente ello ha sido consecuencia de la propia actualización exigida por los tiempos, pues es difícilmente creíble que, sin esta vestimenta relativista, puedan sobrevivir unas teorías “absolutas” en una época como la actual, en la que sólo se toleran intervenciones tan radicales como la pena en tanto se justifiquen por las consecuencias favorables que producen y no por las categorías conceptuales que las fundamentan⁽¹⁹⁸⁾.

b') Teorías relativas

Las teorías relativas son las que más sintonizan con los actuales tiempos. Como es sabido, sus metas son la mejora del delinuyente (resocialización, prevención individual) o la intimidación de los potenciales delinquentes (prevención intimidatoria o negativa).

Actualmente son dominantes tanto en la praxis, como en la teoría ⁽¹⁹⁹⁾. Son además las que mejor se adaptan al moderno paradigma de la prevención ⁽²⁰⁰⁾. Por otra parte, tienen la ventaja de que incluyen la pena en el conjunto de los demás instrumentos del Estado que pretenden la defensa o el bienestar de los ciudadanos, dando así lugar a una concepción funcional del Derecho penal. Sin embargo, también hay que destacar claramente sus problemas y dificultades.

Así, por ej., las teorías de la resocialización, muy influyentes en las reformas penales de los años 70 ⁽²⁰¹⁾, tienen el problema de no poder probar el efecto que preconizan (la resocialización) en las personas tratadas en el centro penitenciario. Ciertamente, tampoco se ha probado lo contrario (que el sistema penitenciario agrave aún más los problemas de resocialización) ya que tanto la prueba negativa como la positiva exige, caso de que llegara a conseguirse, el dominio de una serie de variantes tras muchos años de investigación ⁽²⁰²⁾. Las urgentes y fundadas cuestiones que estos efectos, resocializadores o desocializadores, del sistema penitenciario plantean han removido, sin embargo, algunas cosas. Así, por ej., la crisis de la idea resocializadora ha tenido como efecto:

- Reforzar el éxito de las teorías penales neoclásicas ⁽²⁰³⁾, sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica ⁽²⁰⁴⁾. Después de muchos años de intensiva y costosa política de tratamiento seguida en los centros penitenciarios, que no sólo ha supuesto grandes gastos a la Administración, sino también más gravámenes para los implicados en el conflicto penal, se ha vuelto a una concepción de la “pena según la culpabilidad”, ante el escaso éxito obtenido con dicha política.

- Poner bajo sospecha de ideologización el tratamiento penitenciario ⁽²⁰⁵⁾, pues facilita que el Estado pueda realizar todo tipo de intervenciones terapéuticas coactivas sobre el recluso, sin que se sepa muy bien cuáles son las consecuencias.

- Fortalecer la búsqueda de vías resocializadoras no coactivas, por lo menos para determinados tipos de delincuentes; así, por ej., las teorías de la “resocialización en libertad a través de una terapia social emancipadora” ⁽²⁰⁶⁾ o de la “Non intervention” ⁽²⁰⁷⁾. Tratamiento y coacción son términos contradictorios si con el tratamiento se persigue la reconversión interna del sometido al mismo ⁽²⁰⁸⁾; por eso la Política criminal (en teoría y praxis) no puede rechazar precipitada y globalmente otros conceptos alternativos como si de utopías se tratase, sino que debe reelaborarlos y comprobar si en determinadas situaciones sociales y respecto a determinadas personas son menos perjudiciales, a pesar de todo, que el tratamiento custodial, o incluso más beneficiosos.

- Reavivar las esperanzas en una progresiva abolición de la pena privativa de libertad ⁽²⁰⁹⁾. La más reciente historia de la prisión demuestra que ésta cada día pierde más terreno; instituciones como la suspensión condicional de la pena, la creciente importancia de la pena de multa, de las medidas y del sobreesimiento del proceso, la dispensa de pena o la amonestación con reserva de pena han ido introduciéndose en los Códigos penales más recientes (como el alemán de 1975) o en los Proyectos de Código penal, como los españoles de 1980 y 1983. No se puede excluir que incluso en el futuro generaciones más sensibles rechacen expresamente la pena de prisión o que sólo la consideren admisible en algún caso extremo como forma de prevención de comisión de delitos muy graves en delincuentes peligrosos.

La crisis del concepto de resocialización no significa que esté acabado, pues en cierto modo es inherente al propio concepto de Estado social como una obligación del Estado y de la Sociedad ayudar al delincuente en los problemas que de algún modo tienen que ver con el delito cometido ⁽²¹⁰⁾. Nadie cuestiona hoy esta obligación, lo que se cuestiona es la forma de su realización. El futuro del concepto de resocialización está en una Política criminal con vocación científica y práctica que pretenda:

- Evitar ya en este momento los efectos desocializadores que indudablemente tiene el sistema penitenciario.
- Desarrollar programas diferenciados para diferentes tipos de personas, que no sólo puedan ayudarles, sino que además respeten su dignidad.
- Intentar eliminar a largo plazo todo tipo de coacción.

EXCURSO: EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Dentro del sistema penitenciario aparece el tratamiento como la panacea o el remedio mágico capaz de solventar todos los males que aquejan al recluso y a la sociedad.

La Ley General Penitenciaria española participa de una creencia ilimitada en el tratamiento penitenciario. Nada menos que todo un Título (el III) dedica a su regulación. Y en su art. 59,1 (coincidente con el 237,1 del Reglamento) lo define como "el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados".

Esta vinculación entre tratamiento y reinserción social ha sido criticada con razón, por cuanto existen actividades favorecedoras de la reinserción, como seguir un curso de formación profesional o los permisos de fin de semana, que nada tienen que ver directamente con el tratamiento; y porque, por supuesto puede haber personas reinseridas plenamente que no necesiten de tratamiento alguno.

Pero el principal punto de discusión es el concepto mismo de tratamiento. En los últimos años se ha ido extendiendo entre los penitenciaristas, como una mancha de aceite, un sentimiento de escepticismo y aún de repulsa del "tratamiento" como el método más indicado para conseguir la resocialización del delincuente recluso en un centro penitenciario. Este sentimiento ha corrido paralelo con el rechazo al concepto de resocialización que, con un nombre u otro, sirve de base ideológica, y quizás de coartada, a casi todas las leyes penitenciarias modernas.

Pero sobre todo se ha puesto de relieve la incompatibilidad del tratamiento y de cualquier otro objetivo terapéutico con la privación de libertad. "Educar para la libertad en condiciones de no libertad" es una especie de cuadratura del círculo de difícil solución.

Ciertamente ha habido intentos muy encomiables de reconducir el concepto de tratamiento a soluciones más viables y menos comprometidas ideológicamente, como el de ayuda, terapia social emancipadora, ofrecimiento de posibilidades para elegir, etc. Pero todas ellas tienen el sello ideológico de centrar el problema de la criminalidad en el individuo delincuente y no en el sistema social que lo produce. Así, por ej., el art. 62 de la Ley Penitenciaria habla de estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico motivacional del aspecto evolutivo de su personalidad; también habla de "personalidad criminal", de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno, etc., etc. En ningún caso, se alude siquiera a una causa exógena al recluso que haya podido influir en su condena o estigmatización penal.

El recluso es considerado, en todo caso, como un ser patológico que hay que "tratar", y el resultado de este tratamiento debe ser la reinserción en el sistema social del cual un día, por su mala cabeza, osó salir.

La delincuencia como etiquetaje y las causas sociales, económicas o políticas de la misma, no son evidentemente, objeto de tratamiento.

Se parte, pues, de un maniqueísmo de "buenos" y "malos", en el que claramente se califica de malo al delincuente recluso, que es al único a

quien hay que tratar, dejando intacto todo lo demás. Todo ello con una casi fastuosa visión clínica o médica del tratamiento que recuerde los mejores tiempos de la Criminología Lombrosiana y de sus tesis del "delincuente nato". "El delincuente como ser enfermo que hay que tratar"; ésta es, pues, la imagen y casi el estereotipo de la ideología medicamentosa del tratamiento, de la que, con razón, se apartan cada vez más los penitenciaristas más modernos.

¿Quiere ésto decir que hay que renunciar a cualquier tipo de incidencia personal en el recluso, en su esquema de valores, en su personalidad, en su formación o simplemente en su actitud ante la vida?

La cuestión no puede responderse precipitadamente rechazando a priori cualquier tipo de incidencia sobre la persona del recluso, porque puede ser que sea él mismo quien demande ayuda o tratamiento durante el tiempo de su condena, y porque ese tiempo no puede ser un "tiempo vacío" carente de sentido tanto para el recluso, como para la sociedad.

Pero tampoco puede atribuirse al tratamiento esa importancia nuclear que le atribuye la Ley Penitenciaria hasta el punto de hacer de él el eje en torno al cual gira todo el sistema penitenciario. Carece por ej., de sentido que el régimen de progresión o regresión de grado dependa de la respuesta del interno al tratamiento (cfr. arts. 243,3, 250,4), porque, de este modo, se está induciendo al recluso a aceptar el tratamiento y con ello se está privando a éste de una de sus características fundamentales: la voluntariedad del afectado por él mismo. Parece realmente una falacia decir como dice el art. 239,3 del Rgto. que "el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento", y luego hacer depender algo tan importante como los grados de progresión del tratamiento mismo.

Ello es por lo demás coherente con la propia concepción médica del tratamiento que ha servido, al parecer, de modelo al tratamiento penitenciario. Un tratamiento impuesto no es tratamiento, es una imposición y una limitación de los derechos del interno; un tratamiento aceptado voluntariamente es una simple oferta que la Administración penitenciaria debe hacer al recluso para que éste la acepte si le interesa, no haciendo depender ninguna consecuencia favorable de su aceptación o rechazo.

Un problema también interesante es el de los métodos del tratamiento. Una cosa es que el interno pueda ser tratado, contando naturalmente con su consentimiento, y otra distinta es cómo debe serlo. La Ley Penitenciaria apenas da unas vagas indicaciones sobre cómo debe

llevarse a cabo el tratamiento y, en general, parece pensar más bien en tratamientos de carácter psicológico y conductista, que inciden en la personalidad del interno, pero tampoco excluye otro tipo de intervenciones ni la utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, pedagógicos o sociales (art. 62.c), admitiendo expresamente "todos los métodos de tratamiento", siempre que se respeten "los derechos constitucionales no afectados por la condena" (art. 60)

Pero con ello plantea más problemas que resuelve. Entre el psicoanálisis, la farmacoterapia y la psicocirugía hay todavía barreras infranqueables que no todo el mundo está dispuesto a franquear en aras de un, por lo demás, más que dudoso éxito en el tratamiento.

¿Sería, por ej., admisible en nuestro Ordenamiento penitenciario la castración de un delincuente psicópata sexual violento? A la vista de lo que dispone el párr. 2º del art. 428 del Código penal, tras la reforma de 1983, parece que no habría ningún inconveniente en ello, siempre que el consentimiento del interno no estuviere viciado, es decir, fuese auténticamente libre. ¿Pero se puede afirmar esa libertad, cuando la alternativa que le espera al individuo, si se niega a someterse a este tipo de tratamiento, es la de pasarse muchos años más en la cárcel?

El problema que plantean muchos de los métodos de tratamiento no es, pues, el de su eficacia en la modificación del comportamiento o la personalidad del interno, sino su propia licitud o compatibilidad con los derechos fundamentales. Y una vez más hay que insistir aquí en que lo que parece inocuo en condiciones de libertad o, en todo caso, un problema de privacidad individual, puede ser extremadamente peligroso en condiciones de no libertad, en un establecimiento penitenciario. Del tratamiento penitenciario al cobayismo, como de la experimentación clínica o al aventurerismo científico sólo hay un paso que en cualquier momento se puede dar.

Afortunada o desgraciadamente, la realidad penitenciaria está todavía muy lejos de poder conseguir estas "fantasías terapéuticas" que, en teoría, son posibles. Y ello por varias razones.

En primer lugar, por las condiciones materiales de vida en prisión. Es un hecho archiconocido y constatado científicamente desde las investigaciones de Clemmer publicadas en 1940, que la vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica: la sociedad carcelaria.

Según Clemmer, coexisten en la prisión dos sistemas de vida diferentes e incluso contrapuestos: el oficial representado por las normas legales o reglamentarias que disciplinan la vida en la cárcel, y un sistema no oficial que es el que realmente rige la vida de los reclusos.

Lo primero que hace quien entra en una prisión es, si quiere sobrevivir, adaptarse a la forma de vida y a las normas que les imponen los otros reclusos. Es lo que Clemmer llama prisonización. Al recluso no le queda otro remedio que adaptarse a los usos de vida y costumbres que los otros internos imponen en el establecimiento penitenciario. Adopta, por ej., un nuevo lenguaje, desarrolla nuevos hábitos en el comer, vestir, conforma su vida a nuevos horarios, prueba drogas que nunca hasta entonces había probado, asume roles de líder o secundarios en el grupo de reclusos en el que se integra, etc., etc. y aunque este proceso de prisonización es más o menos largo y afecta de manera desigual a los distintos reclusos, en general todo el mundo está de acuerdo en que afecta negativamente al tratamiento.

En la cárcel, el interno generalmente prosigue y aún perfecciona su carrera criminal con el contacto y las relaciones con otros reclusos, pierde sensibilidad social para vivir luego en libertad y adquiere una actitud de rechazo frente a la sociedad. La cárcel cambia ciertamente al que ha entrado en ella, pero generalmente lo hace para empeorarlo.

Todos estos inconvenientes difícilmente pueden ser evitados por el tratamiento; es más, son un obstáculo para el tratamiento mismo. Por más que algunas investigaciones posteriores a las de Clemmer, como las de Wheeler y Wiswede, hayan destacado algunos aspectos positivos de la prisionización que a veces puede ser una prueba del equilibrio psíquico de quien sabe que por muchos años no va a tener otra vida que esa, en general todo el mundo está de acuerdo en que la prisonización inevitable como ya hemos visto, es contraproducente e incompatible con la posibilidad de un tratamiento penitenciario mínimamente eficaz, por bienintencionado y especializado que sea. Es imposible meter el recluso en tratamiento en una celda de cristal aislado del resto de sus compañeros y de la vida en común con ellos.

Si a todo ello se añaden las deficientes condiciones de habitabilidad de la mayoría de los establecimientos penitenciarios españoles, llenos hasta rebosar por una población penitenciaria que en más del 50% es de carácter preventivo, el hacinamiento y el sin fin de deprivaciones inherentes a todo sistema de privación de libertad que se prolonga en el tiempo (alejamiento y separación de la familia y del ambiente profesional habitual, práctica imposibilidad de relaciones heterosexuales, etc.), se comprenderá que no se puede ser muy optimista respecto a las posibilidades del tratamiento en el actual sistema penitenciario español, aún admitiendo todas las honrosas y seguramente muy contadas excepciones que esta afirmación genérica haya que hacer.

Otro problema fundamental para llevar a cabo un tratamiento penitenciario mínimamente eficaz, con todas las reservas que haya que hacer al propio concepto de eficacia en el tratamiento, es el de escasez de los medios con que se dispone para llevarlo a cabo.

La Ley Penitenciaria habla de centros de rehabilitación social, de métodos de observación y tratamiento, de especialistas en psicología, en psiquiatría o en psicoterapia. Todo ello es muy costoso y muy lejos de la realidad. Incluso en países con gran capacidad económica, como USA o Alemania Federal, se ha renunciado a una política penitenciaria basada en el tratamiento por su excesivo coste económico y sus escasos resultados. Paradigmático es el caso de la República Federal de Alemania en el que la reforma del sistema de penas del Código penal fue acompañada por la creación de "centros de terapia social", verdaderos templos del tratamiento, que debieron comenzar a funcionar el 1 de enero de 1975, luego el 1 de enero de 1985 y que finalmente han sido abandonados por no tener grandes esperanzas en sus resultados y sí una seguridad absoluta en su elevado coste económico.

Podrá parecer absurdo que tras tantos años de preconizar el tratamiento como la panacea del sistema penitenciario, aparezcan ahora estas reservas y que al final todo quede en nada por una cuestión económica. Pero detrás de esta actitud cicatera, ciertamente deplorable, están también el desencanto con que muchos miran los escasos éxitos hasta la fecha obtenidos con costosos programas de tratamiento y el escepticismo bastante extendido, incluso entre los penitenciaristas, respetando a la eficacia del tratamiento penitenciario.

Y finalmente un problema ideológico pero no menos importante:

¿Como resocializar y tratar a quien, por razones de desocupación laboral, crisis económica, etc., comete un delito contra la propiedad, mientras esas razones sigan existiendo?

¿Cómo tratar al delincuente contra la propiedad en una sociedad basada en la desigualdad económica y con una injusta distribución de la riqueza; o al delincuente violento en una sociedad violenta que continuamente está desencadenando violencia contra grupos más débiles y marginados, entre los cuales se halla probablemente el recluso?

En una sociedad pluralista pero también, precisamente por eso, ideológicamente dividida respecto a cuestiones fundamentales ¿en referencia a qué modelos o sistemas de valores debe ser tratado el delincuente?

El problema ideológico, aquí nuevamente planteado, nos permite ver a nivel de principio cuántas son las reservas que suscita el concepto de tratamiento. Pero en todo caso, no son sólo cuestiones de principio las

que se oponen a la realización práctica de esta idea. El establecimiento penitenciario tradicional, el establecimiento cerrado con pocas o ninguna perspectiva de suprimirse en un futuro inmediato, no es, desde luego, el lugar ideal para la terapia social y el tratamiento. Pero cualquiera que sea el centro donde el tratamiento se lleva a cabo, tampoco parece bueno un sistema encaminado a modificar sistemas de valores o a imponer otros diferentes.

Por estas diversas razones no se puede ser, por tanto, hoy muy optimista respecto al futuro del tratamiento penitenciario. Pero esto no quiere decir que haya que renunciar a la mejora y a la humanización del sistema penitenciario, no ya por razones estrictamente humanitarias, sino porque vivimos en una sociedad orientada a las consecuencias, en la que ninguna de sus instituciones puede fundamentarse por su nuevo valor simbólico, sin aportar nada positivo a la sociedad. Y las cárceles son una de esas instituciones que nadie sabe muy bien para qué sirven, si no es para aumentar el dolor y la desesperación de los más desafortunados. El destino final tiene que ser su desaparición. Pero mientras ello no se consiga, y parece que aún quedan muchos años para conseguirlo, habrá que hacer algo. Y ese algo no puede ser otra cosa que evitar dentro de lo posible un daño mayor que el que la propia privación de libertad significa, pero sobre todo evitar una mayor desocialización (que no resocialización) del delincuente ya de por sí a veces bastante desocializado.

El que entra en una cárcel debe tener por lo menos derecho a una cosa: a que cuando salga un día, liberado tras haber cumplido su condena y pagado su parte de culpa con la sociedad, no salga peor de como entró. A los entusiastas de la idea de tratamiento, esto les podrá parecer muy poco; a cualquiera que conozca la realidad del mundo penitenciario, y no sólo español, le parecerá realmente un paso importante, probablemente el más importante de todos.

Este es, pues, el único sentido que puede tener hoy el tratamiento penitenciario:

Procurar la no desocialización del delincuente, evitando los defectos desocializadores que son inherentes a toda privación de libertad.

De todas estas críticas a la idea de resocialización se ha beneficiado la teoría de la intimidación⁽²¹¹⁾ que también tienen problemas normativos y empíricos difícilmente solucionables.

Ya Kant y Hegel plantearon contra esta teoría algunas objeciones de carácter normativo que todavía siguen sin contestar⁽²¹²⁾.

En el debe de la teoría preventiva general se apunta que el delincuente es tratado como un objeto de derecho patrimonial, que es utilizado para fines que no son los suyos y convertido en instrumento de promoción del bienestar social; en definitiva, que se le utiliza como medio para intimidar y apartar a otros del delito. Todo esto es, desde luego, difícilmente compatible con el principio de dignidad humana que constituye uno de los valores fundamentales del Ordenamiento jurídico (tal como se recoge en Constituciones española y alemana federal).

También son evidentes los problemas empíricos que presenta el concepto mismo de intimidación ⁽²¹³⁾, pues nadie puede calcular el efecto intimidatorio que en el caso normal puede tener en los potenciales delincuentes la conminación penal, el proceso penal y la ejecución penitenciaria. Para un efecto de esta naturaleza son forzosamente necesarios dos presupuestos que sólo raras veces se dan conjuntamente: por una parte, que los delincuentes potenciales conozcan la conminación penal y su posible ejecución; por otra, que se motiven en su virtud a adoptar una conducta fiel al Derecho. Pero en la realidad, las cosas no son así de fáciles. La gente tiene del Derecho penal una idea bastante deformada ⁽²¹⁴⁾, su comportamiento se rige más por normas sociales que no siempre coinciden con las penales ⁽²¹⁵⁾ y está motivado por diversos factores que poco tienen que ver con la pena y el Derecho penal ⁽²¹⁶⁾ y, en última instancia, si comete algún delito lo hace pensando en no ser descubierto ⁽²¹⁷⁾. En definitiva, la gente en general ni vive ni actúa fríamente, calculando continuamente las ventajas e inconvenientes, como cree la teoría de la prevención general negativa. Sólo en algunos casos de delincuentes superastutos, diligentes y conscientes de los riesgos, como son los integrantes de organizaciones criminales, puede tener algún efecto la intimidación.

Todos estos problemas normativos y empíricos de la prevención intimidatoria se culminan si, además, de la Administración de Justicia penal no sólo se espera la intimidación genérica que preconiza la teoría, sino que concretamente en un caso determinado agrave la pena por razones intimidatorias ⁽²¹⁸⁾. La jurisprudencia que admite la agravación de la pena por razones de prevención general ⁽²¹⁹⁾ no parece preocuparse mucho de los presupuestos empíricos de la medición de la pena basada en criterios preventivos generales.

De todos modos, igual que decíamos antes respecto a la resocialización, tampoco las objeciones que se formulan contra la idea de intimidación afectan a la teoría en su totalidad, sino a algunos aspectos parciales de la misma. Que el Derecho penal tenga un efecto intimidatorio, cual-

quiera que sea, se debe ya al mismo carácter limitador de derechos y, por tanto, lesivo que tienen sus consecuencias jurídicas en quienes las padecen, sólo que este fenómeno ha sido insuficientemente elaborado por la teoría de la prevención general negativa y debe, por tanto, ser mejor desarrollado, como veremos más adelante.

c') Teorías eclécticas

Ante los problemas que plantean las teorías relativas, no es extraño que la praxis y una gran parte de la doctrina se hayan negado a seguirlas incondicionalmente, procurando más bien privarlas de sus puntos más conflictivos y combinándolas con algunas de las posiciones de las teorías absolutas hasta llegar a formar una nueva teoría o grupo de teorías que son las llamadas “teorías de la unión” ⁽²²⁰⁾.

A estas teorías les es común que, con diferentes acentos, siguen manteniendo los fines de la pena de las teorías relativas, pero con algunas limitaciones; es decir, justifican las finalidades preventivas, pero las limitan con la retribución de la culpabilidad.

El problema de estas teorías de la unión es su falta de consistencia teórica y política pues, ciertamente, limitan las teorías absolutas y relativas en lo que pueden tener de contrarias a una concepción moderna del Estado y del Derecho penal, pero no están en condiciones de dar una orientación y una fundamentación consistente a las finalidades de la pena ⁽²²¹⁾. Esto se ve claramente apenas se adentra uno en la parte más problemática de los fines de la pena, es decir, en la llamada “antinomía de los fines de la pena”, en donde una teoría de la pena que fuera adecuada debería dar por lo menos criterios de preferencia ⁽²²²⁾; las teorías de la unión, en cambio, sólo ofrecen diversas posibilidades, pero ninguna recomendación fundada. Igualmente se ven sus insuficiencias en el rol que asignan a las teorías absolutas: pierden su función de fundamento de la pena y se les asigna un papel simplemente limitador de la misma ⁽²²³⁾, con lo que obviamente pierden su principal misión: fundamentar la necesidad de la pena.

d') La teoría de la prevención general positiva

Esta teoría, la más moderna de todas cuantas se han dado sobre los fines de la pena, tiene diversos orígenes. Ya la propia jurisprudencia de los Tribunales penales de la República Federal de Alemania ⁽²²⁴⁾ tuvo que redefinir de un modo más amplio de lo que lo hacían las teorías preven-

tivas los fines de la pena, el concepto “defensa del Orden jurídico” que, como límite a la concesión de algunos beneficios, como la suspensión condicional de la pena, exige el Código penal alemán. Y lo hizo considerando como tal el mantenimiento de la “fe en el derecho de la población”, o la “inquebrantabilidad del Orden jurídico”. En el fondo este planteamiento coincide también con las variantes más tardías de las teorías absolutas que habían intentado hacer plausible su concepción de la pena como realización de la Justicia, indicando que con ello se consigue también a largo plazo fortalecer las ideas morales de la población. E igualmente coincide con la teoría de *Welzel* de los “valores éticosociales de la acción” y con la crítica científica tradicional al estrecho encorsetamiento de las teorías relativas: no intimidación sino “orientación y llamada al conocimiento y capacidad para autodeterminarse autónomamente” es la esencia de la pena ⁽²²⁵⁾. Todos estos planteamientos se resumen en tres características: Las misiones de la pena (teorías de la pena) vienen determinadas por las misiones del Derecho penal (teoría del Derecho penal) y no quedan ahí aisladas; las misiones de la prevención general e individual son pensadas al unísono (y no divididas en, por un lado, el efecto en el delincuente condenado y, por otro, en los potenciales delincuentes); la prevención general también tiene un aspecto positivo en la estabilización normativa (y no se reduce sólo a la meta negativa de la intimidación).

La teoría de la prevención general positiva, sin embargo, sólo recibe un fundamento suficiente y una formulación válida a través de una consideración sociológica ⁽²²⁶⁾, y es la consecuencia obligada de una determinación del Derecho penal como un sector formalizado del control social.

Función de cualquier tipo de control social —desde la familia al Derecho, pasando por la escuela— es afirmar las normas fundamentales de toda sociedad, haciendo así posible la convivencia. La Administración de Justicia penal no tiene otra misión que esa —naturalmente dentro de su ámbito de competencia y con sus instrumentos específicos—. La especificidad que caracteriza al Derecho penal y al mismo tiempo lo justifica es su capacidad de formalización: la protección de intereses humanos elementales ante las agresiones del infractor de la norma, solucionando el conflicto. Esta función la realiza observando una técnica protectora formalizada y unos principios valorativos, a los que ya hemos hecho referencia. Y todo esto es la prevención general positiva: la afirmación pública y el aseguramiento de las normas tanto como la prevención eficaz del conflicto y su elaboración formalizada.

Entre las normas que deben considerarse inquebrantables se cuentan no sólo prohibiciones tales como matar o robar, sino también la prohibición de condenar a nadie que no se haya podido defender o no haya sido previamente oído; o el imperativo de actuar equitativamente a la hora de investigar un delito o de condenar por su comisión. De otro modo a como sucede con la prevención intimidatoria, las metas de la prevención general positiva pueden alterarse bien porque el control del delito sea demasiado permisivo o, lo contrario, demasiado represivo. La prevención general positiva sólo puede conseguirse si el Derecho penal consigue la formalización del control social.

De todo esto se deduce:

- Es desafortunada la expresión “prevención integradora”⁽²²⁷⁾ porque insinúa una adaptación a una sociedad estáticamente considerada y a sus normas⁽²²⁸⁾. La afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales es un proceso dinámico (como también lo es la evolución y la crítica pública del Derecho penal) que la mutación de las normas no puede ignorar.

- Excesivamente limitada es la idea de que el Derecho tiene que “imponerse sobre el ilícito cometido por el delincuente”⁽²²⁹⁾, pues el Derecho también tiene que imponerse sobre las lesiones de los requisitos formales de la actuación jurídicopenal. La teoría de la prevención general positiva no sólo tiene que atender a una prevención eficaz del delito, sino también a la corrección de la forma en que se elabora la criminalidad.

- Los límites formalizadores de la Administración de Justicia penal, conocidos como “corrección funcional de la Administración de Justicia penal”⁽²³⁰⁾ limitan también los fines de la prevención general positiva, ya que entre las normas que el Derecho penal afirma públicamente están también las normas jurídicoprocesales que aseguran la libertad.

La teoría de la prevención general positiva no es, en modo alguno, una determinación absoluta de los fines de la pena, pues exige del Derecho penal y de la pena la persecución y realización de metas que son de este mundo y sólo le preocupa, la vigencia fáctica de normas. Pero tampoco es una teoría relativa de la pena al estilo clásico⁽²³¹⁾, pues pisa un campo completamente distinto, tiene un concepto distinto también de efectividad y otras ideas sobre la justificación de la pena.

Las misiones de la pena en la teoría de la prevención general positiva no son separables de las misiones del Derecho penal mismo, sino que se derivan de ellas. Su concepción de la “eficacia” o “efectividad” es amplia. Sólo el Derecho penal que puede ser aceptable normativamente es, al mismo tiempo, “eficaz”. En este sentido, también para la teoría de

la prevención general positiva los efectos de la pena sólo se pueden valorar difícilmente y a largo plazo ⁽²³²⁾. La pena sólo está justificada si se mantiene dentro del control formalizado, no cuando consigue la resocialización o la intimidación.

c) La medida y sus fines

A diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán y otros más modernos, el Código penal español no contiene un catálogo, capítulo o sección dedicado a las medidas, sino diversas de ellas a lo largo de su articulado (arts. 8,1ª, 9,1ª, 344 bis c/) cuyo presupuesto es en todo caso la comisión de un previo delito por un autor, culpable o no, pero peligroso. Existe, sin embargo, una Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que contiene un catálogo y todo un sistema de ejecución de las mismas, completado por el correspondiente Reglamento. Pero esta ley prevé la aplicación de las medidas a supuestos de peligrosidad predelictuales o no necesariamente vinculados a la comisión de un hecho tipificado como delito y es por ello más que cuestionable y, en todo caso, poco aceptable desde el punto de vista de la formalización del control jurídico-penal. Un sistema bastante más aceptable y limitado a las medidas predelictuales contienen el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de un nuevo Código penal de 1983 ⁽²³³⁾.

En general, hay hoy acuerdo, por lo menos en la doctrina alemana y española, en que las medidas son la otra gran forma de control social, junto con la pena, del delito. Pero, a diferencia de lo que sucede con los fines de la pena, apenas se discuten los fines de las medidas. En principio, parece que, al estar encaminadas a la mejora y custodia del delincuente, deben tener una finalidad claramente preventiva especial ⁽²³⁴⁾. Pero como la mejora o resocialización del delincuente se considera también hoy como uno de los fines de la pena, sobre todo de la pena privativa de libertad, que, al mismo tiempo, tiene una función custodial, realmente pocas diferencias se pueden encontrar, desde este punto de vista, entre una y otra institución. Algunos consideran incluso que la misión de la medida debería ser más la custodial y de defensa de la necesidad de seguridad de la comunidad ⁽²³⁵⁾, dejando los fines resocializadores al ámbito de la ejecución de las penas.

Más clara estaba la misión de las medidas para la doctrina tradicional, que consideraba que además de por la peligrosidad de la persona, la medida debería sólo imponerse cuando fuera "admisible moralmente" ⁽²³⁶⁾, es decir, cuando la persona peligrosa careciera de libertad interna, pues sólo entonces podía limitarse su libertad externa. Pero ello tampoco

dice mucho, pues, por un lado, plantea difíciles problemas de delimitación con la regulación de la incapacidad en el Derecho civil y con el internamiento coactivo por razones no penales ⁽²³⁷⁾; y, por otro, es demasiado general, para poder explicar las especiales características del moderno Derecho de medidas. Realmente falta todavía una teoría precisa y completa sobre las misiones que tienen que cumplir las medidas ⁽²³⁸⁾.

d) La unidad de las consecuencias jurídicopenales

a') Elementos comunes

El sentido y la misión de las medidas sólo se pueden determinar suficientemente si no se las aísla de las misiones del Derecho penal, y de la pena, es decir, si se consideran todas las consecuencias del Derecho penal como una unidad. Los orígenes y las causas que hicieron surgir la pena y que las penas tengan que ver con categorías como pasado, represión, retribución de la culpabilidad, y las medidas con las de futuro, prevención y evitación de peligros, no son razones suficientes para separarlas hasta el punto que lo hace la actual doctrina ⁽²³⁹⁾.

Tampoco el diferente contexto histórico en el que surgen penas y medidas exime de la tarea de determinar y justificar ambas instituciones como consecuencias de un mismo Derecho penal. Sólo integrando las medidas en el Derecho penal, pueden tener la misma justificación que éste; tanto más si se tiene en cuenta que actualmente los fines de la pena cada vez se vinculan más estrechamente con los del Derecho penal y que, en principio (por lo menos en lo que se refiere a las medidas posdelictuales), tanto la pena como la medida suponen la comisión de un "hecho antijurídico" ⁽²⁴⁰⁾.

Aunque, ciertamente, en general se puede decir que la pena mira al pasado, es represiva y retribuye la culpabilidad, mientras que la medida mira al futuro, es de carácter preventivo y tiende a evitar peligros, en el caso de su aplicación concreta las diferencias entre ambas no son tan grandes. También las medidas miran al pasado, pues su presupuesto es, como en la pena, la comisión de un hecho antijurídico; y en cualquiera de las teorías que actualmente dominan el panorama de los fines de la pena, se asigna a éstas funciones que, en principio, sólo deberían cumplir las medidas. Esto se ve con claridad en algunos preceptos del Código penal alemán (§§ 47, 56, III, 59, I Nr. 9) que condicionan en ciertos casos la concesión de algunos beneficios (condena condicional, libertad condicional) a las necesidades de "defensa del Orden jurídico", un concepto en el que claramente se reflejan categorías como futuro, prevención y evitación de peligro, características de las medidas ⁽²⁴¹⁾. Con la misma

claridad se ve esta orientación preventiva de la pena en el Código penal español que, por ej., a la hora de conceder el beneficio de la libertad condicional exige que el condenado “ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad” (art. 98, 4º), y, a la hora de conceder al delincuente drogadicto la condena condicional, exige que el reo se comprometa a no delinquir en el futuro y a no abandonar el tratamiento de deshabituación (art. 92 bis).

Mucho más claramente se ve esta aproximación en el sistema vicarial que, en el caso de aplicación conjunta de penas y medidas, prevé que, primero, se cumpla la medida, que el tiempo de duración de la medida se compute en el de duración de la pena, e, incluso, que si la medida ha sido efectiva y ha conseguido la curación del sujeto, se prescinda del resto de la pena que aún quede por cumplir (así, el art. 9, 1ª del Código penal español ⁽²⁴²⁾). De este modo se supera la antigua acumulación de penas y medidas que, en realidad, hacían de ésta una especie de prolongación o agravamiento encubierto de la pena, e incluso se da un paso más en la línea de sustitución progresiva de la pena por la medida, aunque todavía queda en este terreno mucho por hacer. Dentro de esta tendencia, también la jurisprudencia alemana se muestra proclive a recortar las diferencias entre penas y medidas ⁽²⁴³⁾, aunque en el caso español quizás la tendencia sea la de apenas hacer uso de las medidas más por falta de medios e instituciones adecuadas que por falta de interés. En este sentido es importante destacar que una de las instituciones más características del sistema de medidas, el establecimiento de terapia social, ha sido definitivamente abandonado en la República Federal de Alemania, tras muchos años de discusión en los que no ha habido acuerdo sobre sus particularidades, diferencias y ventajas respecto a la pena.

Una razón, por último, muy importante en contra de la diferenciación entre penas y medidas, es la endeblez de la propia base de la aplicación de la pena: el reproche de culpabilidad ⁽²⁴⁴⁾.

Precisamente, en él se basa el criterio central para la distinción entre penas y medidas y la justificación del sistema dualista ⁽²⁴⁵⁾. Pero si, como está sucediendo actualmente, se niega justificación al reproche de culpabilidad mismo o se le sustituye por categorías como las de “responsabilidad” o “desaprobación jurídica”, entonces tampoco habrá ninguna razón de peso para seguir manteniendo el sistema dualista.

b') Misiones del Derecho de las consecuencias jurídicas

Conseguir un sistema unitario de consecuencias jurídicas penales no es una cuestión de conceptos y distinciones sistemáticas (culpabilidad-

peligrosidad; pena-medida), sino una cuestión de eficacia políticocriminal y de garantías jurídicoestatales. En este sentido, el principio vicarial, al que antes hicimos referencia, ha supuesto un gran avance hacia la unidad de las consecuencias jurídicaspenales ⁽²⁴⁶⁾, pudiéndose decir que los restos que quedan del anterior sistema acumulativo de penas y medidas constituyen realmente una infracción del principio de proporcionalidad ⁽²⁴⁷⁾, cualquiera que sean las razones en que se fundamenta. Tanto en las penas como en las medidas, separada o unitariamente consideradas, se plantean las grandes misiones del Derecho penal que aún quedan por resolver como una unidad:

- Iguales son los problemas que deben resolver las consecuencias jurídicaspenales diferenciadas y referidas a las personas, respondiendo a los diferentes factores criminógenos y ayudando a resolver las diferentes situaciones que los condicionan ⁽²⁴⁸⁾.

- Iguales son, asimismo, las necesidades de limitar las metas políticocriminales preventivas bien por la vía del principio de culpabilidad, bien por la vía del principio de proporcionalidad ⁽²⁴⁹⁾.

- En ambos casos, la prognosis de la conducta futura del delincuente debe ser el presupuesto de unas consecuencias jurídicaspenales proporcionadas y adecuadas al hecho y a su autor y del control jurídico de un Derecho penal orientado a las consecuencias ⁽²⁵⁰⁾.

- Las garantías jurídicomateriales y procesales que rigen en la aplicación de las penas, deben ser también tenidas en cuenta en la aplicación de las medidas ⁽²⁵¹⁾.

- En todo caso, deben buscarse alternativas, tanto en el ámbito de las penas, como de las medidas a aquellas intervenciones más radicales, como la privación de libertad ⁽²⁵²⁾.

- En consecuencia, deben buscarse metas comunes a todas las consecuencias jurídicaspenales, respetando las bases políticocriminales y garantistas del Derecho penal tradicional ⁽²⁵³⁾ y estructurarse la ejecución de las consecuencias jurídicaspenales del modo más humano y digno posible ⁽²⁵⁴⁾.

III. Perspectivas evolutivas

1. Historicidad del Derecho Penal

El Derecho penal, como todo el Derecho, es ante todo historia ⁽²⁵⁵⁾. De ahí se deducen muchas facetas, que fundamentan profundamente al Derecho como un proceso vivo.

a) Facetas de la historicidad

La infructuosa búsqueda de un Derecho natural inmutable, válido para todo tiempo y lugar, no sólo desembocó en la resignación positivista ⁽²⁵⁶⁾, sino que condujo también a una idea del Derecho en la que su relatividad espacial y temporal no significaba en modo alguno arbitrariedad. De todo ello quedaron algunas ideas bastante válidas como, por ej.:

- Se puede pensar en un “Derecho natural de contenido variable”, que no por cambiante deje de ser justo ⁽²⁵⁷⁾.

- Hay unas “estructuras lógicomateriales” o datos previos, basados en la propia “naturaleza de las cosas”, que ningún legislador o sistema jurídico puede ignorar cuando busca la verdad y la justicia ⁽²⁵⁸⁾.

- El Derecho es un “fenómeno cultural”, que, por un lado, está influenciado por la evolución cultural y que, por otro lado, tiene que encontrar su corrección —condicionada históricamente— en relación con la respectiva cultura ⁽²⁵⁹⁾.

- La aplicación de una ley no sólo la concreta en el caso determinado, sino que la hace, al mismo tiempo, evolucionar; la ley en sí misma no es más que una hipótesis o posibilidad jurídica; sólo su aplicación al supuesto de hecho revela su dimensión “real” ⁽²⁶⁰⁾.

El denominador común a todas estas ideas jurídicoteóricas y jurídico-filosóficas sobre la historicidad del Derecho es doble: el Derecho está sometido a continuo cambio, pero está obligado a ser un derecho justo en cada momento histórico. Por consiguiente, tanto la legislación, como la jurisprudencia deben comprender las necesidades de cada época y desarrollar respuestas jurídicas a esas necesidades, y no sólo reflexionar sobre principios más generales suprahistóricos.

b) Ejemplos de evolución del Derecho penal

La historicidad del Derecho penal es claramente observable en:

- La elección de los bienes jurídicos que hay que proteger (determinante del contenido y ámbito de la criminalización), que supone una serie de esquemas culturales y de ideologías ⁽²⁶¹⁾.

- La racionalidad del derecho probatorio que igualmente está condicionada y justificada por la racionalidad del respectivo momento histórico-cultural, que en un momento histórico pudo admitir los “juicios de Dios” y en otros sólo la metodología científica de la observación ⁽²⁶²⁾.

- El cambio en los fines de la pena, de una fundamentación absoluta a otra preventiva, que no sólo se puede entender como un cambio dogmático, sino como un cambio en la necesidad de legitimación del

Estado y sus intervenciones ⁽²⁶³⁾; lo que también se observa en otros sectores jurídicopenales sensibles a los cambios políticos, como la legítima defensa ⁽²⁶⁴⁾.

- Los procesos reformadores, que prácticamente surgieron tras las codificaciones decimonónicas, en los diversos Estados europeos a principios del siglo XX y que todavía continúan, que demuestran el interés por adaptar el Derecho penal a las exigencias políticas de cada momento histórico ⁽²⁶⁵⁾.

- Las recientes investigaciones en materia de política del Derecho penal ⁽²⁶⁶⁾, que demuestran también la dependencia actual de la evolución del Derecho penal de diferentes factores políticos, como ya habían demostrado algunas investigaciones sobre el Derecho penal en la Edad Media ⁽²⁶⁷⁾.

c) Derecho penal y cambio social

La dependencia del Derecho penal de la cultura, del cambio social y, por tanto, también del cambio técnico-económico (tráfico automovilístico, medio ambiente, orden económico) y moral (moral sexual, creencias, opiniones, etc.), no significa que tenga sin más que reflejar ese cambio. Lo que esta dependencia significa es más bien que el Derecho penal debe elaborar el cambio social con sus propios principios e instrumentos: el Derecho penal no puede alejarse del desarrollo cultural y social hasta el punto que se quede obsoleto o sea parcialmente incomprensible o atávico. Pero el Derecho penal también tiene que enfrentarse con esta evolución desde un punto de vista crítico y, en la medida de sus posibilidades instrumentales, productivamente. Debe rechazar, por tanto, cualquier tipo de funcionalización política y social, oponiéndole sus propios principios valorativos, como los de la responsabilidad por el hecho y subsidiariedad, presunción de inocencia, protección de bienes jurídicos, dañosidad social y proporcionalidad de sus consecuencias.

2. Estabilizaciones

Dada la historicidad del Derecho penal es difícil e incluso peligroso diagnosticar qué parte de su desarrollo está ya estabilizada o concluida. No se puede saber qué adaptaciones va a exigir el cambio social al Derecho penal y cómo va a enfrentarse a estas exigencias la política del Derecho penal. En pocas palabras, qué es lo que va a quedar en el futuro

del actual Derecho penal. Con todas las reservas se puede, sin embargo, señalar algunas tendencias que, en la evolución del Derecho penal, parecen estables y difícilmente reversibles.

a) Diferenciaciones en el conjunto del sistema del Derecho penal

El Derecho penal ha experimentado —no sólo en el ámbito de la legislación, sino también en el de la Dogmática y el derecho judicial— un proceso de juridificación (sobre todo en la legislación penal especial y en el ámbito de las infracciones administrativas) que parece extraordinariamente estable, aunque aún no haya terminado. Los instrumentos jurídicopenales han aumentado, se han ido diferenciando y perfilando y, ciertamente, en todos los sectores del control jurídicopenal, tanto en relación con la creación de las normas como con la sanción y el proceso.

Este proceso de juridificación está siendo ampliamente criticado porque, según algunos, produce insolidaridad ⁽²⁶⁸⁾ y una falta de claridad ⁽²⁶⁹⁾. Esta crítica no tiene, sin embargo, por qué alcanzar al Derecho penal si éste consigue, sobre todo en el ámbito de sus normas más importantes, un sistema transparente y comprensible ⁽²⁷⁰⁾. En realidad, la diferenciación y juridificación es presupuesto del control y corrección del Derecho penal y, por tanto, una ventaja desde el punto de vista de las garantías del Estado de Derecho. El que las leyes penales se formulen cada vez con mayor inexactitud y peor ⁽²⁷¹⁾ no es una consecuencia necesaria de la diferenciación dentro del sistema jurídicopenal, sino que se debe a otros factores políticos, constitucionales y también a la mayor autoconciencia de los jueces ⁽²⁷²⁾.

b) Creación de un poder punitivo del Estado

El Derecho penal del Estado surge y vive de alejar a la víctima de todo lo que tiene que ver con la puesta en marcha y la dirección del proceso y con la retribución de la infracción jurídica cometida ⁽²⁷³⁾. Esto supone, al mismo tiempo, que aumentan las posibilidades del poder central de determinar las metas, las clases y la intensidad de las consecuencias jurídicopenales, de formalizar la persecución penal y de colocar a la víctima en el papel de un simple testigo obligado a decir la verdad. Sólo con la neutralización de la víctima se consigue un efecto a largo plazo y sistemático sobre el autor del delito, una equitativa aplicación de las normas y la profesionalización de los órganos encargados de esta

aplicación, es decir, hacer Política criminal. Únicamente en caso de escasa relevancia social del conflicto deja el Derecho penal —a través de la exigencia de la querella en los delitos perseguibles a instancia de parte— un margen a la víctima para decidir si quiere o no que se castigue la infracción jurídica. La tendencia a una mayor consideración a la víctima del delito, cada vez más patente en las doctrinas más modernas, debe tener en cuenta que, de algún modo, minimiza el papel del Estado en el Derecho penal.

c) Interés en el delincuente

La existencia de un poder punitivo del Estado (y, en consecuencia, la neutralización de la víctima) es presupuesto necesario de una Política criminal orientada hacia el autor del delito. Otros presupuestos favorecedores son: por una parte, poder disponer de un tipo de penas que, a diferencia de lo que ocurría con las antiguas penas corporales o con la pena de muerte, permite una incidencia sistemática a largo plazo en el condenado. Así sucede, en efecto, con las penas privativas de libertad y con alguna de las alternativas a las mismas, como la suspensión condicional de la pena; por otra parte, los conocimientos empíricos de las ciencias humanas y sociales.

A estos presupuestos se añade además el interés político que, como ya veíamos en relación con los fines de la pena, procura que el Derecho penal incida en los (potenciales) autores del delito; de este modo el “arte de castigar” se convierte en un “sistema de contención” ⁽²⁷⁴⁾.

Este interés en el delincuente es una característica estable del moderno Derecho penal. En él se realiza, por un lado, la necesidad políticocriminal de incidir positivamente a largo plazo en la criminalidad, y, por otro, la orientación de todo lo moderno hacia la persona, al individuo. También las teorías etiológicas sobre la criminalidad están orientadas al autor del delito (véase supra), aunque la mayoría de ellas sitúan al autor “en sus relaciones sociales” ⁽²⁷⁵⁾. Lo mismo sucede en las teorías preventivas de corte clásico y en las recientes reformas en materia de penas y medidas ⁽²⁷⁶⁾ o en las propuestas de introducción en el juicio oral de un interlocutorio separado para tratar la culpabilidad del acusado una vez determinado el hecho del que se le acusa ⁽²⁷⁷⁾. También la posibilidad de eximir o de atenuar la responsabilidad en caso de error de prohibición (art. 6 bis 1ª a), 3º del Código penal español; § 17 del Código penal alemán) es sólo imaginable en un Derecho penal orientado hacia el autor del delito e interesado en sus posibilidades individuales ⁽²⁷⁸⁾.

d) ¿Humanización del Derecho penal?

Frecuentemente se atribuye la humanización del Derecho penal a una especie de legado del Iluminismo ⁽²⁷⁹⁾. Es, desde luego, cierto que la teoría del contrato social entre los ciudadanos era especialmente adecuada para fundamentar derechos y libertades frente al Estado, y así fue utilizada tanto en el Derecho penal material como en el procesal penal ⁽²⁸⁰⁾. Pero esto no quiere decir que no haya habido épocas anteriores ⁽²⁸¹⁾ con las mismas ideas humanizadoras del Derecho penal. En todo caso, lo cierto es que el principio de humanidad, correctamente entendido, debería ser el principio rector del Derecho penal y de la Política criminal ⁽²⁸²⁾, pues sólo un sistema jurídicopenal que tenga como meta exclusiva la protección de intereses humanos corresponde a una teoría personalista del bien jurídico y a un control formalizado de la desviación.

Pero, desgraciadamente, no es tan seguro que este principio de humanidad sea una de esas conquistas estables e irreversibles en la evolución del Derecho penal. Basta sólo con recordar cuántas veces a través de la historia ha faltado ese rasgo de humanidad en el Derecho penal ⁽²⁸³⁾. Y desgraciadamente no se trata de casos “aislados”, sino consecuencia natural de toda una ideología que ya existía previamente ⁽²⁸⁴⁾. En todo caso, ello demuestra que no existe una línea continua que lleve directamente a la humanización del Derecho penal, a través de una continua atenuación de sus consecuencias y la construcción de unas garantías formales ⁽²⁸⁵⁾.

Estas mismas dudas sobre la tendencia a una humanización del Derecho penal se basan también en el concepto mismo de “humanidad”. La concepción personalista del bien jurídico y las garantías formales no son cualidades, sino misiones a cumplir. Tanto en su fundamentación como en su configuración son elaboradas científicamente tras un proceso de lucha política a través del cual se consiguen. Esto quiere decir que siempre serán científicamente discutibles y políticamente superables. Su existencia depende, pues, de condiciones evolutivas antropológicas, sociales y políticas que son, obviamente, inestables ⁽²⁸⁶⁾ y, por tanto, no disponibles por la Política criminal.

Por último, tampoco se pueden vincular sin más estabilidad con humanidad, porque el concepto mismo de humanidad es un concepto histórico. Está muy extendida la idea, bastante ingenua por lo demás, de que todos los Ordenamientos jurídicos de épocas antiguas eran “inhumanos”, en la medida en que no corresponden a nuestra cultura jurídica. Esto es sólo correcto desde la perspectiva de Europa central a finales del siglo XX. Pero tampoco hay que renunciar a los valores de humanidad

o relativizarlos cuando se juzgan otros Ordenamientos jurídicos en sus particularidades históricas y culturales ⁽²⁸⁷⁾.

3. Tendencias

A la hora de enjuiciar las tendencias actualmente existentes en el Derecho penal, es decir, a la hora de enjuiciar los procesos que comienzan en este momento o que aún no han terminado, hay que actuar con prudencia sin olvidar los riesgos inherentes a la propia historicidad del Derecho penal. Dos tendencias son, a pesar de estas reservas, claramente perceptibles en el actual momento del Derecho penal. Una hace referencia a la funcionalidad o funcionalización del Derecho penal; la otra a la desformalización de sus instrumentos.

a) Funcionalización

Mientras que para *Franz von Liszt* ⁽²⁸⁸⁾ el Derecho penal era la infranqueable barrera de la Política criminal, actualmente se le considera como una prolongación de su brazo, un instrumento de la Política criminal. Preparada y apoyada por las teorías funcionales del Derecho penal, de los fines de la pena y de la Dogmática jurídicopenal ⁽²⁸⁹⁾, y recostada en un clima en el que la prevención, la consideración de las consecuencias y la utilización de los instrumentos jurídicopenales en la persecución de fines políticos se han convertido en los criterios centrales de justificación del Derecho penal, la penetración de la Política criminal en el Derecho penal es cada vez más evidente, como lo prueban los ejemplos siguientes:

- El constante aumento de los delitos de peligro abstracto en el Código penal.

- La penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídicopenales con alta "necesidad política de solucionar el problema" ⁽²⁹⁰⁾.

- La aparición de "legislación simbólica" cuando la necesidad de solución del problema no se corresponde con posibilidades jurídicopenales de solución adecuada ⁽²⁹¹⁾.

- Ampliar el comiso a la privación o confiscación del lucro ilícitamente obtenido con el tráfico de drogas ⁽²⁹²⁾.

Un Derecho penal funcionalizado por la Política criminal tiene más fácil justificación utilitaria de sus intervenciones ante la opinión pública y se puede adaptar armónicamente a los demás instrumentos políticos de solución de los problemas. Por eso, puede pronosticarse que la tendencia a la funcionalización del Derecho penal se mantendrá. Pero también debe

señalarse contra esta tendencia que el Derecho penal tiene frente a la política una función protectora y limitadora. El peligro de una funcionalización del Derecho penal es el de eliminar o reducir las garantías de una elaboración formalizada del conflicto porque pueda perturbar los fines políticos.

b) Desformalización

La desformalización es uno de los caminos a través de los que se puede realizar un Derecho penal funcionalizado: eliminando o disminuyendo de las barreras tradicionales del Derecho penal garantista que pueden limitar los fines políticos. Precisamente, ésta es una de las razones que se aducen en favor de la solución privada y rápida del conflicto. Pero este carácter instrumental no es el único aspecto que debe tenerse en cuenta en el análisis y valoración de las tendencias desformalizadoras. "Desformalización" también significa una mayor fluidez y revitalización de estructuras estancadas que han sobrevivido o que, por diversas razones, no tienen ya el valor que originariamente tenían.

Un ejemplo de este segundo aspecto puede ser la mayor atención que actualmente se está prestando a los intereses de la víctima del delito ⁽²⁹³⁾, en la que se refleja un retroceso parcial del Derecho penal estatal formalizado. En el Derecho penal material ⁽²⁹⁴⁾ y en el Derecho procesal penal ⁽²⁹⁵⁾ esta tendencia no va, sin embargo, tanto a proteger al ofendido por el delito, como a estimular su intervención incluso a costa de asumir las consabidas molestias: sólo la víctima que se muestra activa y participa en el proceso puede conseguir la efectiva protección de bienes jurídicos que teóricamente corresponde otorgar sólo a los órganos públicos ⁽²⁹⁶⁾. Otra cosa es que se pueda enjuiciar en este momento como algo favorable esta tendencia a fomentar y favorecer la disponibilidad y capacidad de la víctima en la defensa de sus bienes jurídicos (y con ello de las normas), participando legítimamente en el proceso; en realidad, no se puede todavía decir si esta desformalización enriquece en alguna medida el Derecho penal o, por el contrario, disminuye sus garantías formales (sobre todo las que favorecen al inculpado).

No otra cosa vale decir sobre la propuesta de configurar la reparación del daño como una sanción jurídicopenal (autónoma). Propuestas como ésta tienen un futuro halagüeño en tanto sirvan como alternativa a la pena de prisión; pero, igual que la participación de la víctima en el proceso, tales propuestas suponen que sean los propios protagonistas del conflicto los que se ocupen de resolver el problema, por ej., por la vía de un acuerdo indemnizatorio.

Una última forma de aparición de esta tendencia a la desformalización es la huida del legislador hacia las leyes indeterminadas. Esta huida se produce por cuatro vías distintas:

- Con un creciente aumento del empleo de conceptos vagos y de cláusulas generales en los preceptos legales ⁽²⁹⁷⁾.
- Dejando en la penumbra los límites entre criminalización y descriminalización en algunos ámbitos de comportamientos ilícitos ⁽²⁹⁸⁾.
- Dejando que sea el propio juez quien decida, ofreciéndole conceptos que dejan un amplio margen a su discrecionalidad ⁽²⁹⁹⁾.

Es comprensible, pues, que el legislador penal ante las condiciones de un cambio social acelerado y de un cambio rápido de las ideas normativas, caiga en la tentación de ofrecer programas de decisión flexibles, y tampoco puede negársele la legitimación para comprobar con experimentos controlados los efectos de sus decisiones favorecedoras del arbitrio judicial y, en su caso, corregirlas. Pero estas decisiones legislativas también deben poder ser controladas y corregidas. En ningún caso, puede el legislador llevar la desformalización hasta tal punto de abandonar una de las tareas fundamentales en la aplicación del Derecho penal, las garantías formales, lesionando con ello el principio de legalidad.

NOTAS

- (1) Así, por ej., en la República Federal de Alemania, *Jescheck*, Tratado, p. 3; *SK-Rudolphi*, antes del § 1. En España el término "misión" apenas es empleado por la doctrina jurídicopenal en relación con este tema.
- (2) Expresión más usual en la doctrina española, cfr. por ej. *Muñoz Conde*, Introducción p.46 ss.; *Mir Puig*, P.G. p. 33 ss. *Quintero Olivares*, Derecho penal, p. 43. En general, en la doctrina española el problema de la misión, función o fines del Derecho penal se suele plantear en relación con la teoría de los fines de la pena, aunque también en relación con el concepto del Derecho penal se plantean ya los problemas relativos a la función o fines del mismo, cfr. *Cerezo Mir*, P.G., p.15; *CoboVives*, P.G., p.25; *Polaino Navarrete*, P.G., p.28 ss. *Rodríguez Mourullo*, P.G., p. 18, habla de "función" más en el sentido de forma de actuación. En la República Federal de Alemania se suele usar en los Manuales y Tratados la expresión "función" así *Stratenwerth*, P.G.; p.1; *Baumann/Weber*, A.T. § 3 II, pero también *Jescheck*, Tratado, § 1, II.
- (3) Cfr. *Hussemer*, Fundamentos, p. 126; también *Amelung*, Rechtsgüterschutz: p.358 s.
- (4) *Sack*, Kooperation, p.360 ss.
- (5) Lo que *Quensel*, D.J. 1970, 375, llama el "modelo del círculo vicioso"

- (6) En la doctrina española, *Mir Puig*, P.G., p. 102 ss.; *Sainz Cantero*, P.G., p. 234 ss.; *CobofVives*, 220 ss.; *Quintero Olivares*, P.G., 291 ss.; *Rodríguez Monrullo*, 176 ss. En Alemania *Naucke*, *Straftat.*, III, 5a; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota previa a los § § 13 ss., marg. 8 ss.
- (7) Opinión prácticamente dominante tanto en Alemania como en España, aunque con diversas matizaciones a las que luego se hará referencia.
- (8) *Welzel*, *Derecho penal*, p. 11; también *Gallas*, *Beiträge*, p. 9 ss., 12 ss.
- (9) A.T., 1/15.
- (10) Esta crítica a Welzel se encuentra tanto en la Dogmática alemana, como en la española; cfr., por ej., la crítica de *Lampe*, *Unrecht*, p. 93 ss.; *SK-Rudolphi*, antes del § 1, marg. 2; *Hassemer*, *Theorie*, p. 97; *Stratenwerth*, P.G., p. 8; *Baumant/Weber*, A.T. p. 19 ss. En España acogen la tesis de Welzel, *Cerezo Mir*, P.G., p. 17; y con diversas matizaciones *Mir Puig*, P.G., p. 114 ss.; y *Muñoz Conde*, *Introducción* p. 47, que introduce el proceso de motivación como límite a la función protectora de bienes jurídicos.
- (11) *Derecho penal*, lug. cit.; *el mismo*, *Gesinnungsmoment*.
- (12) *Derecho penal*, lug. cit.
- (13) Sobre esto véase *Hassemer*, *Theorie*, p. 87 ss.
- (14) *Derecho penal*, lug. cit. Sobre otras posibles afinidades de estas ideas cfr. *Frommel*. Los orígenes ideológicos.
- (15) La tesis de Welzel se encuentra también en *Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, p. 366 ss. críticamente *Hassemer*, *ZStW* 87 (1975), 146 ss.; *Stratenwerth*, P.G., p. 9 s.
- (16) En general, la doctrina alemana se pronuncia en contra de un modelo utilitarista de Derecho penal, así *Blei*, A.T., p. 23 s.; *Noll*, *Strafe*, p. 12 s.; *Roxin*, *Problemas fundamentales*, p. 18 ss.; *Naucke*, *General prävention*, p. 9 ss.; *H.J. Otto*, p. 268 ss.; *Herzog*, p. 41 ss.; *Hassemer*, *JuS* 1987, 261; matizadamente, *Baumann*, p. 191 ss.
Este planteamiento idealista del Derecho penal choca, por ej., con el puramente utilitarista de la doctrina anglosajona, especialmente norteamericana. En el Derecho penal moderno va predominando cada vez más un modelo funcionalista, producto de la orientación a las consecuencias características de los actuales modelos sociológicos, pero en este modelo el concepto de bien jurídico se sustituye por el de "funcionamiento del sistema social" véase *infra* III, 3 a.
- (17) *Welzel*, *Derecho penal*, lug. cit. En realidad, nadie discute que la función protectora de bienes jurídicos se lleve a cabo en Derecho penal a través del fomento de acciones en sí válidas o no dañinas para el bien jurídico, pero la dañinidad de la acción se mide siempre en relación con el bien jurídico: así, por ej. carece de sentido prohibir "matar" si antes no se concede protección al bien jurídico "vida", cfr. *Muñoz Conde*, *Función de la norma penal*.
- (18) *Jakobs*, A.T., 1/15.
- (19) En general, esta teoría ha sido objeto de amplia crítica tanto en Alemania (cfr. *Hassemer*, *Fundamentos*, § 271, I), como en España (*Baratta*, ADP, 1984; *Muñoz Conde*, *Control social*, p. 26 ss., 122; *Terradillos Basoco*).
- (20) Doctrina dominante, cfr. *Jescheck*, *Tratado*, § 1, III; *Polaino Navarrete*, *El bien jurídico*

- (21) Tal como la concebía la doctrina penal afín a las teorías del nazismo, cfr. *Marxen, Kampf*, p. 185 s.; *Frommel*, Los orígenes.
- (22) La tendencia a separar el Derecho penal de planteamientos éticos, por mínimos que parezcan, es especialmente evidente en el ámbito del Derecho penal sexual, cfr. *Diez Ripolles*.
- (23) De otra opinión *Bockelmann*, Moral, p. 257.
- (24) De esta opinión *Müller-Dietz*, Strafe und Staat, p. 16.
- (25) Cfr. infra y *Muñoz Conde*, Introducción, p. 75. ss.
- (26) *Hassemer*, Theorie, p. 19 ss. Sobre la función crítica del concepto de bien jurídico, *Muñoz Conde*, Introducción, p. 75 ss.
- (27) *Hassemer*, Theorie, p. 20 3 ss, 207 ss; *Muñoz Conde*, Introducción, p. 75 ss.
- (28) Cfr. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 16 ss.; *Hassemer*, Theorie, p. 27 ss.
- (29) *Binding*, p. 193.
- (30) Opinión dominante que se traduce en procesos despenalizadores de comportamientos cuya dañosidad para bienes jurídicos es dudosa, cfr. en la doctrina española *Muñoz Conde*, Introducción, p. 77, ss.; *Diez Ripolles*, El Derecho penal ante el sexo, passim. En la doctrina alemana, *Jäger*, Strafgesetzgebung, p. 112 s.; *Marx*, Rechtsgut, p. 70 ss.; *Rudolphi*, Aspekte, p. 167; *H. Otto*, Rechtsgutbegriff, p. 14, s.; *Gössel*, Rechtsgut, p. 100 s.
- (31) Cfr., sobre todo, *Jakobs*, AT 2/16, 2/22 ss. En la doctrina española, *Gómez Benítez*, RFDUC.
- (32) *Gerland*, GS 59 (1901), 99.
- (33) Doctrina dominante, véase, por todos *Jescheck*, Tratado, p. 350.
- (34) Cfr. *Muñoz Conde*, PE., p. 130, con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.
- (35) *Birnbaum*, Arch Crim R, NI 1 (1834), 150.
- (36) *Lug*, cit.
- (37) *Lug*, cit.
- (38) Cfr. *Amelung*, Rechtsgüterschutz, p. 28 ss.; *Hassemer*, Theorie, p. 27 ss., 34 ss.
- (39) *Feuerbach*, Lehrbuch, § 21.
- (40) *Lehrbuch*, §§ 388 ss.
- (41) Doctrina dominante cfr., por todos, *Jescheck*, Tratado, § 26, I, 3 e.
- (42) Cfr. *Hassemer*, Theorie, p. 68 ss.
- (43) Que según *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, p. 119, es "forzado e ideológico".
- (44) De esta opinión, en la doctrina alemana, *Honig*, Einwilligung, p. 115; *Oetker*, ZStW 17 (1987), 508; *Hegler*, ZStW 36 (1915), 28 ss.; y de forma menos contundente, *Schmidhäuser*, AT (LB), 2/33, *Jescheck*, Tratado, g. 26 I 4; *Maurach/Zipf*, AT/I, § 19, marg. 8. En la doctrina española predomina también este aspecto social o estatal del bien jurídico, así *CobolVives*, p. 221; *Gómez Benítez*, RFDUC; *Bustos Ramírez*, Control social, p. 181; *Mir Puig*, P.G., p. 105.
- (45) De esta opinión, en la doctrina alemana, *Marx*, Rechtsgut, p. 79 ss.; *H. Otto*, AT, p. 7 el mismo, Rechtsgutbegriff, p. 5 ss. 8; en la doctrina española, *Muñoz Conde*,

Introducción, p. 49. En este sentido considero que deben incluirse en este grupo los autores que propugnan una concepción del bien jurídico conforme a la Constitución como *Quintero Olivares*, P.G., p. 294; *Gonzalez Rus*.

- (46) Cfr. *Lüderssen*, Kriminologie, marg. 104-110.
- (47) Cfr. *Muñoz Conde*, P.E., p. 475 s.; en la doctrina alemana *Maurach/Schroeder*, BT/2 § 65 I 2; *Cullies*, Strafe, p. 147 s.
- (48) Cfr. *Muñoz Conde*, P.E., p. 669 s.; en la doctrina alemana *Rudolphi*, GA 1969, 139 ss.; *Hermann*, p. 130 ss.; *LK Willms*, antes del § 153, marg. 2.
- (49) La bibliografía sobre el delito ecológico y dentro de él sobre el bien jurídico protegido ha aumentado enormemente en los últimos años, en la doctrina española y alemana, sobre todo a partir de su introducción como delito en los respectivos Códigos penales. En relación con el bien jurídico protegido la discusión gira en torno a la delimitación del concepto de "medio ambiente" o "Umwelt". Un sector doctrinal es partidario de concebirlo en relación con las condiciones vitales de las personas, así en la doctrina española *De la Cuesta*; en la doctrina alemana; *Lackner*, antes del § 324, nota 3; *Dreher/Tröndle*, antes del § 324, marg. 3; *Wessels*, BT/1, p. 217.
- (50) Doctrina dominante tanto en España, como en Alemania. En la doctrina española son de esta opinión *Peris*, *Rodriguez Ramos*, *Bacigalupo Bustos*, *Bofx*, cfr. *Muñoz Conde*, P.E., p. 469; en la doctrina alemana. *Horh*, *Arzt/Weber*; *Schönkneel*, *Schönroder/Cramer*, *Triffterer* y *Tiedemann*.
- (51) Cfr. supra nota 49.
- (52) La expresión se debe a *Kuhlen*, GA 1986, 389 ss., exp. 399 ss.; quien la utiliza precisamente para denominar las formas de producción de delitos como el ecológico.
- (53) Cfr. *Hassemer*, Theorie, p. 100 ss.; 106 ss.
- (54) AT, 2/223.
- (55) *Hassemer*, Theorie, p. 151 ss., 221 ss.
- (56) Basta sólo recordar como se ha ido transformando el catálogo de bienes jurídicos protegidos en la legislación penal española de estos últimos quince años. A principios de los años 70, el Código penal castigaba todavía el ejercicio de derechos fundamentales que hoy en día son unánimemente reconocidos, como el derecho de asociación política, reunión y manifestación. En materia de costumbres se castigaba el adulterio o determinadas formas de estrupo o rapto que partían de una concepción absolutamente machista o proteccionista de la mujer como ser inferior al hombre. En materia patrimonial los delitos contra la propiedad no violentos se castigaban con una dureza rayana en la crueldad. Pero nada se decía de la protección penal del medio ambiente, del delito fiscal, de los delitos socioeconómicos, etc. (cfr. *Muñoz Conde*, Prólogo a la 7ª ed. de la P.E.). Un buen ejemplo de esta evolución y de la vinculación de la protección penal de bienes jurídicos a las concepciones ideológicas imperantes puede ser la reducción progresiva operada en el ámbito del Derecho penal sexual en las sociedades europeas en los últimos 20 años, cfr. *Diez Ripollés*, El Derecho penal ante el sexo, con abundante información y bibliografía al respecto.

- (57) Sobre este procedimiento *Lüdersen*, Kriminologie, marg. 111 ss.; *Eisenberg*, Kriminologie § 23; cfr. también *Haferkamp* p. 68 ss., 106 ss.; *Haffke*, Gesetzentwürfe; *Lüdemann*, esp. p. 32 s.
- (58) Una exhaustiva exposición de todas estas denominaciones y sus diversos propugnadores en *Polaino Navarrete*, El bien jurídico.
- (59) Cfr. sin embargo, las consideraciones que sobre la exposición "participaciones" hace *Callies*, Strafe, p. 143 ss. De "unidades de valor funcional" habla *Rudolphi*, y de "unidades funcionales" *Jakobs*, AT 2/15.
- (60) Para más detalles *Hassemer*, Theorie, p. 64 ss.
- (61) En este sentido *Jakobs*, AT 2/15, nota 28.
- (62) Especialmente importante, como ya hemos dicho, es la evolución que a este respecto se ha producido en el Derecho penal sexual (cfr. *Diez Ripollés*).
- (63) Como pretende una buena parte de la crítica de *Jakobs*, AT, 2/19; *Naucke*, Strafrecht § 6 III; *Gómez Benítez*, RDFUC; en el sentido del texto *SK-Rudolphi*, antes del §. 1, marg. 11; *Amelung*, ; Rechtsgüterschutz p. 344 s.; *Cobo/Vives*, p. 222.
- (64) Lo mismo sucede en el principio de prohibición de la analogía, cfr. *Hassemer*, Tatbestand, p. 160 ss.; y otros principios como el de culpabilidad, subsidiariedad, dañosidad social etc.
- (65) Como, por ej., atribuye *Jakobs*, At, 2/22, al concepto de bien jurídico.
- (66) Cfr. los diversos "ejemplos" aun vigentes en el Código penal español en *Muñoz Conde*, P.E., p. 417 ss.; 544 s.; 557 ss.; 566 ss.
- (67) AT, 2/17.
- (68) Sobre la familia *König*, Familie, p. 9 ss., 106, 150; *Neidehard*; *Claessens*, esp. 79 ss., 120 ss.; sobre la escuela *Deimling*; *Rolff*, esp. 120 ss.; *Best*, esp. 16 ss.; 95 ss., sobre la Iglesia *Matthes*, p. 35 ss.; 92; *D. Goldschmidt/Greiney/Schelsky* (edit); sobre las escuelas de conductores *Hassemer/Hart/Hönig*, p. 242 s.
- (69) Cfr. *Janvitz*, KZfSS 1973, 499 ss.; *Clark/Gibbs*; *Cohen*; *Lemert*, Human Deviance; *König*, Recht; *Parsons*; *Popitz*, Konstruktion; *V. Trotha*, Recht; *Hassemer/Steinert/Treibert* p. 47 ss; *D.K. Pfeiffer/Scheerer*, p. 72 ss.
- (70) Cfr. *Sratenwerth*, P.G., p. 9 ss; *Kaiser*, Strategien, esp. p. 1 ss., 20 ss.; *Sonnen*, p. 19 ss.; *Maurach/Zipf*, AT I § 3, marg. 5 ss.; § 1 marg. 25; *Hassemer*, Fundamentos, § 27, II; *Hassemer/Steinert/Treibert*, p. 52 ss.; *Eisenberg* Kriminologie, § 1 marg. 6 s.; *Sack*, KKW, 351 ss.; *Neumann/Schrott*, p. 94 ss.; *Muñoz Conde*, Control social; *Mir Puig*, P.G., p. 2.
- (71) Cfr. sobre la escuela *Brusten/Herriger*, p. 682 ss.; *Best*: sobre la familia *König*, Familie, p. 9 ss.; 106, 150; sobre las relaciones de vecindad *Klages*, esp. p. 98 ss.; *Best*, p. 138 ss.; también la ilustrativa investigación antológica de *Ruland*; sobre la empresa *Feest/Meitzger-Pregizer*; sobre la circulación rodada *Kaiser*, Verkehrrsdelinquenz p. 393 s.; 430 ss.; sobre el sistema penitenciario *Harbordt*, p. 21 ss.; sobre hospitales, *Goffmann*, Asilos; *G. Spittler*, Norm p. 55 ss.
- (72) Sobre ello *Luhmann*, Rechtssoziologie I, p. 40 ss.; *Duse*, Rechtssoziologie, p. 30 ss.; el mismo, Probleme p. 24 ss.; *Hassemer*, Fundamentos; *Muñoz Conde*, Control social, p. 23; cfr. *Haferkamp*, Herrschaft, p. 13 ss., 21 ss.

- (73) Sobre los conflictos escolares *Brusten/Herriger*, p. 682 s.; sobre los conflictos entre trabajadores y empresarios *Fees/Metzger-Pregizer*, KrimJ 1982, p. 87 ss.; *Metzger-Pregizer*, KKW, 65.
- (74) Cfr. *Popitz*, Konstruktion, p. 28 ss.; 33 nota 5, 48 ss.; 86 ss.; *G. Spittler*, Norm, p. 127 ss.; *Schütz*, esp. p. 215 ss.; *Dreitzel*, p. 109 ss.; 157 ss.; 197 ss.; *Goffman* Individuum, p. 138 ss.; 225 ss.; *Krymanski*, p. 109 ss.; 132 ss.; 141 ss.; *Coser*, Theorie, p. 142 ss.
- (75) Cfr. *Laumann*, Justiz, p. 17 ss.; *Böllinger/Osborg*, p. 29 ss.; *Hassemer*, StrVert 1982, 377.
- (76) Cfr. *Hassemer*, Theorie, p. 194 ss.
- (77) La bibliografía sobre este principio es inabarcable tanto en Alemania, como en España, cfr.; por ej.; la bibliografía que ofrecen *Jescheck*, Tratado, § 15, y *Mir Puig*, P.G.; 59 s.; 64 s. Una exposición del tema en *Madrid Conesa*, La legalidad del delito.
- (78) Cfr. *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 ss.; *Noll*, Gesetzgebungslehre; *el mismo*, ZStW 92 (1980); 73 ss.; *Schubarth* ZStW 92 (1980), p. 80 ss.; *Schöch*, ZStW 92 (1980), 143 ss.; *Jäger*, Strafgesetzgebung als Prozess, esp. p. 36 ss.; *Hassemer*, Rechtssystem, p. 205 ss.; *Kriele*, p. 247 ss.; 258 ss.; *Esser*; *Wieacker*, Rechtsdogmatik; *Luhmann*, Rechtssystem, p. 15 ss.; 24 ss. Sobre la importancia de la elaboración dogmática del Derecho penal, cfr. *Gimbernat Ordeig*, Estudios, p. 105 ss.; *Muñoz Conde*, Introducción, p. 135 ss.
- (79) Cfr.; por ej.; las definiciones que el Código penal español de hurto (art. 514), estafa (528), casa habitada (art. 508), llaves falsas (510), alevosía (art. 10 1ª), atentado (231, 2ª), etc.
- (80) Que tienen un valor importante para la interpretación de algunos problemas, así, por ej., si la alevosía es aplicable al robo con homicidio depende de si se entiende este delito como un “delito contra las personas” en el sentido en que se emplea esa expresión en la rúbrica del título VIII del Libro II del Código penal.
- (81) Esta clasificación tiene importancia para diferenciar lo que no son más que derivaciones de un tipo básico (por ej., las lesiones) o auténticos delitos autónomos (por ej. el asesinato frente al homicidio).
- (82) Así, por ej., el Código penal alemán utiliza el método “ejemplificador”, es decir, ilustra al interprete con algunos ejemplos sobre cuando debe cualificar el delito de hurto (en caso de gran valor histórico o cultural del objeto, cuando se realice en lugar sagrado, etc., § 243, 1), pero deja abierta la posibilidad de que pueda estimarse hurto cualificado en caso de gravedad similar a los ejemplificados. En el Código penal español la cualificación de, por ej. el delito de hurto se lleva a cabo de forma *taxativa*, es decir, sólo es posible el aumento de pena cuando se de alguna de las circunstancias previstas en el art. 516, y para al estafa en el art. 529).
- (83) Cfr. *Hassemer*, Tatbestand, 150 ss., 158 ss.
- (84) Criticable por cuanto este método favorece la sustitución a la referencia al bien jurídico por la referencia a la infracción de un deber, no solo en la agravación, sino también en la fundamentación del ilícito penal, dando lugar a los llamados “Pflichtdelikte” o “delitos consistentes en la infracción de un deber” (*Jakobs*, AT, 7/70 ss.; 21/115 ss.; *Roxin*, Política criminal, p. 43 ss.; *el mismo*, LK § 25, marg.

29 ss.; *el mismo*, Täterschaft, p. 352 ss.; 459 ss.; críticamente *Muñoz Conde*, Introducción, p. 23 ss.). Ejemplos de este tipo delitos serían en el Código penal español algunos delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, tales como la prevaricación, la infidelidad en la custodia de presos o documentos, etc.

- (85) Cfr. *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik, p. 143 ss., 194; *Krawietz*, ÖZöR 23 (1972), p. 47 ss.; *Welzel*, Dogmatik; *Wieacker*, Rechtsdogmatik.
- (86) Los principales se encuentran recogidos en cualquier Tratado de Derecho penal (cfr. por ej.: *Jescheck*, Tratado, § 4), o de procesal penal (cfr., por ej. *Gimeno Sendra*, El proceso penal, I, p. 55 ss. Una exposición de conjunto en *Hassemer*, Fundamentos, p. 168 ss.
- (87) No formulado expresamente en nuestra legislación penal, pero inminente a la propia idea de justicia, véase *Muñoz Conde*, Introducción, p. 78 ss.
- (88) Cfr. *Roxin*, Culpabilidad y prevención, *passim*.
- (89) Tanto a la hora de crear normas penales (prohibición de retroactividad y de derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la responsabilidad penal), como a la hora de aplicarlas al caso concreto (prohibición de la analogía contraria al reo); una sugerente exposición en *Hassemer*, Fundamentos, p. 310 ss. ; cfr. además las exposiciones del principio de legalidad en cualquier manual o tratado de Derecho penal y lo dicho *supra* nota 77.
- (90) Este principio se encuentra recogido en el art. 120, I de la Constitución española y en el art. 680 de la LECrim, aunque se apuntan excepciones por razones de moralidad u orden público; cfr. también *Hassemer*, Fundamentos, p. 202 ss.; *Gimeno Sendra*, El proceso penal, I, p. 93 s.
- (91) Art. 24, 2, Constitución española; cfr. *Gimeno Sendra*, El proceso penal, I, p. 178 ss.
- (92) Art. 24, 2, Constitución española; cfr. *Gimeno Sendra*, *lug. u. cit.* quien lo considera como un presupuesto básico al derecho de defensa.
- (93) Que se concibe como una consecuencia de la presunción de inocencia consagrada también en el art. 24, 2 de la Constitución española, y que para *Hassemer*, Fundamentos, p. 208, es una forma de reconocer que la comprensión escénica característica del juicio oral no ha tenido éxito.
- (94) Bien por la vía del recurso de apelación, bien por la del recurso de casación, aunque ambos tienen distinto fundamento y función. Propiamente, el único recurso que demuestra el fracaso de la comprensión escénica es el de apelación (cfr. *Hassemer*, Fundamentos, p. 206 ss.). El "derecho a los recursos" se encuentra recogido en el art. 14, 5º del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York; otra cosa es cómo se articula a nivel de derecho interno, cfr. *Gimeno Sendra*, El proceso penal, p. 84 ss.
- (95) La intervención en el proceso no sólo se puede hacer como imputado o acusado en el mismo, sino como parte acusadora ejercitando la acción penal que, en principio, es pública; a ambas vertientes de este derecho se refieren los arts. 24 y 125 de la Constitución. Obviamente a este derecho corresponde también el de proponer pruebas que tienen las partes en favor de sus alegaciones (cfr. *Gimeno Sendra*, El proceso penal, I, p. 75 ss.)

- (96) Por ej. preguntar sobre hechos que el funcionario no puede declarar por razón de secreto; emplear medios de prueba vejatorios, como reconocimientos corporales; emplear métodos de tortura para la investigación de la verdad; y la prohibición de valorar las pruebas así obtenidas (cfr. *Hassemer*, Fundamentos, p. 189).
- (97) Art. 24, 2 Constitución española.
- (98) Fundamentalmente el derecho a la reinserción social recogido en el art. 25, 2, de la Constitución española (cfr. *Mapelli Caffarena*, Principios fundamentales, p. 131 ss.)
- (99) *Riess*, 52, D.J.T., L 30, *Dahs/Dahs*, V.
- (100) *Lüderssen*, Generalpräventive Funktion, p. 69 ss.; también *H. Otto*, p. 288 ss.
- (101) Cfr. infra II, 5 b, d').
- (102) Cfr. *Eh. Schmidt*, Einführung, §§ 104 ss. y 185 ss.; 252 ss.; *Rüping*, Grundriss, g 82 c, 3; *Baumann/Weber*, AT g 41, 1; *Maurach/Zipf*, AT/1 § 2, marg. 5; *Baumann*, Strafprozessrecht, p. 15 ss.
- (103) Cfr. *Eisenberg*, JGG, intr. marg. 5 ss. En España algunas leyes penales especiales como la de la Navegación Aérea, regulan los aspectos materiales y los procesales. Un derecho penal específico, tanto en el aspecto material, como procesal, para jóvenes delincuentes es desconocido en España, aunque hay diversos proyectos de los que de una buena y crítica información *Cantarero Bandrés*.
- (104) Cfr. *Tiedemann*, Introducción, p. 133 ss.
- (105) La Ordenanza procesal penal alemana admite, en caso de delito que tenga asignada una pena inferior a un año, prescindir de la persecución, si la culpabilidad del autor no fuera grave y no existiera interés público en la persecución. El § 153 a prevé el archivo de la causa cuando el acusado cumple determinadas condiciones (reparación del daño). También los §§ 153 b y 154 contienen determinados supuestos de sobreseimiento por razones de economía procesal (cfr. *Tiedemann*, Introducción, p. 173 ss. El texto de estos preceptos se encuentra traducido en *Gomez Colomer*, El proceso penal alemán, p. 330 ss). En España no se admite el principio de oportunidad, si bien existen algunos preceptos en la LECrim que permiten afirmarlo en algunos casos, como la institución de la conformidad (arts. 655, 694-700) o en los delitos solo perseguibles a instancia de parte (cfr. *Gimeno Sendra*, El proceso penal, I, p. 63 s.)
- (106) Cfr. *Kunz*, Einstellung, esp. p. 70 ss; *Hertwig*, esp. p. 159 ss; *Meinberg*, esp. p. 72 ss.; 210 ss., 237 ss.
- (107) Doctrina dominante tanto entre los especialistas en Derecho penal (cfr. por todos *Jescheck*, Tratado, p. 23); como entre los especialistas en Derecho procesal penal (cfr. por todos, *Gomez Orbaneja/Herce Quemada*, p. 1 ss.)
- (108) *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 1 A.
- (109) En este sentido *Hassemer*, Fundamentos, §§ 16 ss.
- (110) *Hassemer*, StrVert 1982, 377 ss.; *Lautmann*, Justiz, p. 17 ss.; *Schumann/Winter*; *D. Peters*, esp. p. 37 ss.; 106 ss.; *Blankenburg*, Anteil; *Grossmann*; *Mileski*; *Hofmann-Riem/Rofleuthner/Schütze/Zielcke*.
- (111) *Hassemer*, Fundamentos, § 16, II, 3.
- (112) *Hassemer*, Fundamentos, § 16, III.

- (113) Sobre sociología de la organización *Mayntz/Ziegler*, esp. p. 15 ss.; 79 ss., 87 ss.
- (114) Véase la exposición de *Hassemer*, Fundamentos, p. 118 ss; *Gimeno Sendra*, El proceso penal, I, p. 39 ss.
- (115) En el Derecho procesal penal español tal "acuerdo" solo es posible, en principio, en los delitos privados, bien por ej. a través del acto de conciliación previa a los procesos por injuria (cfr. art. LECrim) o a través de la institución de la conformidad (arts 655, 694-700) en la pena del acusado antes del comienzo del juicio oral. Sobre el sistema americano de *plea bargaining* *Schumann*, BRD, p. 195 ss.; y sobre el tema en el Derecho alemán *Schmidt Hieker*, *Verständigung*, así como diversos trabajos del mismo, NJW 1982, 1017 ss; StrVert. 1986, 355 ss. *Real*, StrVert. 1982, 545 ss.; *R. Hassemer/Hippler*, StrVert 1986, 360 ss.; *Widmaier*, StrVert 1986, 357 ss.
- (116) Para el Derecho penal español véase la exposición de *Rodríguez Devesa*, P.E.; p. 1237 ss.; para el Derecho penal alemán la exposición del *Jescheck*, Tratado, § 12 ("Derecho penal fuera del Código penal").
- (117) Así, por ej., los delitos electorales en la Ley electoral de 1985; o los de contrabando en la Ley de 1982. Este doble contenido, penal y no penal, de dichas leyes obliga a dotarlas de carácter orgánico en la parte que se refiere al Derecho penal, pues, como es sabido, a partir de la Constitución se considera que deben tener carácter de orgánicas, entre otras, "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales" (art. 81, 1 Constitución española). Por esta razón, tuvo que ser "reconvertida" la Ley orgánica la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios, en la parte que contenía los llamados "delitos monetarios" (cfr. ahora Ley Orgánica 10/1983, de 26 agosto, capítulo II)
- (118) Cfr. *Quintero Olivares/Muñoz Conde*, La reforma, p. 60 s.; *Cerezo Mir*, P.G., p. 145, nota 132.
- (119) Véase por ej. los supuestos de apropiación indebida "anómala" que se encuentran en la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (art. 59), Ley de compraventa de bienes muebles a plazos (art. 12), Ley 27 julio 1968 9 (art. 60), (cfr. *Muñoz Conde*, P.E., p. 281), o las "falsedades electorales" de la Ley sobre régimen electoral (art. 140 i), que se remite al art. 302 del Código penal.
- (120) Que plantean una problemática especial en relación con el respeto al principio de legalidad y a la reserva de la ley en materia penal (*Muñoz Conde*, Introducción, p. 18 ss.; *Bustos Ramírez*, P.G., p. 84 s.; *CoboVives*, p. 107), por cuanto para determinar la materia de prohibición, es decir, el comportamiento prohibido se remiten a normas extrapenales de carácter inferior al de la ley o ley orgánica. Ejemplos de este tipo son en el Código penal español los arts. 339, 343 bis, 345, 347 bis.
- (121) Cfr. *CoboVives*, p. 109 ss.; *Cerezo Mir*, P.G., p. 159 s.
- (122) Sobre otras fuentes extralegales del Derecho penal, especialmente las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de la ley, véase *CoboVives*, p. 109. Téngase en cuenta que el monopolio de la ley como única fuente creadora o agravadora de la responsabilidad criminal cesa cuando se trata de eximirla o atenuarla, admitiendo, por ej. la analogía favorable al reo, cfr. *Muñoz Conde*, Introducción, p. 90 s., 150 ss. También debe tenerse en cuenta que lo que

se entiende por ley es muchas veces más una interpretación dogmática y jurisprudencial que el contenido literal de la ley misma así, por ej., sucede con el problema de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, véase infra, notas 166 y 167.

- (123) Así, por ej., el art. 446 L.E.Crim. impone al testigo la obligación de comunicar los cambios de domicilio al juez, bajo apercibimiento, si no lo hiciere, debe ser castigado con multa. Una regla similar contiene el art. 420 L.E. Crim. para el caso de que el testigo no concurriera al primer llamamiento judicial, pero inmediatamente dice que si persistiere en su resistencia será procesado por el delito de denegación de auxilio y si se resistiere a declarar por el delito de desobediencia grave. También dentro del juicio oral el presidente del Tribunal tiene facultades disciplinarias para conservar o restablecer el orden de las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pero además puede acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquiere durante la sesión (art. 684 L.E.Crim.).
- (124) Cfr. *Rosellen/Metzger-Pregizer*, p. 219; *H.P. Westermann*, J. II 1972, 537 ss.; *Kaiser/Metzger-Pregizer* (edit.); *Vogler*.
- (125) Este tipo de actuaciones se da sobre todo en el ámbito de los delitos patrimoniales, cfr. : *Rössner*, 2 RP 1976, 114 s.; *Feest*, ZStW. 85 (1973), 1442, 1151.
- (126) Cfr. *H. P. Westermann*, J2 1972, 541, *Feest*, ZStW 85 (1973), 115; *Flume*, p. 104 ss., 122 ss.
- (127) Cfr. *Eser*, KKW, 140 ss., esp. 144; el mismo, *Gesellschaftsgerichte*, esp. p. 43 ss.; *Rotter*, esp. p. 463 ss.; *Schroeder*, *Realer Sozialismus*, p. 137 s.
En España tales tribunales vendrían prohibidos por el art. 26 de la Constitución: "Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales".
- (128) El tema ha sido objeto de interminable discusión, cfr. la exposición del estado de la cuestión en *Jescheck*, Tratado, § 7, V.
- (129) Para las infracciones administrativas existe un proceso especial ante los órganos administrativos (§§ 35. ss. OWIG). Contra la imposición de multa por el órgano administrativo cabe un recurso al juzgado de Primera Instancia, y contra la decisión de éste otro de queja a la Audiencia Territorial (cfr. *Jescheck*, Tratado, p. 82).
- (130) Uno de los problemas más importantes es el de la coexistencia de las sanciones administrativas y penales sobre el mismo hecho. Argumentos legales aparte, parece una evidente infracción del *ne bis in idem*, admitir la concurrencia de sanciones, tanto más cuando, como ya se ha dicho, no hay diferencias entre el ilícito penal y administrativo. Por eso, se va imponiendo cada día con mayor contundencia la tesis no sólo la incompatibilidad de ambas sanciones (cfr. S.T.C. 30 enero 1981), sino el sometimiento de la actividad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial (S.T.C. 3 octubre 1983) (una exposición del estado de la cuestión en España, con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales, *Cerezo Mir*, P.G., p. 51 s.)
- (131) Cfr. *Cerezo Mir*, P.G., p. 53 ss.; *Maurach*, Tratado, p. 10 ss. (y la nota de *Cordoba Roda*, p. 14). También sobre el estado actual de la cuestión en el Derecho alemán

Baumann/Weber, A.T. ... § I. 4; *Claussen/Jazen* en, *Intr.* a. 5 a ss.; *Behnzen*, *Int. marg.* 30 ss.; *Stratenwerth*, P.G., p. 26 ss.

- (132) Un paralelismo similar existe con los delitos cometido por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Título VII del libro II del Código penal español), en los que se quiere hacer recaer al centro de la gravedad más en la infracción del deber y de la especial vinculación que une al funcionario con la Administración que en el hecho mismo (críticamente, *Octavio de Toledo*, Prevaricación; *Muñoz Conde*, P.E., p. 700. Sin embargo, esta tesis está muy extendida en la bibliografía alemana, véase bibliografía citada en nota 131).
- (133) Véase bibliografía citada nota 131 y además *H. Arndt*, *DöV* 1966, 810 s. Precisamente, es éste el argumento que se emplea para justificar la posibilidad de imponer conjuntamente penas y sanciones disciplinarias, duplicidad que, como antes veíamos, se niega respecto a las penas y sanciones administrativas en general. Ya en la propia S.T.C. 30 enero 1981 se hace una salvedad al *ne bis in idem* en materia disciplinaria, aunque, como señala *García de Enterría*, p. 247, tal doctrina no es vinculante por no referirse al caso concreto que se plantea (cfr. también *Octavio de Toledo*, Prevaricación, p. 277 ss.; *Muñoz Conde*, P.E. p. 703).
- (134) *Stratenwerth*, P.G., p. 27; *Jakobs*, A.T., 3/20; *Barth*, p. 10 ss.; *Behnke*, *Int. marg.* 150; cfr., por ej., *Dan*, *DUBL* 1968, p. 68 s.
- (135) Así la Jurisprudencia Constitucional alemana (BVerfGE 33, 1; cfr. *Starck*, *JZ* 1972, 360 ss.; *K. Peters*, 1972, 490; *Hassemer ZRP*, 1984, 293 s.; también *Schüler-Springorum*, *Strafvollzug*, p. 59 ss.; y, en general, *Wolff/Bachoff/Stoher*, II., 107, num. marg. 29 ss.); no así la española, cfr. S.T.C. 30 enero 1981, cfr. *Octavio de Toledo*, Prevaricación, p. 1335 ss.
- (136) Esta es una exigencia general tanto en la doctrina alemana (cfr. *Maunz/Dürig*, art. 103 II, num. marg. 116; *Wassermann*, *AK-G.G.* Art. 103 num. marg. 46; *BK-Rüping*, Art. 103, ap. 3, num. marg. 29 ss.), como española (cfr. *García de Enterría*, *Curso*, II, p. 149).
- (137) *Stratenwerth*, P.G., p. 27; *Octavio de Toledo*, Prevaricación, p. 268 ss.
- (138) Así *Baumann/Weber*, A.T. 4 I 4, p. 45; *Stratenwerth*, P.G., p. 27; matizadamente *Jakobs*, A.T., 3/19; *Maurach/Zipf*, A.T./I, § 1 num. marg. 18 s.
- (139) *Stratenwerth*, P.G., p. 27. La idea rectora, aparte del *ne bis in idem* debe ser la de que el Derecho penal no debe ser rebasado en su magnitud por ninguna otra disciplina jurídica y que a los hechos constitutivos de delito no se les apliquen otras sanciones que las penales (cfr. *Muñoz Conde*, *Introducción*, p. 68).
- (140) La expresión "Nebenstrafrecht" (Derecho penal secundario) se encuentra bastante extendida en la doctrina penal alemana para denominar aquella parte del Derecho penal que se encuentra regulada fuera del Código penal, pero ello no quiere decir que sea un Derecho penal menor o de menor importancia que el que regula el Código penal (cfr. *Jescheck*, *Tratado*, § 12).
- (141) Opinión absolutamente dominante tanto en la doctrina alemana, como en la española (cfr., *Cerezo Mir*, P.G.; *Jescheck*, *Tratado*, § 12).
- (142) Véase, por ej., la relación en *Rodríguez Devera*, P.E., p. 1.237 ss.; *Sainz Cantero*, P.G., II, p. 3 ss.; *Cerezo Mir*, P.G., p. 145 ss.; y en relación con la R.F. de Alemania la exposición de *Jescheck*, *Tratado*, p. 149; así como la colección *Erbs/Kohlhuas*.

En España la mayoría de los "Códigos penales" suelen editarse acompañados de las leyes penales especiales más importantes.

- (143) Así *Naucke*, *Strafrecht*, § 4 I. 4, p. 126; *Maurach/Zipf*, *AT/I*, § 8 num. marg. 26.
- (144) En Alemania son clásicos los trabajos de *Goldschmidt* y *Mattes*; Cfr. *Krämpelmann*, *Kunz* (exposición de conjunto en *Jescheck*, *Tratado*, § 7. V; también *Cerezo Mir*, *P.G.*, p. 41 ss.).
- (145) Estos delitos se han ido introduciendo en el Código penal español en los últimos años, aunque han provocado más debate doctrinal que cambios en la praxis (véase *Muñoz Conde*, *P.E.*, p. 166 ss., 7525; con bibliografía). Aun no se ha introducido, sin embargo, el delito o los delitos de abuso informático, ni hay ningún proyecto legal sobre ello (véase *Romeo Casebona*, *Poder informático*)
- (146) Un buen ejemplo de ello es la reciente reforma del Código penal, de 22 de junio de 1989, en la que se han suprimido un buen número de las faltas que había en el libro III.
- (147) *Naucke*, *GA* 1984, 199 ss.
- (148) Una de las consecuencias de la supresión de las faltas del Código penal alemán ha sido precisamente el que por este tipo de hechos se tenga que incoar todo un proceso penal por delito, por lo que se solicita su despenalización (así *Naucke* 51. DJT D 83 ss.; *Zipf*, *Política criminal*, p. 112, *Baumann/Weber*, *A.T.*, § 4 I. 2a, p. 40) o la utilización de procedimientos especiales como el sobreseimiento, cfr. supra nota 105. Una de las ventajas que tiene el mantenimiento de las faltas en estos casos es posibilitar su tratamiento penal menor, pero con todas las garantías materiales y procesales (cfr. *Muñoz Conde*, *La reforma de los delitos patrimoniales*).
- (149) Véase supra, Primera Parte, IV, 3a y Segunda Parte, I.
- (150) Cfr. *E.A. Wolff*, *Abgrenzung*, p. 213. Intentos que van tanto desde la búsqueda de un concepto material de delito, hasta de un concepto crítico de bien jurídico (una exposición de los distintos ensayos en *Cerezo Mir*, *P.G.*, p. 41 ss.).
- (151) cfr. *Kunz*, *Bagatellprinzip*, p. 308 ss.
- (152) En la doctrina alemana se emplea la expresión "Strafvollstreckung" (ejecución de la pena) para designar la ejecución de las penas en general, mientras que se emplea la de "Strafvollzug" para designar concretamente la ejecución de la pena privativa de libertad; pero ésta última se ha autonomizado hasta tal punto de convertirse en una disciplina independiente, el Derecho penitenciario.
- (153) Es la llamada "teoría de las tres columnas", cfr. *Müller-Dietz*, *KKW*, 446, s.; *el mismo*, *Grundfragen*, p. 32 s.; *Jescheck*, *Tratado*, § 3 II.
- (154) Cfr. *Roxin*, *Problemas fundamentales*, p. 20 ss.; *Muñoz Conde*, *Introducción*, p. 36 s.; *Müller-Dietz*, *Grundfragen*, p. 30 ss.; *Kaiser/Kerner/Schöch*, *Strafvollzug*, § 2. I. 2.
- (155) En la R.F. de Alemania la importancia científica del Derecho penitenciario comienza a partir de los trabajos de *Schüler/Springorum*, *Strafvollzug*, esp. p. 1. 15 ss.; *Müller-Dietz*, *Grundfragen*, esp. 80 ss. En España con los trabajos de *García Valdes*, *Bueno Arus*, *Mapelli Caffarena*, *García Garrido*, *De la Cuesta*, entre otros.

- (156) Especialmente la aprobación de leyes penitenciarias, como la alemana en 1976 y la española en 1979, provocaron el surgimiento de una amplia bibliografía que en la R.F. de Alemania ha cuajado ya en importantes Tratados como el de *Kaiser/Kerner/Schöch*, y comentarios a la Ley penitenciaria, como los de *Callies/Müller-Dietz*, existiendo además cátedras e institutos universitarios con especial interés en el tema. En España la Ley general penitenciaria ha provocado también una amplia bibliografía, en la que destacan aparte de las obras generales ya citadas en nota 155 los comentarios de varios autores publicados en dos volúmenes por Edersa, Madrid 1987.
- (157) La realidad penitenciaria actual está, sin embargo, muy lejos de estos principios generales constitucionales e incluso de los más concretos de la Ley General Penitenciaria, cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 87 ss.
- (158) Cfr. *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug, § 4, 4, 2; además *Müller-Dietz*, Strafzwecke, *Callies/Müller-Dietz*, StVollzG, § 2 mun marg. 6 s.
- (159) Por más que se considere que una mayor ampliación de la pena de multa, como alternativa a la prisión y ajustada a los ingresos del condenado, puede servir a una configuración más humana y justa del sistema de sanciones, la verdad es que siempre queda el problema de la prisión sustitutiva en caso de impago de la multa que naturalmente perjudica al más pobre. Tampoco la configuración del proceso penal y las elevadas costas procesales ayudan mucho a los derechos de las clases más necesitadas económicamente cuando se ven implicadas en un proceso penal, por más que para estos casos esté previsto el beneficio de pobreza y la defensa gratuita que obviamente no sirven de gran ayuda, ni pueden eliminar las desigualdades sociales.
- (160) La preocupación por los problemas penales y sociales del condenado es más patente en Derecho penitenciario que en las demás ramas del Derecho penal (cfr. por ej. art. 26, 36, 55, 59 ss. y el título IV (asistencia penitenciaria) de la Ley General Penitenciaria española. Si bien, como con razón advierten *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug, § 1, 2.1, no se puede dar siempre primacía a este aspecto social del Derecho penitenciario. Sin embargo, el mismo mandato constitucional de "reeducación y reinserción social" obliga y no sólo recomienda la ayuda al recluso. No hay, en cambio, un mandato similar en el Código penal o en la Ley de Enjuiciamiento criminal; cfr. también *Feest*, AK-StVollzG, marg. 3 ss.; *Callies/Müller-Dietz*, Int. marg. 30 ss.; *Best* en *Schwind/Böhm* (edit.), StVollzG, antes § 71, 1.
- (161) *Ellscheid/Hussemmer*, p. 271 s., 276 ss., 281 ss.
- (162) Propuesta en su día por *Von List*, Zweckgedanke, en el llamado programa de Marburgo; *el mismo*, ZStW 20 (1900), p. 161 ss.; cfr. además los trabajos sobre Listz publicados en el número 81 (1969) de la ZStW, por *Roxin*, *Sieverts*, *Bockelmann*, *Maihofer*, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*; *Leferenz* 93 (1981), 199 ss.; *Müller-Dietz*, 94 (1982), 599 ss., esp. 615 ss.; *Schöch*, ZStW 94 (1982), 864 ss.; *Ostendorf*, *Frommel*, KB 1984, cuad. 42, 1 ss.; 36 ss. En la doctrina española *Muñoz Conde*, Introducción p. 131 ss. El artículo de *Roxin*, está también recogido en la edición española de Problemas fundamentales, p. 37 ss.
- (163) Cfr. al respecto *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, p. 9 ss.

- (164) Sobre la relación entre estructura y funcionalidad del sistema *Luhmann*, Rechtssoziologie 1, p. 6 s. 17; *el mismo* Argumentationen, p. 308 ss.; *el mismo*, Sinn, p. 61 ss.
- (165) Como se puede ver en cualquier exposición histórica o comparada del Derecho penal. Existe además una clasificación científica o sistemática que viene expuesta en cualquier Manual o Tratado de la disciplina.
- (166) Dice el § 13 del Código penal alemán: 1. "Quien omite impedir el resultado del supuesto de hecho de una ley penal, sólo podrá ser castigado conforme a esa ley si tiene la obligación jurídica de evitar la producción de ese resultado y si la omisión equivale a la realización del supuesto de hecho legal por un hacer positivo. 2. La pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, 1"
- (167) Esta solución había sido discutida por la doctrina alemana antes de la introducción del § 13, considerándola incluso objetable desde el punto de vista del principio de legalidad (*H. Meyer*, AT, p. 119; *Armin Kaufmann*, p. 255, 261, 280 s.; *Grünwald*, ZStW 70 (1958), 413, 417 s.
- (168) La situación en la doctrina española es similar a la alemana antes de la introducción del § 13, aunque tampoco la introducción de una cláusula tan genérica como ésta resolvería todos los problemas que, desde el punto de vista del principio de legalidad, plantea la figura de la comisión por omisión, por eso, un sector doctrinal reclama incluso la creación de tipos específicos que recojan en los delitos en los que se plantean mas problemas, la figura de la comisión por omisión (así, por ej. *Huerta Tocildo*).
- (169) *Schur*, Crimes: *Schur/Bedan*; también *Kaiser*, Kriminologie (TB), p. 65, 111, 225; *Lautmann*, Zwang, p. 82 ss, 98 ss.
- (170) Sobre el estado de la cuestión *Jeschek*, Tratado, § 26 II, 1 a; *Diez Ripolles*, Delitos cualificados por el resultado.
- (171) Cfr. *Hruschka*, GA 1968 200 ss.
- (172) Cfr. *Mir Puig*, P.G., p. 165.
- (173) En la doctrina española *Barbero Santos*, ADP, 1973, p. 489. En general, *Mir Puig*, P.G., p. 170 ss.
- (174) Habría que exigir en estos delitos por lo menos una peligrosidad previa o *ex ante* de la acción en si misma, aunque en el caso concreto no resultara un peligro próximo del bien jurídico, así *Mir Puig*, P. G., p. 171.
- (175) Con mas detalles *Hassemer*, Fundamentos, p. 278.
- (176) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos, Volk Prozessvoraussetzungen, p. 223 s.; *Zipf*, GA 1969, 241 ss.; *Maiwald*, GA 1970, 37 ss.
- (177) *Hassemer*, Verbrechensopfer, p. 233 s.
- (178) Un buen ejemplo de ello puede ser la exigencia de previa denuncia de la persona ofendida en delitos sexuales que, como el de violación, tienen una pena grave cuya imposición podía hacerse depender del perdón del ofendido. La reforma del Código penal español en 1983 suprimió esta posibilidad en el delito de violación, pero se sigue manteniendo en los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto.
- (179) *Zweckgedanke*, p. 23 ss.

- (180) Teoría dominante incluso entre quienes consideran la pena como pura retribución, véase por ej. *Jescheck*, Tratado, § 2 II, 8 II.; *Cerezo Mir*, P.G. p. 26 ss.; *Mir Puig*, P.G., p. 54 ss.
- (181) *Achter*; esp. p. 10 ss.
- (182) Cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 69 ss.
- (183) Cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 58 ss.
- (184) Por ej. por *Jescheck*, Tratado, p. 113.
- (185) Sobre el catálogo de penas en el Código penal español, *Landrove Díaz*, p. 26 ss.
- (186) Una buena información en cualquier Manual o Tratado reciente de la materia, véase, por ej. *Jescheck*, Tratado, § 8 I-V; *Cerezo Mir*, P.G., p. 22, respectivamente con información bibliográfica.
- (187) Una clara y resumida exposición de estas teorías en *Roxin*, Iniciación, p. 36; *el mismo*, Introducción, p. 52 ss.
- (188) A parte de las referencias habituales en las obras generales puede verse: sobre *Kant* *Naucke*, Kant, esp. p. 57 ss.; sobre *Hegel*, *Seelmann*, JuS 1979, 687 ss.; *Herzog*, p. 57 ss.; 75 ss.; *Flechtheim*; *Schild*, Aktualität; *el mismo*, SchwStr. 99 (1982), p. 364 ss.; *Mayer*, Kant, Hegel.
- (189) *Metaphysik der Sitten*, Parte II, 1, Sección E, p. 455.
- (190) *Philosophie des Rechts*, § 97, adición.
- (191) De la misma opinión *Klug*, Kant und Hegel, p. 154; *el mismo*; *Phänomenologische Aspekte* exp. p. 231 ss; *Noll*, Strafe, p. 6.
- (192) *Lug*, cit.
- (193) *Lug*, cit.
- (194) Cfr. *Hassemer*, Strafziele, p. 59 s.
- (195) Es el llamado "neoclasicismo" norteamericano y escandinavo, cfr. *Herzog*, p. 153 s.; *V. Hirsch*, Doing Justice; *el mismo* Past or Future Crimes; *Antilla*; ZStW 95 (1983), p. 739 ss; con posturas mas o menos diferenciadas respecto al idealismo alemán cfr. los diferentes trabajos de *Löffmarck*, *Jareboerg* y *Thornudson*, en *Eser / Cormils* (edit.)
- (196) *Hassemer*, Strafziele, p. 49 ss.; *Neumann / Schroth*, p. 12 s;
- (197) También *Von List*, Zweckgedanke, p. 23, nota 69, hablaba del "fortalecimiento de los motivos sociales" como un "efecto reflejo" de la pena.
- (198) Sobre esta orientación *Muñoz Conde*, El error, p. 123 ss; *Hassemer*, Fundamentos, p. 34 ss.; de un modo general *Habermass*, Legitimation probleme, esp. p. 61 ss.; 96.; en relación con la pena en particular, *Müller-Dietz*, Strafbegriff, exp. p. 11 s., 109 ss.; 125 ss.; *Schmidhäuser*, Siun, p. 74 ss.; *Noll*, Strafe, p. 20 s.; *Neumann / Schroth*, 2. 1. 2. 2.; *Hassemer*, Strafziele, p. 51 ss.
- (199) Una exposición de las mismas, en la doctrina española, *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto, p. 220 ss.; *Quintero Olivares*, P.G. p., 121 ss.; *Bustos Ramírez*, Control social, p. 53 y 22.; *Cerezo Mir*, P.G. p. 22 ss.; en la doctrina alemana, aparte de las obras generales; *Brunn*, p. 94 ss.; 97 ss.; *P.A. Albrecht*, ZStW 97 (1985), 831 ss.; *L.K.-G. Hirsch*, antes del § 46, marg. 8 s., 12, 24 s. marg. 10 s., 24 s.; *Müller-Dietz*, Mord; *Hoerster*, GA 1970, 272 ss.; *Vanberg*,

- (200) *Grimani* (38), *P.A. Albrecht*, y *Jürgen Schmidt* (83, en *KritV* 1986; además *H. Otto*, esp. p. 21 ss.; 166 ss.; *Steffen*, *Professionalisierung*; *H. Schäfer*, GA 1986, 49 ss.; además sobre la penetración de las ideas preventivas en el control social general *Schwind* /*Berckhauer*/Steinhilpe (edit.): *Piven*/Cloward/*Rodel Guldinmann*, esp. p. 38 ss.
- (201) Véase, además de la abundante bibliografía que se ofrece en las obras de Derecho penitenciario, *Muñoz Conde*, *Control social*, p. 87 (con ulteriores indicaciones bibliográficas).
- (202) Sobre los problemas metodológicos de tales investigaciones *Kury* (edit.), *Methodische Probleme*, *Lange* ZfS 12 (1983), p. 253 ss.; algunas breves referencias también en *Kury*, *KKW*, 53 ss.; *Kaiser* *KKW*, 92 ss.; *Eisenberg*, *Kriminologie* § 42 II; sobre los efectos del sistema penitenciario *Hartung*; además *Kaiser* /*Kerner* /*Schöch*, *Strafvollzug* (TB), p. 450 ss.; *Dunkel*; *Ortmann*; *Kury* (edit.), *Prognose*.
- (203) Cfr., por ej.: *V. Hirsch*, *Doing justice*, p. 11 ss.; el mismo, *Past or Future Crimes*, además *Jareborg* v. *Hirsch*, p. 38 nota 2; cfr. *Christie*, *KrimJ* 1983, 14 ss.; *Weigend*, *ZStW* 94 (1982), 801 ss.
- (204) Bajo el lema "nada funciona" se han ido introduciendo estas ideas neoretribucionistas que, de algún modo, vienen a sustituir las anteriores expectativas puestas en el tratamiento (véase infra Excurso I), cfr. *Martinson*, *The Public Interest*, Spring 1974; *Lipton* /*Martinson* /*Wilks*. Una información de estas teorías en la bibliografía alemana ofrecen *Blau*, GA 1976, 33 ss.; *Jescheck*, *ZStW* 91 (1979), 1038 ss.; *H. J. Otto*, p. 5 ss. (también *Jescheck*, *Tratado*, § 70 II).
- (205) Cfr. *Hassemer*, *KrimJ* 1982, 162; *P.A. Albrecht*, *KritV* 1986, 74 ss., e infra: Excurso.
- (206) *Haffke*, *Sozialtherapie*; el mismo, *MSchrCrim* 58, 1975: 246 ss.; sobre ello *Stratenwerth*, *Sozialtherapie*; *Müller-Dietz*, *Grundfragen*, p. 124; *Kaiser* /*Kerner* /*Schöch* /*Stratvollzug*, (TB); p. 78 ss.; *Hassemer*, *Fundamentos*, § 26 III, 3; *Muñoz Conde*, *La resocialización*.
- (207) Cfr. *Schur*, *Non-Intervention*, *Blau*, GA, 1976, 33 ss.; *Isola*, *RUP*, 1978, 35 ss.; *Jescheck*, *Tratado*, § 70 II; *Hassemer*, *Fundamentos*, § 26 III 4 c.
- (208) Véase infra Excurso.
- (209) La discusión sobre el llamado "Abolicionismo" es cada vez mas intensa, cfr. *Mathiesen*; *Christie* *Limits*; *Sack*, *KKW*, 357, *Müller-Dietz*, *Grundfragen*, p. 259 ss.; *K.F. Schumann* *KrimJ*, 1985, 19 ss.; *Smaus*, *KrimJ* 1986 I ss.; *Kaiser*, *Abolitionismus*; *Hulsmann* /*Bérnat de Celis*.
- (210) Cfr. *Noll*, *Strafe*, esp. p. 16 s., 25 ss.; *Haffke*, *Sozialtherapie*, p. 301 s.; *Stratenwerth* *Sozialtherapie*, p. 921; *Kaiser* /*Kerner* /*Schöch*, *Strafvollzug* (TB), p. 97 s., 921; *Schultz*, *Krise*, p. 796 s.; *Schreiber*, *ZStW* 94 (1982), p. 296 s.; *Feest*, *AK-St Vollz.*, antes del § 2, marg. 3 ss.
- (211) *H.J. Otto*, p. 5 ss.; *Jescheck*, *ZStW* 91 (1979) 1039 s.; *Schreiber*, *ZStW* 94 (1982), 297; *W. Hassemer*, *Generalprävention*, p. 34 s.; con reservas *Weigend*, *ZStW* 94 (1982) 808 ss.
- (212) Cfr. *Badura*, *JZ* 1964, 337 ss.; *Naucke*, *Generalprävention*, p. 21 ss.; *Köhler*, *Strafe* p. 69 ss.; *E.A. Wolf*, *ZStW* 97 (1985), 786 ss.; *Roxin*, *Problemas fundamentales*,

- p. 18 ss.; *Neumann/Schrott*, p. 38 s.; *Schmidhäuser* Sinn, p. 54 ss.; *Hoerster*, GA 1970, 279; *Ostendorf*, ZRP 1976, 283 s.; *Vanberg*, p. 8.
- (213) Cfr. *Hassemer*, Generalprävention, p. 42 ss.; *Stratenwerth*, p. 6, p. 16; *Eisenberg*, Kriminologie, § 41; *Kaiser*, Verkehrsdelinquenz, p. 339 ss., 351 ss.; *Schöch*, Strafrumessungspraxis, p. 86 ss., 96 s., 197 ss.; H.J. *Albrecht/Dunmuel/Spieß*, MschrKrim 64 (1981), 310 ss.; 1.326; *Köberer*, MschrKrim 65 (1982), 200 ss.; *Müller-Dietz*, Mord, esp. 98 ss., 110 ss.; cfr. *Vanberg*, p. 22 ss.
- (214) Cfr. *Smaus*, Strafrecht, p. 39 ss., 140 ss.; *Dölling*, Strafeinschätzungen; *el mismo*, Rechtsgefühl.
- (215) Cfr. los ejemplos de *Lüderssen*, Erfahrung, p. 167 ss.; *Möllers-Oberück*, Soziale Welt 26 (1975), 118 ss.
- (216) Cfr. los ejemplos de *laferkamp*, Kriminelle Karrieren, esp. p. 260 ss., 368 ss., 405 ss., 462 ss.
- (217) Cfr. *Bailey/Lott*, J Crim 67 (1976), 101 s.; *Dölling*, Strafeinschätzungen.
- (218) Lo que generalmente es rechazado por la doctrina alemana, cfr. *Roxin*, Culpabilidad, y prevención, *passim*; *Hassemer*, Generalprävention p. 38 ss.; *Köhler*, Strarechtsbegründung, esp. p. 47 ss. También la doctrina española se pronuncia en contra de la agravación de la pena en la instancia judicial por razones de prevención general intimidatoria, cfr. *García Arán*, *Luzón Peña*, *Medición*; *Gómez Benítez*; *Quintero Olivares*, etc.
En la reforma de 1983 fue suprimido el art. 511 del Código Penal que permitía al Tribunal agravar las penas del robo, "teniendo en cuenta la alarma producida".
- (219) Así las sentencias del Tribunal Federal de la R. F. de Alemania: BGHSt. 20, 264, 267, 28, 318, 326. TBGH, NStZ 1982, 112, con nota crítica de *Wolfsst.*
- (220) Dominantes tanto en la doctrina jurisprudencia alemanas, como españolas, cfr. respectivamente *Jescheck*, Tratado, § 8, V; *Cerezo Mir*, P.G., p. 24 ss. (con ulterior bibliografía y jurisprudencia).
- (221) Aparte de las exposiciones generales y las citadas en nota 220, cfr. en particular *Roxin*, Problemas fundamentales, p. 12 ss.; *Hassemer*, Fundamentos, p. 350.
- (222) Cfr. *Jescheck*, Tratado, § 8, V; *Cerezo Mir*, p. 6, p. 26.
- (223) Tal contradicción es la principal crítica que se dirige contra quienes como *Roxin*, ven en la culpabilidad un límite, pero no un fundamento de la pena (críticamente frente a esta posición *Muñoz Conde*, Culpabilidad; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, 201 s.).
- (224) Cfr. BGHSt 24, 40 (44 ss.); 24, 64 (66); BVerfGE 45, 187 (253 ss.), véase *Jescheck*, Tratado, 1220.
- (225) Para más detalles *Noll*, Schuld, p. 227; *Lüderssen*, Generalpräventive Funktion; *el mismo*, Freiheitsbegriff, esp. p. 75 ss., 88 ss.
- (226) Cfr. *Hassemer*, Strafziele, p. 57 ss.; *el mismo*, Fundamentos, § 27, II, III; en el mismo sentido *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 40 ss.; *Neumann/Schrott*, p. 34, 101 ss.; *Schöch*, Empirische Grundlagen, p. 1.083 s.
- (227) Cfr. *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 41; *el mismo*, Integrationsprävention, p. 817 ss.; *Lackner*, § 46, Nota 3 c bb.

- (228) La tesis del Derecho penal como un derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible con un modelo de sociedad basado en la desigualdad. Precisamente, el gran hallazgo de la nueva Criminología y de los planteamientos del "labeling" consistente en haber puesto de relieve la contradicción existente entre un Derecho penal presuntamente igualitario y una sociedad profundamente desigual.
- La teoría de la prevención general integradora pretende eliminar el carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo del Derecho penal, sustituyéndolo por un entramado técnico en el que la desviación y el conflicto social se califican como simple "complejidad que hay que reducir", solucionando el conflicto allí donde se manifiesta, pero no donde se produce. Por todo esto, la teoría preventiva general integradora puede cumplir una función ideológica en el peor sentido de la palabra: racionalizar la realidad, al margen de la realidad misma, y tener además, unos efectos que parecen discutibles:
- Por un lado, justificar al Derecho penal intrasistémicamente, legitimando y reproduciendo un sistema social que en ningún caso es cuestionado.
- Por otro, buscar, en última instancia, un consenso de mayorías que, como la experiencia histórica demuestra, puede desembocar en un claro proceso de facitización social, en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina terrible que es el Leviathan estatal; para más detalles cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 41 ss.; también *Baratta*, Integración; *Luzón Peña*, Psicoanálisis.
- (229) Expresión frecuentemente utilizada por la jurisprudencia alemana (cfr. BGHSt 24, 40 (44); BGHSt 24, 64 (66); BVerfGE 45, 187 (256), BGH GA 1976, 113 (114).
- (230) Así *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 1 B II.
- (231) Cfr. *Herzog*, p. 48 ss., 52 ss.
- (232) Aunque existen ya algunas investigaciones empíricas en *Schöch*, Empirische Grundlagen, esp. p. 1.082 ss.; *Döllens* Strafeinschätzungen: *H.J. Albrecht*, Generalpräventive Effizienz, esp. p. 305. 320 ss.
- (233) Cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 53, 55 ss.; 72 ss.
- (234) En este sentido la doctrina dominante tanto en Alemania (cfr. *Schönke/Schöderl/Strée*, antes de los § § 61 ss., marg. 1 como en España (cfr. *Cerezo Mir*, p. 6, p. 34).
- (235) Cfr. *Roxin*, Introducción, II 4 a; *Strée*, Delikstfolgen, p. 217 ss.
- (236) Así *Welzel*, Derecho penal, p. 360.
- (237) Que también deben estar inspiradas en los principios de proporcionalidad y garantista de los derechos individuales del afectado por ellas, cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 76 ss.; y art. 200 ss. Código civil español.
- (238) Una exposición consecuente con el relativismo de la distinción entre penas penas y medidas y, en todo caso, limitándola excesiva extensión de estas en *Muñoz Conde*, Control social, p. 72 ss., en base a la regulación de las medidas en la Propuesta de Anteproyecto (Título IV, Libro II) (versión alemana en: *Hussemer*, Strafrechtspolitik).
- (239) Así, por ej., en casi todos los manuales, tratados y comentarios alemanes se sigue fielmente las tesis dualistas, si bien con algunas limitaciones procedentes del sistema vicarial acogido en el Código penal alemán (cfr. *Jescheck*, Tratado, § 9, 1).

En la doctrina española existe unanimidad en criticar la Ley de Peligrosidad social, pero se acoge, con cierta resignación, el dualismo entre penas y medidas de seguridad posdelictuales (cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 51 ss., quien decididamente propugna, p. 77 ss., un sistema unificador de ambas).

- (240) Doctrina dominante, tanto en la R.F. de Alemania, como en España, aunque en este país la Ley de Peligrosidad social, aún formalmente vigente, supone una derogación de este principio (cfr. *Muñoz Conde*, Control social, p. 53 ss.).
- (241) Cfr. *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 71 s. *Bockelmann*, AT, p. 9, 279; *Jakobs*, AT 1/153.
- (242) Dice así: "En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior el juez o tribunal podrán imponer además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá acceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el periodo de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento"
- (243) Cfr. *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 77; LK. *Hanack*, § 66 marg. 18, 22, 182; *Brandt/Seibert*, AK-StVollrG antes del § 129, marg. 5 s.; § 130, marg. 1.
- (244) En esta línea *Ellscheid/Hassemer*; *Baurman*, esp. p. 287 ss.; *Kargl*, esp. p. 195 ss.; *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 10 ss. 15 ss. En España: *Muñoz Conde*, Control social, p. 62 ss.
- (245) De esta opinión la doctrina dominante, tanto en la R.F. de Alemania, como en España, que sigue aferrada al dualismo: culpabilidad-peligrosidad; pena-medida (para mas detalles, *Muñoz Conde*, Control social, p. 51 ss.).
- (246) Cfr. art. 9, 1ª, 2 (texto en nota 242). Sobre el sistema vicarial en la R.F. de Alemania, aparte de los Tratados y obras generales, cfr. *Marquardt*, Vikariieren, esp. p. 32 ss.; en España, *Muñoz Conde*, Control social, p. 71.
- (247) De esta opinión en la R.F. de Alemania *Naucke*, Strafrecht 3 II, 4; en España *Muñoz Conde*, Control social, p. 59 ss.
- (248) Esta idea se plasma sobre todo en la Ley penitenciaria y en su reglamento, desde el momento en que tanto en una como en otra regulación (cfr. arts. 1 y 1,1 respectivamente) se asigna a las instituciones penitenciarias "como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad", cumpliendo así literalmente el mandato constitucional contenido en el art. 25, 2. De esta opinión es también la doctrina penitenciarista alemana, cfr. *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 101 ss., 170 ss., *Schüler-Springorum*, Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz, esp. p. 887 ss.; cfr. *Heinitz*, Individualisierung, esp. p. 8 ss.
- (249) Idea plasmada perfectamente en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983, arts. 81, 95, 96 y 97 (cfr. un comentario a estos preceptos en *Muñoz Conde*, Control social, p. 74 ss.)
- (250) La orientación a las consecuencias debe ser también tenida en cuenta en el ámbito de las consecuencias jurídicas, sobre todo si se pretende con ellas incidir en la vida

futura del delincuente, cfr. *Hassemer*, Berücksichtigung der Folgen, esp. p. 518 ss. También *Frisch*, Prognoseentscheidungen, esp. p. 49 ss.; *Müller-Dietz*, Grundfragen, p. 78 ss.; *LK-Hanack*, antes 61, marg. 101 ss.; *LK-Horstkotte*, §67 c, marg. 48 ss.; *SK-Horn*, § 61, marg. 7 ss.; *Krainz*, MSchrKrim 67 (1984), 297 ss.

- (251) Doctrina demandante tanto en la R. F. Alemania, como en España, si bien con algunas discrepancias respecto a la posibilidad de aplicación del principio de irretroactividad en el ámbito de las medidas (cfr., por ej. *Jescheck*, Tratado, § 186, nota 35).
- (252) Acuerdo casi unánime en la doctrina penal cada vez más convencida del efecto desocializador de la privación de libertad: sobre los distintos modelos de alternativas a la prisión, cfr. *De Sola-García Arán-Hormazabal*; *Jescheck*, Tres conferencias, p. 14 ss.
- (253) En la doctrina alemana más moderna se propone como una tercera vía la reparación del daño y la indemnización a la víctima, así, por ej., *Roxin*, Wiedergutmachung; *Frehsee*, KrimJ 1986, 105 ss.; el mismo, Schadenswiedergutmachung, esp. p. 87, 120 s., 193 ss.; *A Kühn/Rössner*, 2 RP 1987, 267 ss. En el Código penal español la responsabilidad civil derivada del delito ha sido objeto siempre de regulación específica, admitiendo, además, la LECrim, el ejercicio conjunto de las acciones civil y penal en el proceso penal.
- (254) Sobre todo en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, construyendo así un sistema mas humano y digno, lejos de las fantasmagorias del tratamiento penitenciario, cfr. supra lo dicho en el correspondiente excurso. Ejemplar en esto el Proyecto alternativo alemán de ejecución penitenciaria (AE-StVollzG, esp p. 57 ss., 139 ss. 185 ss.); cfr. también *Mapelli*, Principios; *Feest*, AK-StVollzG, antes § 2, marg. 18 ss.
- (255) Cfr. los trabajos de *Arthur Kaufmann*: Naturrecht, esp. p. 17 ss.; Ontologische Struktur, p. 117 ss.; Geschichtlichkeit y *Ellscheid*.
- (256) Cfr. sobre esta evolución *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte, p. 107 ss.; *Coing*, p. 59 ss.; *Naucke*, Grundbegriffe p. 124; 121 ss.; *Lüderssen*, Positivismus, esp. p. 292 s.; *Muñoz Conde*, Introducción p. 109.
- (257) Tesis patrocinada principalmente por *Stammler*, cfr. *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte, p. 72.
- (258) Cfr. *Stratenvert*, Naturaleza; *Radbruch* Natur der Sache; *Ballweg*; *Garnn*, ARSP LXVIII (1982), 60 ss.; *Welzel*, Naturrecht, p. 334 ss.; también *Schambeck*, y en relación con el principio de culpabilidad *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip, p. 20 ss., 24 ss, 28 ss.
En la doctrina penal española, cfr. *Cerezo Mir*, Problemas, p. 39 ss.
- (259) Cfr. *M.E. Mayer*, esp. p. 15 ss.; *Maihofer* ARSP, XLIV (1958), 160 ss.
- (260) Este es el mensaje de la "hermeneutica jurídica" cfr. *Schrott*, p. 282 ss.
- (261) Que se observa no sólo en evoluciones operadas a lo largo de siglos, tal como exponen en las obras ya clásicas de Historia del Derecho, cfr. por ej. *Eb. Schmidt*, Einführung § § 152 ss., 203 ss. (207); *Rüping*, Grundriss, p. 54 ss., y *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, p. 265 ss. (esp p. 266, nota 72); sino en evoluciones operadas a mas corto plazo, como, por ej. en la transición española de un régimen dictatorial (1939-75) a uno democrático (a partir sobre todo de 1977), o en

cualquier otro momento histórico de cambio, como la Revolución Francesa o la rusa (sobre el Derecho penal de la transición a la democracia en España, véase, por ej., *Muñoz Conde*, Reformas penales; *Barbero Santos*, Política; sobre el Derecho penal del Antiguo Régimen, véase *Tomás y Valiente*). Interesantes son también para demostrar este cambio los trabajos sobre concretos grupos de delitos, como los religiosos (cfr. *Hassemer*, Religionsdelikte, p. 239 ss.), o sobre hechos, como la brujería, que en épocas pasadas fueron considerados como delitos muy graves (cfr. *Lüderssen*, Kriminologie, marg. 104 ss.; *Th. Würtemberger*, geistige Situation, p. 31 ss., 77, 100 ss. 123 ss. 138 ss.). Véase también *Moccia*, GA. 1983, 533 s.

- (262) Cfr. *Hassemer*, Fundamentos.
- (263) Cfr. *Naucke*, Begründung des Strafrechts; también *Bustos Ramírez*, Control social p. 53 ss.
- (264) Cfr. *Schroeder*, Notwehr
- (265) Especialmente demostrativo de ello es la historia de la Codificación penal ya que cada época o régimen político ha tenido su propio Código penal, así en la codificación española desde el Código penal de 1822, producto del régimen liberal, hasta el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 que, aunque no han cuajado en nuevos Códigos penales, reflejan claramente la nueva actitud frente al problema penal de una concepción democrática del Estado (cfr. *Barbero Santos*, Política). También en Alemania, aunque en menor grado, se han visto reflejadas las distintas concepciones políticas en diversas reformas y Proyectos de Código penal, desde el de 1871 (cfr. *Jescheck*, Tres conferencias, p. 43 ss.).
- (266) Cfr. al respecto, *Hassemer* (edit), Strafrechtspolitik.
- (267) Cfr. *Hir*, Mittelalter § 2 s., 15 s.; *Eh Schmidt*, Einführung, § 7 s., 34, 40 ss. 53 ss.
- (268) Cfr. *Wesel*, Aufklärungen, p. 142 ss (154) en el mismo sentido *Habermass*, Einleitung, ppp. 28; el mismo, Theorie, tomo 2, p. 522 s. quien habla de "colonización del mundo vital".
- (269) Cfr. *Mayer-Maly*, p. 79 ss. passim; *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 68 s.; *Simitis*, p. ss; *Heldrich*.
- (270) *Noll*, Gesetzgebungslehre, p. 255 ss.; *Karpen*, 2 G 1986, 30 s.; *Hill*, p. 119 s.
- (271) Es especialmente relevante en las reformas que se han venido produciendo desde 1976 para adaptar el viejo Código penal español procedente en sus líneas generales de 1870, a la nueva realidad española. Las reformas puramente coyunturales y a veces necesariamente precipitadas, sobre todo las que se refieren a la Parte Especial han deteriorado aun más las pautas maestras del Código penal y han producido discordancias valorativas importantes, difíciles de resolver en el plano interpretativo (véase, por ej., las relaciones entre asesinato y parricidio, las detenciones ilegales cualificadas y el robo con secuestro: información en *Muñoz Conde*, P. E. p. 52 s., 237 s.). En relación con la R. F. de Alemania véase *Naucke*, Generalklausen, p. 3 ss.
- (272) *Naucke*, ob. u. cit.

- (289) Cfr. *Neumann/Schrott*, p. 122 s.; *Amelung*, Rechtsgüterschutz; *Roxin*, Política criminal; el mismo, Culpabilidad y prevención; *Jakobs*, Schuld; *Stratenwerth*, El futuro; *Hassemer*, Berücksichtigung der Folgen, p. 506 ss. 522 ss.
- (290) Como sucede por ej., en el ámbito del tráfico de drogas; cfr., sobre la regulación española, *Diez Ripollés*, Tráfico de drogas; sobre la alemana *Scheerer* KJ 1982, 229 ss.; *Hassemer* Poder y Control. Similares problemas se plantean en la R.F. de Alemania en relación con la introducción en el proceso penal de la figura del "testigo de la corona" (cfr. *Dencker*, KJ 1987, 36 ss., 41 ss; *Hassemer*, StrVert 1986, 550 ss.), y con la política a seguir respecto a las infracciones por SIDA, cfr. *Herzog/Nestler*, StrVert. 1987, 360 ss.
- (291) Ejemplo de ello puede ser la reciente reforma del Código penal español en materia de violación, ampliando su ámbito típico no sólo al "coito anual" sino al "bucal" y aumentando la gravedad de las penas gresiones sexuales utilizando procedimientos o medios brutales, degradantes o vejatorios (cfr. la nueva redacción de los arts. 429 y 430, tras la reforma de 22 junio 1989). Otro ejemplo es la regulación del terrorismo tanto en sus aspectos jurídicomateriales, como procesales, cfr. *Terradillos Basoco*, Terrorismo. Sobre el problema de la "legislación simbólica" en general *Neumann/Schrott*, p. 115; *Hassemer*, Poder y Control.
- (292) Como sucede, por ej., con la reforma del Código penal español en materia de drogas de 1988 que introdujo el art. 344 bis. e), previendo el comiso de las ganancias obtenidas "cualesquiera que sean las transformaciones que hubiesen podido experimentar" (cfr. *Muñoz Conde*, P. E. p. 462).
- (293) Cfr. Real Decreto L. 1.311/1988 de 25 de octubre sobre indemnizaciones a víctimas del terrorismo. En la R.F. de Alemania existe una ley de protección a la víctima de 18. 12. 1986; cfr. *B. Schünemann*, NSiZ, 1986, 193 ss. 439 ss.; *Kempf*, StrVert 1987, 215 ss.
- (294) Cfr. *R. Hassemer*, esp. p. 72 ss., 113 ss. *Amelung*, GA 1977, 1 ss.; *B. Schünemann* Bemerkungen; *Neumann*, Stellung, p. 227.
- (295) Cfr. *Jung*, ZStW 93 (1981), 1, 147 ss.; *Weigend*, ZStW 96 (1984), 761 ss.; esp. 781 ss. *Neumann*, Stellung, p. 241 ss.
- (296) *Hassemer*, Verbrechensoffer, p. 234 s.
- (297) Cfr. *Naucke*, Generalklausen, p. 3 ss. Un ejemplo característico puede ser la configuración de la acción típica en el art. 344 del Código penal español "o de otro modo".
- (298) Cfr. *Naucke*, GA 1984, 199 ss.
- (299) Un buen ejemplo de esta "dejação de poder" en manos del juez puede ser además del art. 344 con la expresión "o de otro modo", la agravación del tráfico de drogas cuando éstas sean de "notoria importancia" en el art. 344 bis a), 3º del Código penal español.

INDICE DE ABREVIATURAS

ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AE	Proyecto Alternativo de Código penal.
ARSP	"Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie".
AT	Parte General.
BGB	Código civil.
BGBI	"Boletín Oficial Federal".
BGH	Tribunal Supremo Federal.
BGHSt	Sentencias del BGH.
BKA	Oficina Federal de Investigación Criminal.
BRAO	Estatuto de la Abogacía.
BT	Parte Especial.
BtMG	Ley de Estupefacientes.
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal.
BVerfGE	Sentencias del BVerfG.
CEDH	Convención Europea de Derechos del Hombre.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
DJT	Jornadas de los Juristas alemanes.
E 1930	Proyecto de Código penal alemán de 1930 (Proyecto Kahl).
E 1962	Proyecto de Código penal alemán de 1962.
EGStGB	Ley de introducción del Código penal.
G	Ley.
GA	"Goldammer's Archiv für Strafrecht".
GG	Ley Fundamental (Constitución).
GS	"Der Gerichtssaal".
GVG	Ley Orgánica de los Tribunales.
JA	"Juristischer Arbeitsblätter".
JAVollzO	Ley de ejecución del arresto de menores.
JGG	Ley de Tribunales tutelares de menores.
JR	"Juristische Rundschau".
JuS	"Juristische Schulung".
JW	"Juristische Wochenschrift".
JZ	"Juristenzeitung".
KJ	"Kritische Justiz".
KrimJourn	"Kriminologisches Journal".
KZfSS	"Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialphilosophie".
LECrim	Ley de Enjuiciamiento criminal (española).
LG	Audiencia del Land.

MDR	“Monatsschrift für Deutsches Recht”.
MSchrKrim	“Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform”.
NJW	“Neue Juristische Wochenschrift”.
PE	Parte Especial.
PG	Parte General.
RG	Tribunal Supremo del Reich.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
RFDUC	Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
RGBI	Boletín Oficial del Reich.
RuP	“Recht und Politik”.
SK	Systematischer Kommentar.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (español).
StGB	Código penal alemán.
StPO	Ley de Enjuiciamiento criminal (alemana).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (español).
StVG	Código de la Circulación.
StVollzG	Ley de ejecución de penas (Ley penitenciaria alemana).
UVollzO	Ley sobre la prisión provisional.
ZRP	“Zeitschrift für Rechtspolitik”.
ZStW	“Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”.

BIBLIOGRAFIA

- Absprache* im Strafprozess - ein Handel mit der Gerechtigkeit?, edit. por Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, 1987.
- Achenbach*: Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemnan, B.* (edit) S. 135.
- Achter*: Die Gubuert der Strafe, 1951.
- AE Alternativ-Entwurf*: eines Strafgesetzbuches. *AT*, 2^a ed., 1969.
- AE Alternativ-Entwurf*: eines Strafgesetzbuches. *BT*. Straftaten gegen die *Person*. *Erster Halbband*, 1970.
- AE Alternativ-Entwurf*: eines Strafgesetzbuches. *BT*. *Sexualdelikte*, Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe, 1968.
- AE-GLD*: Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl, in Zusammenhang mit dem Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, 1974.
- AE Alternativ-Entwurf*: Novelle zur *Strafprozeßordnung*. Reform der Hauptverhandlung, 1985.
- AE Alternativ-Entwurf*: eines Strafvollzugsgesetzes, 1973.
- AK-StPO*: Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung, 1979.
- Albrecht, H. J.*: Die generalpräventive Effizienz von strafrechtlichen Sanktionen, en: *MPI Empirische Kriminologie*, S. 305.
- Albrecht, H. j.*: *Legalbewährung* bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten, 1982.
- Albrecht, H. J. / Dünkel / Spieß*: Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, *MSchrKrim* 64 (1981), 310.
- Albrecht, P. A.*: Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, *ZStW* 97 (1985), 831).
- Albrecht, P. A.*: Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, *KritV* 1986, 55.
- Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation, 1978.
- Alwart*: Strafwürdiges Versuchen, 1982.

- Amelung: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.
- Amelung: Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug*, GA 1977, 1.
- Amelung: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, ZStW 92 (1980), 19.
- Anagnostopoulos: Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr* (§§ 112 Abs. 3, 112 a StPO), 1984.
- Analysen zum Terrorismus*: edit. por BMdI. vol. 1: *Fetscher / Rohmoser: Ideologien und Strategien*, 1981. vol. 2: *Jäger / Schmidten / Süßwold: Lebenslaufanalysen*, 1981. vol. 3: *von Baeyer-Katte / Claessens / Feger / Neidhardt: Gruppenprozesse*, 1982, vol. 4/1: *Matz / Schmidten: Gewalt und Legitimität*, 1983. vol. 4/2: *Sack / Steinert: Protest und Reaktion*, 1984.
- Ansel: Die geistigen Grundlagen der Lehren von der "Sozialen Verteidigung"*, Sonderheft MSchrKrim 39 (1956), 51.
- Antilla: Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien*, ZStW 95 (1983), 739.
- Armbrüster: Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen*, 1980.
- Arndt, A.: Das rechtliche Gehör*, NJW 1959, 6.
- Arndt, H.: Der Zweck der Disziplinarstrafe*, DÖV 1966, 809.
- Arroyo Zapatero: Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987.
- Arroyo Zapatero: Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal*, REDC, 1983.
- Arzt: Empfiehlt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladenbierbstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?*, Referat zum 51. DJT, 1976, N 43.
- Arzt: Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr. Zum Worrang der Verteidigung der Rechtsordnung*, en: Schaffstein-Fs. 1975, p. 77.
- Arzt: Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976.
- Arzt: Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen*, JuS 1972, 385, 515, 576.
- Arzt / Weber: BT LH 2: Delikte gegen die Person (Randbereich)*, 1983.
- Backe y otros: (edit.) Sexueller Mißbrauch von Kindern in Familien*, 1986.
- Backes: Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970.
- Badura: Generalprävention und Würde des Menschen*, JZ 1964, 337.

- Bae*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985.
- Bailey / Lott*: Crime, Punishment und Personality, *JCrim* 67 (1976), 99.
- Ballweg*: Zu einer Lehre von der Natur der Sache, 2ª ed. 1963.
- Baratta*: Integración- Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática, CPC, 1984.
- Baratta*: Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social, en *Estudios penales*, XII, Santiago de Compostela, 1989.
- Barbero Santos*: Política y Derecho penal en España, Madrid, 1977.
- Barbero Santos*: Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADP, 1983.
- Barth*: Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr - Disziplinar- und strafrecht, en: Honig-Fs., 1970, p. 1.
- Baumann*: Minima non curat praetor, en: K. Peters-Fs., 1974, p. 3.
- Baumann*: Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts. 3. Aufl. 1979.
- Baumann / Weber*: AT, 9ª ed., 1985.
- Baumann*: Zweckrationalität und Strafrecht, 1987.
- Becker, H.*: Außenseiter, (1973) 1981.
- v. *Becker*: Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien, 1979.
- Behnke*: Bundesdisziplinarordnung, 2ª ed., 1970.
- Beling*: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903 (reimp. 1968).
- Bemmann*: Meinungsfreiheit und Strafrecht, 1981.
- Béristain y otros*: La Ley orgánica general penitenciaria, en Comentarios a la legislación penal, tomo VI, dos vols., Madrid, 1986.
- Bergalli*: Die Kriminalpolitik der demokratischen Regierung in Argentinien, en: Hassemer, W. (edit.) Strafrechtspolitik, p. 53.
- Berger / Luckmann*: Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 1969.
- Best*: Die Schule im Netzwerk der Sozialkontrolle, 1979.
- Binding*: Die Normen und ihre Übertretung I I, 1872.
- Birnbaum*: Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, ArchCrimR NF 1 (1834), 149.

- BK*: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, hasta Nov. 1986.
- BKA*: Macht sich *Kriminalität* bezahlt?, BKA-Vortragsreihe Bd. 32, 1987.
- BKA: Symposium*: Nutzung der Sicht des Täters und des *Täterwissens* für die Verbrechensbekämpfung, 1986.
- Blakenburg*: Der Anteil gerichtlicher Verfahren bei der Austragung sozialer Konflikte, en: *Friedman / Rehlinger* (edit.), p. 84.
- Blankenburg y otros*: (edit.) Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980.
- Blau*: Kustodiale und antikustodiale Tendenzen in der amerikanischen Kriminalpolitik, GA 1976, 33.
- Blei*: Die *Regelbeispieltechnik* der schweren Fälle und §§ 243, 244 n. F. StGB, en: *Heinitz-Fs.* 1972, S. 419.
- Bockelmann*: AT, 3ª ed., 1979.
- Bockelmann*: Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur *Moral* und zur Psychologie, en: *Radbruch-Gs.*, 1968, p. 252.
- Bockelmann*: Strafrechtliche *Untersuchungen*, 1957.
- Bockelmann*: Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils, ZStW 81 (1969), 597.
- Bockwoldt*: Strafaussetzung und Bewährungshilfe in Theorie und Praxis, 1982.
- Böhm*: Probleme der Strafvollzugsforschung, insbesondere bezüglich Vollzugslockerungen, en: *Kury* (edit.) Kriminologische Forschung in der Diskussion: Berichte, Standpunkte, Analysen, 1985, p. 575.
- Böllinger*: Prognoseprobleme bei der Strafaussetzung zur Bewährung, en: *Lüderssen / Sack* (edit.) Nutzen und Nachteil 1, p. 283 ss.
- Böllinger / Osborg*: Psychoanalytische Gruppendynamik im Jurastudium, 1977.
- Bornkamm*: Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens, 1980.
- Botke*: Das zukünftige Umweltstrafrecht, JuS 1980, 539.
- Braunack*: Allgemeine Kriminologie, 1974.
- Bringewat*: Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), 585.
- Bruns*: Das Recht der Strafzumessung, 2ª ed., 1985.
- Brusten / Herriger*: Schulpflichtverletzung und öffentliche Sozialkontrolle, en: *Lüderssen / Sack* (edit.) Nutzen und Nachteil 2, p. 665.

- Bubner*: Rationalität, Lebensform und Geschichte, en: *Schnädelbach* (edit.) Rationalität, 1984, p. 198.
- Bueno Arús y otros*: Lecciones de Derecho penitenciario, Alcalá de Henares, 1985.
- Bustos*: Control social y sistema penal, Barcelona, 1988.
- Calliess*: Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974.
- Callies*: Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975, 112.
- Calliess / Müller-Dietz*: Strafvollzugsgesetz. Kommentar, 4^a ed., 1986.
- Cantareno Bandrés*: Delincuencia juvenil y sociedad en transformación, Madrid, 1989.
- Cerezo Mir*: Curso de Derecho penal español, PG I, 3^a ed., 1985.
- Cerezo Mir*: Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid, 1982.
- Christie*: Limits to Pain, 1981.
- Christie*: Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus, KrimJ 1983, 14.
- Claessens*: Familie und Wertsystem, 4^a ed., 1979.
- Clark / Gibbs*: Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung, en: *Lüderssen / Sack* (edit.) Abweichendes Verhalten I, p. 153.
- Claussen / Janzen*: Bundesdisziplinarordnung, 5^a ed., 1985.
- Clemmer*: The prison community, 2^a ed., 1958.
- Cobo-Vives*: Derecho penal, PG, 2^a ed., Valencia, 1987.
- Cohen*: Abweichung und Kontrolle, 4^a ed., 1975.
- Cohen / Short*: Zur Erforschung delinquenter Subkulturen, en: *Sack / König* (edit.) S. 372.
- Coing*: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4^a ed., 1985.
- Copic*: Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967.
- Coser*: Theorie sozialer Konflikte (TB), 1972.
- Coser*: Einige Funktionen abweichenden Verhaltens und normativer Flexibilität, en: *Sack / König* (edit.), p. 21.
- Cramer*: Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, en: *Maurach-Fs.*, 1972, p. 487.
- Cramer*: Das Strafsystem des StGB nach dem 1. April 1970, JurA 1970, 183.

Dahs / Dahs: Die Revision im Strafprozeß, 3ª ed., 1984.

Dau: Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, DVBl. 1968, 62.

Deal: (pseud.) Der strafprozessuale Vergleich, StrVert 1982, 545.

Deimling: Sozialisation und Kriminalprävention durch Kindergarten und Schule, en: *Schwind / Berckhauer / Steinhilper* (edit.) Präventive Kriminalpolitik, 1980, p. 183.

De la Cuesta: El trabajo penitenciario resocializador, San Sebastián, 1981.

Dencker: Kronzeuge, terroristische Vereinigung und rechtsstaatliche Strafgesetzgebung, KJ 1987, 36.

Denninger / Lüderssen: Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978.

Deutscherf: Rechtshistorikertag Akten des 26. Dt. Rechtshistorikertages (Simon, D. (edit.)), 1987.

DFG-Projekt: "Argumentationstheoretische Aspekte höchstichterlicher Rechtsprechungsänderungen" (Ltg.: Kaufmann, Arth. / Neumann / Schneider, J.).

DFG-Projekt: "Experimentelle Untersuchungen zur Reform der Hauptverhandlung in Strafsachen" (Ltg.: Schünemann, B.).

Diez Ripollés: Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadores, Barcelona, 1982.

Diez Ripollés: El Derecho penal ante el sexo, Barcelona, 1982.

Diez Ripollés: Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Madrid, 1989.

Diez Ripollés: Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de Código penal de 1980, ADP, 1982.

Dilcher / Staff: (edit.) Christentum und modernes Recht, 1984.

Dölling: Rechtsgefühl und Perzeption des Strafrechts bei delinquenten und nicht delinquente Jugendlichen und Heranwachsenden, en: *Lampe* (edit.) Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, p. 240.

Dölling: Strafeinschätzungen und Delinquenz bei Jugendlichen und Heranwachsenden, en: *Kerner / Kury / Sessar* (edit.), vol. 1, p. 51.

Dreher / Tröndle: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 43ª ed., 1986.

Dreizel: Die gesellschaftlichen Leiden und das Leiden an der Gesellschaft (TB), 2ª ed., 1972.

- Driendl*: Karl Marx und die Kriminologie, JuS 1987, 600.
- Dünkel*: Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung, 1980.
- Durkheim*: Kriminalität als normales Phänomen, en: *Sack / König* (edit.), p. 3.
- Dux*: Probleme der Rechtssoziologie, en: *Rotter / Dux / Lautmann* (edit.), p. 20.
- Dux*: Rechtssoziologie, 1978.
- Edlinger / Goessler*: "Die Frauen sind nun einmal geschaffen, daß sie die Kinder bekommen". Eine Analyse der Zeitungsberichterstattung zur Frage der Abtreibungsgesetzgebung in Österreich, en: *Steinert* (edit.) Der Prozeß der Kriminalisierung, 1973, p. 66.
- Eisenberg*: Jugendgerichtsgesetz, 2ª ed. 1985.
- Eisenberg*: Kriminologie, 2ª ed., 1985.
- Ellersiek*: Die Beschwerde im Strafprozeß, 1981.
- Ellscheid*: Das Naturrechtsproblem, en: *Kaufmann, Arthur / Hassemer, W.* (edit.) Einführung, p. 125.
- Ellscheid / Hassemer, W.*: Strafe ohne Vorwurf, en: *Lüderssen / Sack* (Hrsg.) Abweichendes Verhalten II, p. 266.
- Endruweit / Kerner*: Unrechtsbewußtsein und soziale Norm, en: *Hassemer, W. / Lüderssen* (edit.), p. 67.
- Engelhardt*: Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, Diss. Frankfurt 1976.
- Engisch*: Einführung in das juristische Denken, 8ª ed., 1983 (hay traducción castellana de Garzón Valdés, Madrid, 1967).
- Erbs / Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze. Kommentar, hasta Junio 1986).
- Eser*: Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kinstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, Gutachten D für den 53. DJT, 1980.
- Eser*: Gesellschaftsgerichte in der DDR, 1970.
- Eser / Cornils*: (edit.) Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987.
- Esser*: Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, en: *L. Raiser-Fs.*, 1974, p. 517.
- Feest*: Die Situation des Verdachts, en: *Feest / Lautmann* (edit.) Die Polizei, 1971, p. 71.
- Feest*: Betriebsjustiz, ZStW 85 (1973), 1125.
- Feest / Blankenburg*: Die Definitionsmacht der Polizei, 1972.
- Feest / Lautmann*: (edit.) Die Polizei, 1971.

- Feest / Metzger-Pregizer: Betriebsjustiz als soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens*, en: *Kaiser / Metzger-Pregizer* (edit.) p. 1.
- Feest / Metzger-Pregizer: Betriebskriminalität und Betriebsjustiz*, KrimJ 1972, 83.
- Ferrari: Symbolischer Nutzen der Gesetzgebung zur inneren Sicherheit in Italien*, en: *Blankenburg* (edit.) Politik der inneren Sicherheit, 1980, p. 91.
- Feuerbach: Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen*, 3ª ed., 1849 (reimpresión 1984).
- Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Ausg. (Hrsg. Mittermaier) 1847.
- Fichte: Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, en: *Fichte Sämtliche Werke*, 1845/46 (edit. I.H. Fichte), reimprisión 1971, Bd. III.
- Fincke: Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975.
- Finger: Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, en: *Binding-Fs. I*, 1911 (1974), p. 257.
- Flechtheim: Hegels Strafrechtstheorie*, 2ª ed., 1975.
- Flume: Die Vereinsstrafe*, en: *Bötticher-Fs.*, 1969, p. 101.
- Foucault: Vigilar y castigar*, 3ª ed., 1978.
- Franzheim: Die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Betriebsjustiz*, JR 1965, 459.
- Frehsee: Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987.
- Frehsee: Fördert der moderne Städtebau die Kriminalität?*, en *Kury* (edit.) Straffälligkeit, S. 262.
- Frehsee: Strukturbedingungen urbaner Kriminalität*, Diss. Kiel 1978.
- Frehsee: Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht*, KrimJ 1986, 105.
- Friedman/Rehbinder: (edit.) Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, 1976.
- Frich: Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983.
- Frommel: Die Rolle der Erfahrungswissenschaften in Franz von Liszt's "gesamter Strafrechtswissenschaft"*, KB 1984, H. 42, 36.

- Frommel: Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción*, trad. de Muñoz Conde, ADP, 1989.
- Gäffgen: Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung*, 2ª ed. 1968.
- Gallas: Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968.
- García de Enterría: Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1984.
- García Pablos: Manual de Criminología*, Madrid, 1989.
- García Pablos: La resocialización de la víctima*, en *Homenaje al Prof. Beristain*: San Sebastián, 1989, 193.
- García Valdés: Comentarios a la Ley General penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 1982.
- Garrido Guzmán: Manual de Ciencia penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 1983.
- Garrn: Die "Natur der Sache" als Grundlage der juristischen Argumentation*, ARSP LXVIII (1982), 60.
- Geiger: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964.
- Giehring: Rechte des Beschuldigten, Handlungskompetenz und kompensatorische Strafverfolgung*, en: *Hassemer, W./Lüderssen* (edit.) *Sozialwissenschaften*, p. 181.
- Giehring: Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts*, KrimJ 1987, 2.
- Giehring/Schumann: Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf—und Strafverfahrensrecht— Erfahrung versus Programmatik*, en: *Hassemer, W./Hoffmann-Riem/Limbach* (edit.) p. 65.
- Gimbernat: Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1982.
- Gimeno Sendra: El proceso penal (I)*, en: *Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete, Cortés Domínguez*, *Derecho Procesal*, tomo II (vol. 1), Valencia, 1987.
- Glueck/Glueck: Unraveling Juvenile Delinquency*, 1950.
- Göhler: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 8ª ed. 1987.
- Gómez Benítez: Teoría del Delito*, Madrid, 1984.
- Gómez Benítez: Sobre la teoría del bien jurídico*, RFDUC, 69.
- Gómez Colomer: El proceso penal alemán*, Barcelona, 1985.
- Gómez Orbaneja: Gómez Orbaneja - Herce Quemada, Derecho procesal penal*, 10ª ed., Madrid, 1984.

- Göppinger: Criminologia*, Madrid 1975.
- Göppinger: Der Täter in seinen sozialen Bezügen*, 1983.
- Gössel: Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal*, en: Oehler-Fs., 1985, p. 97.
- Gössel: Strafverfahrensrecht*, 1977.
- Gössel: Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverföhren*, en: Dünnebier-Fs., 1982, p. 121.
- Goffman: Internados*, Buenos Aires, 1972.
- Goffman: Das Individuum im öffentlichen Austausch*, 1974.
- Goldschmidt, D./Greiner/Schelsky: (edit.) Soziologie der Kirchengemeinde*, 1960.
- Goldschmidt, J.: Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902.
- Grewe: Straßenverkehrsdelinquenz und Marginalität*, 1978.
- Grimm: Rechtsentstehung*, en *el mismo* (edit.) Einführung, p. 40.
- Grimm: Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, KritV 1986, 38.
- Grimm: (edit.) Einführung in das Recht*, 1985.
- Grosso Galván: Necesidad de la existencia de una criminología radical*, CPC, 1983.
- Grossman: Political Justice and System Maintenance*, en: *Friedman/Rehbinder* (edit.) p. 99.
- Grünwald: Offene Fragen im System der Hauptstrafen*, en: Schaffstein-Fs., 1975, p. 219.
- Grünwald: Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, ZStW 70 (1958), 412.
- Grünwald: Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena lege"*, ZStW 76 (1964), 1.
- Grünwald: Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, ZStW 80 (1968), 89.
- Güntert: Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion*, 1983.
- Güntert: Die Genese eines Straftatbestandes*, JuS 1978, 8.
- Günther: Der "Versuch" des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer*, JZ 1987, 16.
- Günther: Der räuberische Angriff auf Fußgänger - ein Fall des §§ 316 a StGB*, JZ 1987, 369.

- Haberlandt*: Kriminalität und chromosomale Konstitution, MSchrKrim 60 (1977), 191.
- Habermas*: *Einleitung*, en *el mismo* (edit.) Stichworte zur "Geistigen Situation der Zeit", 2 vols. 1979, vol. 1, p. 7.
- Habermas*: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973.
- Habermas*: *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 vols, 1981.
- Habermas/Luhmann*: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, 1971.
- Haberstroh*: *Strafverfahren und Resozialisierung*, 1979.
- Haferkamp*: *Herrschaft und Strafrecht*, 1980.
- Haferkamp*: *Kriminalität ist normal*, 1972.
- Haferkamp*: *Kriminelle Karrieren*, 1975.
- Haffke*: "Besondere Schwere der Schuld" und "Verteidigung der Rechtsordnung" in den *Gesetzentwürfen zur Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe*, en: *Bönnert/de Boor* (edit.) *Antrieb und Hemmung bei Tötungsdelikten*, 1982, p. 19.
- Haffke*: *Problemaufriß: Die Bedeutung der sozialpsychologischen Funktion von Schuld und Schuldunfähigkeit für die strafrechtliche Schuldlehre*; en: *Hassemer/Lüderssen* (edit.) S. 121.
- Haffke*: *Rückfall und Strafzumessung*, en: *Schünemann, B.* (edit.) *Grundfragen*, p. 197.
- Haffke*: *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?*, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) *Abweichendes Verhalten III*, p. 291.
- Haffke*: *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976.
- Haffke*: *Gibt es ein verfassungsrechtliches Besserungsverbot?*, MSchrKrim 58 (1975), 246.
- Haft*: *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, NStZ 1987, 6.
- Henack*: *Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, Gutachten A zum 47. DJT, 1968.
- Hanack*: *Die Reform des Sexualstrafrechts und der Familiendelikte*, NJW 1974, 1.
- Hanfy otros*: (edit.) *Sozialer Wandel*, 2 vols. 1975.
- Harbordt*: *Die Subkultur des Gefängnisses*, 2^a ed. 1972.
- Hardwig*: *Der Versuch bei untauglichem Subjekt*, GA 1957. 170.

- Hartung*: Spezialpräventive Effektivitätsmessung, Diss. Göttingen 1981.
- Hassemer, R.*: Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981.
- Hassemer, R./Hippler*: Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens, StrVert 1986, 360.
- Hassemer, W.*: Das "Absehen von Strafe" als kriminalpolitisches Instrument, en: Sarstedt-Fs., 1981, p. 65.
- Hassemer, W.*: Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, en: Coing-Fs., 1982, vol. I, p. 493.
- Hassemer, W.*: Fundamentos del Derecho penal, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona 1983.
- Hassemer, W.*: Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht, en: *el mismo* (edit.) Sozialwissenschaften Fälle, p. 1.
- Hassemer, W.*: Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, en: Kaufmann, Arthur/Hassemer, W. (edit.) Einführung, p. 193.
- Hassemer, W.*: Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung, en: *Dilcher/Staff* (edit.) p. 232.
- Hassemer, W.*: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974.
- Hassemer, W.*: Bedingungen und Gegenstände der Strafrechtspolitik, en: *el mismo* (edit.) Strafrechtspolitik, p. 9.
- Hassemer, W.*: Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, en: *Hassemer, W./Lüderssen/Naucke* Fortschritte, p. 39.
- Hassemer, W.*: Tatbestand und Typus, 1968.
- Hassemer, W.*: Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, 1980.
- Hassemer, W.*: Rücksichten auf das Verbrechenopfer, en: Klug-Fs., 1983, p. 217.
- Hassemer, W.*: Recensión a Amelung, Rechtsgüterschutz, ZStW 87 (1975), 146.
- Hassemer, W.*: Kriminalsoziologische Paradigmata, JZ 1976, 164.
- Hassemer, W.*: Resozialisierung und Rechtsstaat, KrimJ 1982, 161.
- Hassemer, W.*: Informelle Programme im Strafprozeß, StrVert 1982, 377.
- Hassemer, W.*: Kommunikationsfreiheit in der Haft, ZRP 1984, 292.
- Hassemer, W.*: Juristische Hermeneutik, ARSP LXXII (1986), 195.
- Hassemer, W.*: Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten, StrVert 1986, 550.
- Hassemer, W.*: Prävention im Strafrecht, JuS 1987, 257 (hay traducción castellana publicada en Poder y Control, Barcelona 1985).

- Hassemer, W.:* (edit.) *Sozialwissenschaften im Strafrecht. Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung*, 1984.
- Hassemer, W.:* (edit.) *Strafrechtspolitik*, 1987.
- Hassemer, W./Hart-Hönig:* Generalprävention im Straßenverkehr, en: *Hassemer, W. (edit.) Sozialwissenschaften Fälle*, p. 230.
- Hassemer, W./Lüderssen/Naucke:* *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983.
- Hassemer, W./Lüderssen/Naucke:* *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979.
- Hassemer, W./Steinert/Treiber:* Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber, en: *Hassemer, W./Lüderssen (edit) p. 1*.
- Hassemer, W./Hoffmann-Riem/Limbach:* (edit.) *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition*, 1986.
- Hassemer, W. Lüderssen:* (edit.) *Sozialwissenschaften in Studium des Rechts*, vol. III: Strafrecht, 1978.
- Hauptmann:* Sozialpsychologische Aspekte der Generalprävention, *ÖRZ* 55 (1977), 113.
- Hegel:* Grundlinien der Philosophie des Rechts, en: *Hegel Werke in 20 Bänden*, 7, 1970.
- Hegler:* Die Merkmale des Verbrechens, *ZStW* 36 (1915), 19, 184.
- Heinitz:* Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues Strafgesetzbuch?, en: *Mat.*, 1 vol., 1954, p. 55.
- Heinitz:* *Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses*, 1960.
- Heinz:* Bekanntgewordene Kriminalität und Erkenntnisinteressen, *MSchrKrim* 58 (1975), 225.
- Heinz:* Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln - unter besonderer Berücksichtigung des 1. WiKG, *GA* 1977, 193, 225.
- Heinz:* Getrübtter Blick in die Zukunft des Verbrechens, *Kriminalistik* 1987, 222.
- Heldrich:* *Normüberflutung*, en: *Zweigert-Fs.*, 1981, p. 811.
- Herrmann:* *Die Reform der Aussagetatbestände*, 1973.
- Hertwig:* *Die Einstellung des Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit*, 1982.
- Herzog:* *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987.
- Herzog/Nestler-Tremel:* *Aids und Strafrecht*, *StrVert* 1987, 360.

- Hill*: Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982.
- Hillenkamp*: Vorsatztat und Opferverhalten, 1981.
- v. *Hippel*: Deutsches Strafrecht, vol. 1, 1925 (reimpresión 1971).
- v. *Hirsch*: *Doing Justice*, 2ª ed. 1977.
- v. *Hirsch*: *Past or Future Crimes*, 1986.
- His*: *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, 1928.
- His*: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, vol. 1, 1920.
- Hoerster*: Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970, 272.
- Hoffmann-Riem/Rottleuthner/Schütze/Zielcke*: Interaktion vor Gericht, 1978.
- Honig*: Die Einwilligung des Verletzten I, 1919.
- Honig*: Die Entwicklung des Unterlassungsdelikts vom Römischen Recht bis zum Gemeinen Recht, 1932.
- Horn*: Tatschuld-Interlokut und Strafzumessung, ZStW 85 (1973), 7.
- Horstkotte*: Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ 1970, 122.
- Horstkotte*: Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, 152.
- Horstkotte*: Kunppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1974, 84.
- Hruschka*: Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, 193.
- Huerta Tocildo*: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Madrid, 1987.
- Hulsmann - Bernat de Celis*: Sistema penal y seguridad ciudadana, Barcelona, 1985.
- Hümbs-Kruschel/Krusche*: Die Effektivität gesetzgeberischer Initiativen im Umweltstrafrecht, ZRP 1984, 61.
- Imhof*: Die Einteilung der strafbaren Handlungen en: Mat., 2.Bd., 1954, S.1.
- Isola*: Alternativen zum Strafvollzug, RUP 1978, 35.
- Jäger*: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.

- Jäger: Strafgesetzgebung als Prozeß* en: Klug-Fs., vol. I 1983, p. 83.
- Jäger: Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung*, en: *el mismo* (edit.) *Kriminologie*, p. 173.
- Jäger: Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie?*, en: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.) *Abweichendes Verhalten IV*, p. 9.
- Jäger: (edit.) Kriminologie im Strafprozeß*, 1980.
- Jäger/Schorsch: (edit.) Sexualwissenschaft und Strafrecht*, 1987.
- Jakobs: Strafrecht, AT*, 1983.
- Jakobs: Schuld und Prävention*, 1976.
- Jakobs: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97 (1985), 751.
- Janowitz: Wissenschaftshistorischer Überblick zur Entwicklung des Grundbegriffs "Soziale Kontrolle"*, DZfSS 1973, 499.
- Jareborg/v. Hirsch: "Neoklassizismus" in der skandinavischen Kriminalpolitik*, en: *Eser/Cornils* (edit.) p. 35.
- Jellinek: Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1^a ed., 1878 (reimpresim 1967)
- Jescheck: Tratado de Derecho penal, traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde*, dos vols., Barcelona 1981.
- Jescheck: Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs*, ZStW 80 (1968), 54.
- Jescheck: Tres conferencias*, en *Estudios penales y criminológicos*, VIII, Santiago de Compostela, 1985.
- Jescheck/Triffterer: (edit.) Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, 1978.
- Jung: Strategien der Verteidigung in einem Inzestfall* en: *Hassemer, W.* (edit.) *Sozialwissenschaften Fälle*, p. 54.
- Jung: Öffentlichkeit - Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?*, en: *H. Kaufmann-Gs.*, 1986, p. 891.
- Jung: Das Strafvollzugsgesetz*, JuS 1977, 203.
- Jung: Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, ZStW 93 (1981), 1147.
- Jung/Müller-Dietz: (edit.) §§ 218*, 1983.
- Kaiser: Abolitionismus - Alternative zum Strafrecht?*, en: *Lackner-Fs.*, 1987, p. 1027.

- Kaiser: Kriminologie (LB)*, 1980.
- Kaiser: Kriminologie (TB)*, 7ª ed. 1985.
- Kaiser: Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1972.
- Kaiser: Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, 1970.
- Kaiser/Kerner/Schöch: Strafvollzug (LB)*, 3ª ed. 1982.
- Kaiser/Kerner/Schöch: Strafvollzug (TB)*, 3ª ed. 1983.
- Kaiser/Schöch: Kriminologie _ Jugendstrafrecht - Strafvollzug*, 3ª ed. 1987.
- Kaiser/Metzger-Pregizer: (edit.) Betriebsjustiz*, 1976.
- Kant: Die Metaphysik der Sitten*, en: *Weischedel (edit.) Kant, Werke in zwölf Bänden*, VIII, 1956, p. 309.
- Kargl: Kritik des Schuldprinzips*, 1982.
- Karpen: Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland*, ZG 1986, 5.
- Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.
- Kaufmann, Arthur: Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed. 1982.
- Kaufmann, Arthur: Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, en: *el mismo Beiträge*, p. 25.
- Kaufmann, Arthur: Naturrecht und Geschichtlichkeit*, en: *el mismo, Rechtsphilosophie*, p. 1.
- Kaufmann, Arthur: Die ontologische Struktur des Rechts*, en: *el mismo, Rechtsphilosophie*, p. 101.
- Kaufmann, Arthur: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en: *el mismo, Hassemer, W (edit.) Einführung*, S. 23.
- Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed. 1984.
- Kaufmann, Arthur: Schuld und Strafe*, 2ª ed. 1983.
- Kaufmann, Arthur: Das Schuldprinzip*, 2ª ed. 1976.
- Kaufmann, Arthur: Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, en: *Lange-Fs.*, 1976, p. 27.
- Kaufmann, Arthur: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983.
- Kaufmann, Arthur: Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, en: *el mismo Strafrecht*, p. 81.
- Kaufmann, Arthur: Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, en: *el mismo Schuld und Strafe*, S. 229.

- Kaufmann, Arthur/Hassemer, W.* (edit.) Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 4ª ed. 1985.
- Kaufmann, H.*: Strafanspruch und Straflagerecht, 1968.
- Kaufmann, H.*: *Kriminologie III.*, 1977 (traducción castellana con el título: *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires 1979).
- Keckeisen*: Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens, 1974.
- Kehr*: Der Primat der Innenpolitik, 2ª ed. 1976.
- Kempf*: Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987, 215.
- Kerner*: Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit, 1980.
- Kerner*: Präventionsmaßnahmen und Kriminalstatistik, en: *Schwind/Berckhauer/Steinhilper* (edit.) p. 103.
- Kerner*: Professionelles und organisiertes Verbrechen, 1973.
- Kerner*: Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung, 1973.
- Kerner/Feltes*: Medien, Kriminalitätsbild, Öffentlichkeit, en: *Kury* (Hrsg.) Strafvollzug und Öffentlichkeit, 1980, p. 73.
- Kerner/Hermann/Bockwoldt*: Straf (rest) aussetzung und Bewährungshilfe, 1984.
- Kerner/Kury/Sessar*: (edit.) Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle, 3 vols., 1983.
- Kienappel*: Betriebskriminalität und Betriebsstrafen, JZ 1965, 599.
- Kirchheimer*: Das Strafrecht im nationalsozialistischen Deutschland, en: *el mismo*. Von der Weimarer Republik zum Faschismus, 1976, p. 186.
- KKW*: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, edit. por *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss*, 2ª ed. 1985. (citado por el autor de la respectiva voz).
- Klages*: Der Nachbarschaftsgedanke und die nachbarliche Wirklichkeit in der Großstadt, 2ª ed. 1968.
- Kloepfer*: Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 63.
- Klug*: Abschied von Kant und Hegel, en: *el mismo*. Skeptische Rechtsphilosophie 2, p. 149.
- Klug*: Phänomenologische Aspekte der Strafrechtsphilosophie von Kant und Hegel, en: *el mismo*. Skeptische Rechtsphilosophie 1, p. 215.
- Klug*: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, 2 vols., 1981.
- Koch*: Einleitung: Oberjuristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, en: *el mismo*, (edit.) Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, p. 13.

- Kocka*: Sozialgeschichte, 1977.
- Köberer*: Läßt sich Generalprävention messen?, *MSchrKrim* 65 (1982), 200.
- Köhler*: Der Begriff der *Strafe*, 1986.
- Köhler*: Über den Zusammenhang von *Strafrechtsbegründung* und *Strafzumessung*, erörtert am Problem der Generalprävention, 1983.
- König*: *Soziologie der Familie*, en: *el mismo*, (edit.) *Handbuch zur empirischen Sozialforschung*, vol. 7, 2^a ed. 1976, p. 1.
- König*: *Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme*, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) *Abweichendes Verhalten*, p. 186.
- Krämer*: *Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustv Radbruch*, 1956.
- Krahl*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986.
- Krainz*: Die Problematik der Prognose zukünftigen menschlichen Verhaltens aus kriminologischer und rechtsstaatlicher Sicht, *MSchrKrim* 67 (1984), 297.
- Krauß*: Vergewaltigung in der Ehe, en: *Hussemmer/W.* (edit.) *Sozialwissenschaftlichen Fälle*, p. 65.
- Krawietz*: Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?, *ÖZöR* 23 (1972), 47.
- Kreuzer*: Gießener Beiträge zur Dunkelfeldforschung und empirischen Strafverfahrenswissenschaft, en: *Kerner/Kury/Sessar* (edit.) p. 235.
- Kreuzer/Oberheim*: *Praxistauglichkeit des Hehlereistraftatbestands*, 1986.
- Krey*: *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983.
- Krey*: *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977.
- Krey/Neidhardt*: *Was ist Gewalt?*, vol. 1, 1986.
- Kriele*: *Theorie der Rechtsgewinnung*, entwickelt am Problem der Verfassungssinterpretation, 2^a ed. 1976.
- Krings*: *Transzendente Logik*, 1964.
- Kroeschell*: *Deutsche Rechtsgeschichte* 1 (bis 1250), 1972.
- Krümpelmann*: *Die Bagatelldelikte*, 1966.
- Krutski*: Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole, *KJ* 1980, 294.
- Krysmanski*: *Soziologie des Konflikts*, 1971.

- KubelSchuster: Vandalismus*, 3^u ed. 1985.
- Kühne: Staatliche Drogentherapie auf dem Prüfstand*, 1985.
- Kühne: Strafverfahrensrecht als Kommunikationsproblem*, 1978.
- Kühne: Therapie statt Strafe? Legislatorische Versuche zur Bekämpfung von Drogenabhängigkeit*, MSchrKrim 67 (1984), 379.
- Küper, W.: Historische Bemerkungen zur "freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß*, en: K. Peters-Fs., 1984. p. 23.
- Kürzinger: Kriminologie*, 1982.
- Kuhlen: Normative Konsequenzen selektiver Strafverfolgung?*, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) *Abweichendes Verhalten IV*, p. 26 ff.
- Kuhlen: Der Handlungserfolg der strafbarem Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)*, GA 1986, 389.
- Kuhn, A./Rössner: Konstruktive Tatverarbeitung im Jugendstrafrecht*, ZRP 1987, 267.
- Kuhn, Th.: Die Struktur Wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967.
- Kunz: Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, 1984.
- Kunz: Die Einstellung wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft*, 1980.
- Kunz: Der "labeling approach" - Ein Paradigmawechsel in der modernen Kriminalsoziologie*, ARSP LXI (1975), 413.
- Kury: (edit.) Kriminologische Forschung in der Diskussion*, 1985.
- Kury: (edit.) Methodische Probleme der Behandlungsforschung*, 1983.
- Kury: (edit.) Prognose und Behandlung bei jungen Rechtsbrechern*, 1986.
- Kury: (edit.) Ist Straffälligkeit vermeidbar?*, 1982.
- Lackner: Strafgesetzbuch Kommentar*, 17^a ed. 1987.
- Lampe: Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft*, en: Maurach-Fs., 1972. p. 375.
- Lampe: Das personale Unrecht*, 1967.
- Landrove Díaz: Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985.
- Laufhütte: Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, JZ 1974, 46.
- Laufhütte/Möhrenschlager: Umweltstrafrecht in neuer Gestalt*, ZStW 92 (1980), 912.

Lange: Zur Entwicklung und Methodik der Evaluationsforschung in der Bundesrepublik Deutschland, ZfS 12 (1983), 253.

Lautmann: Justiz -die stille Gewalt, 1972.

Lautmann: Der Zwang zur Tugend, 1984.

Lefrenz: Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft?, ZStW 93 (1981), 199.

Lemert: *Human Deviance, Social Problems and Social Control* 2ª ed. 1972.

Lemert: Der Begriff der sekundären Devianz, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) Abweichendes Verhalten I, p. 433.

Lenckner: Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, 321.

Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

Lipton/Martinson/Wilks: *The Effectiveness of Correctional Treatment*, 1975.

v. *Liszt*: Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, en *el mismo*. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, vol. II, 1905, 1970, p. 75.

v. *Liszt*: Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882. (hay traducción castellana publicado en Chile, con prólogo de Rivacoba, 1979).

v. *Liszt*: Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, ZStW 20 (1900), 161.

LK. Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10ª edición volúmenes aparecidos a partir de 1978 (citado por nombre del colaborador).

Löfmarck: Neo-Klassizismus in der nordischen Strafrechtslehre und -praxis, en: *Eser/Cornils* (edit.) p. 15.

Lombroso: Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung, 1887.

Lorenzer: Sprachzerstörung und Redonstruktion (TB), 2ª ed. 1976.

Lübbe-Wolff: Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981.

Lüdemann: Gestzgebung als Entscheidungsprozeß, 1986.

Lüderssen: Strafrecht und "Dunkelziffer", en: *Lüderssen/Sack* (edit.) abweichendes Verhalten I, S. 244.

Lüderssen: Erfahrung als Rechtsquelle, 1972.

Lüderssen: Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht, en: *Hassemer. W./Lüderssen/Naucke* Fortschritte, p. 67.

- Lüderssen: Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe*, en: *Hassemer, W.* (edit.) *Strafrechtspolitik*, S. 83.
- Lüderssen: Die Generalpräventive Funktion des Deliktssystems*, en: *Hassemer, W./Lüderssen/Naucke Generalprävention*, p. 54.
- Lüderssen: Ab- und Anschwellen der Kriminalisierung von Bagatelverstößen im Schnittpunkt materieller und prozessualer Gerechtigkeit*, en: *Denninger/Lüderssen*, S. 210.
- Lüderssen: Kriminologie*, 1984.
- Lüderssen: Positivismus*, en: *Görlitz* (edit.) *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, 1972, p. 291.
- Lüderssen: Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts*, ZStW 85 (1973), 288.
- Lüderssen: Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik*, StrVert 1987, 163.
- Lüderssen/Sack: (edit.) Seminar: Abweichendes Verhalten I: Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975.
- Seminar: *Abweichendes Verhalten II: Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, vol. 1: *Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*, 1975.
- Seminar: *Abweichendes Verhalten III: Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Vol. 2: *Strafprozeß und Strafvollzug*, 1977.
- Seminar: *Abweichendes Verhalten IV: Kriminalpolitik und Strafrecht*, 1980.
- Lüderssen/Sack: (edit.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 2 vols., 1980.
- Lüderssen/Seibert: (edit) Autor und Täter*, 1978.
- Luhmann: Systemtheoretische Argumentationen*, en: *Habermas/Luhmann*, p. 291.
- Luhmann: Rechtssoziologie*, 2 vols, 1972.
- Luhmann: Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974.
- Luhmann: Sinn als Grundbegriff der Soziologie*, en: *Habermas/Luhmann* p. 25.
- Luhmann: Zweckbegriff und Systemrationalität* (TB), 2ª ed. 1977.
- Luzón Peña: Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, en CPC, nº 16, 1982, p. 93 ss.
- Mack/ Kener: The Crime Industry*, 1975.
- Madrid Conesa: La legalidad del delito*, Valencia, 1983.

- Madrid Conesa: El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones desfavorables al reo*, Valencia, 1983.
- Maihofer: Gesamte Strafrechtswissenschaft*, en: Henkel-Fs., 1974, p. 75.
- Maihofer* Die Natur der Sache, ARSP XLIV (1958), 145.
- Maiwald: Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und Technik der Regelbeispiele*, en: Gallas-Fs., 1973, p. 137.
- Maiwald: Zum fragmetarischen Charakter des Strafrechts*, en: Maurach-Fs., 1972, p. 9.
- Maiwald: Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren*, GA 1970, 33.
- Maiwald: Die Verteidigung der Rechtsordnung*, GA 1983, 49.
- Mangakis: Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege"*, ZStW 81 (1969), 997.
- Mapelli Caffarena: Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.
- Marquardt : Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, 1972.
- Martinson: What works?*, The Public Interest, Spring 1974, 22.
- Marx: Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972.
- Marx: Zum Begriff "Öffentlichkeit" in § 183 StGB [a. F.]*, JZ 1972, 112.
- Marxen: Rechtliche Grenzen der Amnestie*, 1984.
- Marxen: Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975.
- Marxen: Straftatsystem und Strafprozeß*, 1984.
- Mathiesen: The Politics of Abolition*, 1974.
- Mattes: Untersuchungen zu der Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*. 1 vol., 1977, 2. vol., 1982. (Hay traducción castellana de Rodríguez Devesa).
- Matthes: Kirche und Gesellschaft*, 1969.
- Maunz/Dürig: Grundgesetz Kommentar*, hasta enero 1987.
- Maurach: Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlinchen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, en: Mat., 1 vol., 1954, p. 249.
- Maurach: Tratado de Derecho penal*, trad. y notas Córdoba Roda, dos vols., Barcelona, 1962.
- Maurach/Güssel/Zipf: AT*, vol. 2, 6ª ed. 1984.

- Maurach/Schroeder: BT*, vol. 2, 6ª ed. 1981.
- Maurach/Zipf: AT*, vol 1, 7ª ed. 1987.
- Mayer, H.: AT*, 1953.
- Mayer, H.: AT (StB)*, 1967.
- Mayer, H.: Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en: *Mat.*, 1 vol, 1954, p. 259.
- Mayer, H.: Kant, Hegel und das Strafrecht*, en: *Engisch-Fs.*, 1969, p. 54.
- Mayer, M.E.: Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903.
- Mayer-Maly: Rechtskenntnis und Gesetzesflut*, 1969.
- Mayntz/Ziegler: Soziologie der Organisation*, en: *König (edit.) Handbuch der empirischen Sozialforschung*, vol. 9, 2ª ed. 1978, p. 1.
- Mac Cord/Mc Cord: Origins of Crime*, 1959.
- Mead: The Psychology of Punitive Justice*, *AJS* 23 (1918), 577.
- Meinberg: Geringfügigkeitseinstellungen von Wirtschaftsstrafsachen*, 1985.
- Mergen: Die Kriminologie*, 2ª ed. 1978
- Mergen: Tat und Täter*, 1971.
- Merton: Sozialstruktur und Anomie*, en: *Sack/König (edit.)* p. 218.
- Meurer-Meichsner: Untersuchungen zum Gelegenheitsgesetz im Strafrecht*, 1974.
- Meyer-Cording: Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat*, *NJW* 1966, 225.
- Mezger: Kriminologie*, 1951.
- Mezger: Tratado de Derecho penal trad. y notas de Rodríguez Muñoz*, 2 vols., 2ª ed., Madrid 1955.
- Michael: Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht*, 1981.
- Middendorff: Menschenraub, Flugzeugentführungen, Geiselnahme, Kidnaping*, 1972.
- Mileski: Angeklagte vor Gericht*, en: *Lüderssen/Sack (edit.) Abweichendes Verhalten III*, p. 148.
- Mir Puig: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.
- Mir Puig: Derecho Penal, PG*, 2ª ed., Barcelona, 1985.

- Mittermaier*: Bei welchen Verbrechen soll nur auf Antrag der verletzten Person des Strafprozeß eingeleitet werden?, ArchCrimR MF 5 (1838), 609.
- Moccia*: Macht und Recht im Übergang von der theokratischen zur laizistischen Auffassung des Strafrechts im 17. Jahrhundert, GA 1983, 533.
- Möllers-Oberück*: Urteile über Verkehrsdelikte, Soziale Welt 26 (1975), 188.
- Moser*: Jugendkriminalität und Gesellschaftsstruktur (TB), 1972.
- Mostari/Stemmler*: (edit.) Der neue Pitaval, 1964-1969 (15 vols.).
- MPI*: (Max-Planck-Institut Freiburg i.Br.) Forschungsgruppe Kriminologie (edit.) Empirische Kriminologie, 1980.
- Müller-Dietz*: Die *Bewährungshilfe* in Praxis und kriminologischer Forschung, en: *Kury* (edit.) Prävention abweichenden Verhaltens-Maßnahmen der Vorbeugung und Nachbetreuung, 1982, p. 423.
- Müller-Dietz*: Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979.
- Müller-Dietz*: Integrationsprävention und Strafrecht, en: *Jescheck-Fs.*, 1985, p. 813.
- Müller-Dietz*: Kriminologie und Literatur, en: *Kielwein* (edit.) Entwicklungslinien der Kriminologie, 1985, p. 59.
- Müller-Dietz*: Wieist beim Mord die präventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe einzuschätzen?, en: *Jescheck/Triffterer* (edit.) p. 91.
- Müller-Dietz*: Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote, en: *Jung/Müller-Dietz* (edit.) p. 77.
- Müller-Dietz*: Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968.
- Müller-Dietz*: Strafe und Staat, 1973.
- Müller-Dietz*: Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, 1970.
- Müller-Dietz*: Strafzwecke und Vollzugsziel, 1973.
- Müller-Dietz*: "Verteidigung der Rechtsordnung", en: *Hassemer, H.* (edit.) Sozialwissenschaften Fälle, p. 36.
- Müller-Dietz*: Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform, MSchrKrim 55 (1972), 19.
- Müller-Dietz*: Die Entwürfe zu einem Strafvollzugsgesetz und die Strafvollzugsreform, JZ 1974, 351, 489.
- Müller-Dietz*: Das Strafvollzugsgesetz, NJW 1976, 913.
- Müller-Dietz*: Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzugs, ZStW 94 (1982), 599.

- Müller-Emmert/Maier: Empresserischer Menschenraub und Geiselnahme, MDR 1972, 97.*
- Müller-Emmert/Maier: Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1976, 1657.*
- Muñoz Conde: Derecho penal, PE, 7ª ed., Valencia, 1988.*
- Muñoz Conde: Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1975.*
- Muñoz Conde: Derecho penal y control social, Jerez, 1985.*
- Muñoz Conde: El error en Derecho penal, Valencia, 1989.*
- Muñoz Conde: Teoría General del Delito, 2ª ed., Valencia, 1989.*
- Muñoz Conde: El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona, 1972.*
- Muñoz Conde: Culpabilidad y prevención en Derecho penal CPC, 1980 (también como introducción a Roxin Culpabilidad y prevención en Derecho penal).*
- Muñoz Conde: La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito, CPC, 1979.*
- Muñoz Conde: Reformas penales 1977, en CPC. 1977.*
- Murck: Soziologie der öffentlichen Sicherheit, 1980.*
- Naucke: Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts, en: Dilcher/Staff (edit.) p. 213.*
- Naucke: Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland, en: Hassemer, W. (edit.) Strafrechtspolitik, p. 15.*
- Naucke: Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973.*
- Naucke: Generalprävention und Grundrechte der Person, en: Hassemer, W./Lüderssen/Naucke Generalprävention, p. 9.*
- Naucke: Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 2ª ed. 1986.*
- Naucke: Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962.*
- Naucke: Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en: Hassemer, W./Lüderssen/Naucke Fortschritte, p. 1.*
- Naucke: Strafrecht, 5ª ed. 1987.*
- Naucke: Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979.*
- Naucke: Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975.*

Naucke: Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985.

Naucke: Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, ZStW 85 (1973), 399.

Naucke: Die Kriminalpolitik des marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525.

Naucke: Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, 199.

Naucke/Deutsch: Empfiehlt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche? (strafrechtliches und zivilrechtliches Teilgutachten), Gutachten D und E zum 51. DJT, 1976.

Naucke y otros: "Verteidigung der Rechtsordnung" (§§ 14, 23 StGB), 1971.

Neidhardt: Strukturbedingungen und Probleme familialer Sozialisation, KSfSS Sonderheft 14 1970, 144.

Neumann: Juristische Argumentationslehre, 1986.

Neumann: Die Stellung des Opfers im Strafrecht, en: Hassemer, W. (edit.) Strafrechtspolitik, S. 225.

Neumann: Zurechnung und "Vorverschulden", 1985.

Neumann/Schroth: Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980.

Noll: Gesetzgebungslehre, 1973.

Noll: Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, en: Mayer-Fs., 1966, p. 219.

Noll: Die ethische Begründung der Strafe, 1962.

Noll: Zur Gesetzestechnik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches, JZ 1963, 297.

Noll: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 73.

Octavio de Toledo / Huerta Tocildo: Derecho penal, Parte General, 2ª ed., Madrid, 1982.

Octavio de Toledo: Sobre el concepto de Derecho penal, Madrid, 1981.

Octavio de Toledo: La prevaricación del funcionario público, Madrid, 1980.

Oetker: Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStW 17 (1897), 493.

Opp: abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur, 1974.

Ortmann: Resozialisierung im Strafvollzug, 1987.

- Ortner*: (edit.) Freiheit statt Strafe, 1981.
- Ortner/Wetter*: Plädoyer für eine "befreiende Sozialarbeit", en: *Ortner* (edit.) p. 106.
- Ostendorf*: Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP 1976, 281.
- Ostendorf*: Franz von Liszt als Kriminalpolitiker, DB 1984, H. 42, 1.
- Otto, H.*: Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: *Müller-Dietz* (edit.) Strafrechtsdogmatik und Kriminlapolitik, 1971, p. 1.
- Otto, H.*: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigentändige Deliktskategorien?, en: Schröder-Gs., 1978, p. 53.
- Otto, H.-J.*: Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982.
- Parsons*: Recht und soziale Kontrolle, en: *Hirsch/Rehbinder* (edit.) Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, 2^e ed. 1971, p. 121.
- Peters, D.*: Richter im Dienst der Macht, 1973.
- Peters, K.*: Beschleunigung des Strafverfahrens und die Grenzen der Verfahrensbeschleunigung, en: *Schreiber* (edit.) Strafprozeß und Reform, 1979, p. 82.
- Peters, K.*: Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, 1963.
- Peters, K.*: Freiheit und Gebundenheit des Strafgefangenen, JR 1972, 489.
- Petry*: Beweisverbote im Strafprozeß, 1971.
- Pfeiffer, D.K./Scheerer*: Kriminalsoziologie, 1979.
- Phillipson*: Die Paradoxie der sozialen Kontrolle und die Normalität des Verbrechens, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) Abweichendes Verhalten I, p. 126.
- Pieth*: Der Beweisanspruch des Beschuldigten im Schweizer Strafprozeßrecht, 1984.
- de Pitaval*: Causes célèbres et intéressantes, avec les jugements qui les ont décidées, 1737.
- Piven/Cloward*: Regulierung der Armut, 1977.
- Plack*: Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974.
- Polaino Navarrete*: El bien jurídico en el Derecho penal, Sevilla, 1974.
- Polaino Navarrete*: Derecho penal, PG, Barcelona, 1985.
- Popitz*: Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980.
- Popitz*: Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968.

- Quensel*: Wie wird man kriminell?, KJ 1970, 375.
- Radbruch*: Die Natur der Sache als juristische Denkform, en: Laun-Fs., 1948, S. 157.
- Radbruch*: Rechtsphilosophie, 8^a ed. 1973.
- Radbruch/Gwinner*: Geschichte des Verbrechens, 1951.
- Rebmann/Roth/Herrmann*: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, hasta Abril 1987.
- Reifner/Sonnen*: (edit.) Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984.
- Reiwald*: Die Gesellschaft und ihre Verbrecher (reimp. de Jäger/Moser), 1973.
- Rengier*: Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979.
- Renschler-Delcker*: Die Gerichtshilfe in der Praxis der Strafrechtspflege, 1983.
- Reuband*: Die Polizeipressestelle als Vermittlungsinstanz zwischen Kriminalitätsgeschehen und Kriminalberichterstattung, KrimJ 1978, 174.
- Rieß*: Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Referat zum 52. DJT 1978, L 8.
- Rieß*: Die Zukunft des Legalitätsprinzips, NStZ 1981, 2.
- Rödel/Guldimann*: Sozialpolitik als soziale Kontrolle, en: *Starnberger Studien* 2, 1978, p. 11.
- Rodríguez Devesa*: Derecho penal español, PG, 11^a ed., Madrid, 1988.
- Rodríguez Devesa*: Derecho penal español, PE, 10^a ed., Madrid, 1987.
- Rodríguez Mourullo*: Derecho penal, PG, Madrid, 1976.
- Röhl*: Rechtssoziologie, 1987.
- Romeo Casabona*: Poder informático y seguridad jurídica, Madrid, 1988.
- Rössner*: Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung, ZRP 1976, 141.
- Rogall*: Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977.
- Rolff*: Sozialisation und Auslese durch die Schule, 9^a ed. 1980.
- Roos*: Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981.
- Rosellen/Metzger-Pregizer*: Betriebsjustiz und Strafjustiz als alternative Formen der Normdurchsetzung, en: *Blankenburg u. a.* (edit.) p. 219.

Rotter: Die Gesellschaftlichen Gerichte in der DDR und das Problem der Alternativen zum Recht, en: *Blankenburg y otros* (edit) *Alternative Rechtsformen* p. 462.

Rotter/Dux/Lautmann::(edit) *Rechtssoziologie*, 1980.

Roxin: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, traducción de Luzón Peña, Madrid 1976.

Roxin: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde, Barcelona 1972.

Roxin: *Culpabilidad y prevención*, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde, Madrid 1981.

Roxin: *Strafverfahrensrecht*, 20ª ed. 1987.

Roxin: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed. 1984.

Roxin: *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en: *Schoch* (edit) *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 37.

Roxin/Arzt/Tiedemann: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, traducción de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer, Barcelona 1989.

Roxin: *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción de Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1982.

Rudolphi: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en: *Honig-fs.*, 1970, p. 151.

Rudolphi : *Die Bedeutung von Verfahrensmängeln für die Tatbestandsmäßigkeit einer eidlichen oder uneidlichen Aussage und einer eidesstattlichen Versicherung i. S. der §§ 153-156 StGB*, GA 1969, 129.

Rüping: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 1981.

Rüping: *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren*, 1976.

Rüping: *Der Schutz der Pietät*, GA 1977, 299.

Rüpke: *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, 1975.

Ruland: *Nachbarschaft und Gemeinschaft in Dorf und Stadt*, 1963.

Sack: *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie - Probleme und offene Fragen*, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) *abweichendes Verhalten II*, p. 346.

Sack: *Probleme der Kriminalsoziologie*, en: *König* (edit) *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, vol. 12, 2ª ed. 1978, p. 192.

- Sack*: Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach, KrimJ 1972, 3.
- Sack/König*: (edit.) Kriminalsoziologie, 2^a ed. 1974.
- Sainz Cantero*: Lecciones de Derecho penal, PG. vol. II, 2^a ed., Barcelona, 1985.
- Sarstedt/Hamm*: Die Revision in Strafsachen, 5^a ed. 1983.
- Sax*: Das strafrechtliche "Analogieverbot", 1953.
- Sax*: Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann y otros* (edit.) Die Grundrechte, tomo 3, vol. 2, 2^a ed. 1972, p. 909.
- Schäfer*: H. Die Prädominanz der Prävention, GA 1986, 49.
- Schäfer*: K. Strafprozeßrecht, 1976.
- Schambeck*: Der Begriff der "Natur der Sache", 1964.
- Scheerer*: Freiheit und Kontrolle im neuen Betäubungsmittelgesetz, KJ 1982, 229.
- Schild*: Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffs, en: *Heintel* (edit.) Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, 199.
- Schild*: Strafe - Vergeltung oder Gnade?, SchwZStr 99 (1982), 364.
- Schlaifer*: Analysis of Decisions under Uncertainty, 1969.
- Schlüchter*: Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987.
- Schmidhäuser*: AT (StB), 2^a ed. 1984.
- Schmidhäuser*: AT (LB), 2^a ed. 1975.
- Schmidhäuser*: Vom Sinn der Strafe, 2^a ed. 1971.
- Schmidt Eb*: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3^a ed. 1965.
- Schmidt Eb*: Einleitung, en: Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, 1952, p. VII.
- Schmidt Eb*: Die Sache der Justiz, 1961.
- Schmidt Eb*: Öffentlichkeit oder Publicity? en *el mismo*. Strafprozeß und Rechtsstaat, p. 85.
- Schmidt Eb*: Strafprozeß und Rechtsstaat, 1970.
- Schmidt Jürgen*: Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht, KritV 1966, 83.
- Schmidt-Hieber*: Beschleunigung des Strafverfahrens durch Kooperation?, en: Deutsche Richterakademie-Fs., 1983, p. 193.

- Schmidt-Hieber: Verständigung im Strafverfahren*, 1986.
- Schmidt-Hieber: Vereinbarungen im Strafverfahren*, NJW 1982, 1017.
- Schmidt-Hieber: Der strafprozessuale "Vergleich" - eine illegale Kungelei?*, StrVert 1986, 355.
- Schneider: H. J. Kriminologie*, 1987.
- Schneider: H.J. Viktimologie*, 1975.
- Schneider: J./Schroth Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung*, en: *Kaufmann, A./Hassemer, W.* (edit.) p. 389.
- Schöch: Empirische Grundlagen der Generalprävention*, en: *Jescheck-Fs.*, 1985, p. 1081.
- Schöch: Schulenstreitfall*, en: *Kaiser/Schöch* p. 30.
- Schöch: Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz*, 1973.
- Schöch: Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, ZStW 92 (1980), 143.
- Schöch: Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie*, ZStW 94 (1982), 864.
- Schöch y otros: Rettet die sozialtherapeutische Anstalt als Maßregel der Besserung und Sicherung*, ZRP 1982, 207.
- Schönkel/Schröder y nombre del colaborador: Strafgesetzbuch, Kommentar*, 22ª ed. 1985).
- Schreiber: Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozeß*, en: *Jakobs* (edit.) *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, p. 69.
- Schreiber: Gesetz und Richter*, 1976.
- Schreiber: Die Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung der Verjährungsfristen früher begangener Delikte*, ZStW 80 (1968), 348.
- Schreiber: Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht?*, JZ 1973, 713.
- Schreiber: Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen*, ZStW 94 (1982), 279.
- Schroeder: Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen*, en: *Maurach-Fs.*, 1972 p. 127.
- Schroeder Das Strafrecht des realen Sozialismus*, 1983.
- Schroeder: Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970.

Schröder, Herbert: Drogentherapie nach den §§ 93 a JGG, 35 ff. BtMG, Diss. Trier 1986.

Schroth :Philosophische und juristische Hermeneutik en: *Kaufmann, Arthur/ Hassemer,W.* (edit.) p. 276.

Schubarth : Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 92 (1980), 80.

Schüler-Springorum: *Strafvollzug im Übergang*, 1969.

Schüller-Springorum: *Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz*, en: *Bockelmann-Fs.*, 1979, p. 871.

Schünemann, B.: Einige vorläufige *Bemerkungen* zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes für die Strafrechtsdogmatik, en: *Schneider, H.J.* (edit) *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, p. 407.

Schünemann, B.: *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, en: *el mismo* (edit.) p. 153.

Schünemann, B.: *Nulla poena sine lege?*, 1978.

Schünemann, B.: Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSiZ 1986, 193, 439.

Schünemann, B.: (edit.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984.

Schünke: *Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhunderts*, Diss. Münster 1952.

Schütz Die Gleichheit und die Sinnstruktur der sozialen Welt, en: *el mismo* *Gesammelte Aufsätze II*, 1972, p. 203.

Schultz: *Krise der Kriminalpolitik?*, en: *Jescheck-Fs.*, 1985, p. 791.

Schultz: *Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer*, SchwZStr 71 (1956), 171.

Schumann, K.F.: *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977.

Schumann, K.F.: *Labeling approach und Abolitionismus*, KrimJ 1985, 19.

Schumann, K.F./Winter: Zur Analyse der Hauptverhandlung im Strafprozeß, en: *Friedrichs* (edit.) *Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens*, 1973, p. 174.

Schur: *Crimes without Victims*, 1965.

Schur: *Radical Non-Intervention*, Englewood Cliffs 1973.

Schur/Bedan: *Victimless Crimes*, 1974.

Schwind: *Empirische Kriminalgeographie*, 1978.

- Schwind*: Kriminologie in der Praxis, 1986.
- Schwind*: Zur Zukunft der Sozialtherapeutischen Anstalt, NStZ 1981, 121.
- Schwind y otros*: Dunkelfeldforschung in Göttingen 1973/74, 1975.
- Schwind/Berckhauer/Steinhilper*: (edit.) Präventive Kriminalpolitik, 1980.
- Schwind/Blau*: (edit) Strafvollzug in der Praxis, 1976.
- Schwind/Böhm*: (edit) Strafvollzugsgesetz, Großkommentar, 1983.
- Schwind/Steinhilper*: (edit.) Modelle zur Kriminalitätsvorbeugung und Resozialisierung. Beispiele praktischer Kriminalpolitik in Niedersachsen, 1982.
- Schwinge*: Grundlagen des Revisionsrechts, 2^a ed. 1960.
- Scott/Lyman*: Accounts, Deviance and Social Order, en: *Douglas, J.D.* (edit) Deviance and Respectability, 1970, p. 89.
- Seelmann*: Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", JuS 1979, 687.
- Seerzen*: Zur Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft, NOW 1973, 2001.
- Sessar*: Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, 1981.
- Sessar*: Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung, ZStW 92 (1980), 698.
- Short/Strodtbeck*: Group Process and Gang Delinquency, 1965.
- Sieverts*: Franz von Liszt und die Reform des Strafvollzuges, ZStW 81 (1969), 650.
- Simitis*: Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, 1970.
- Simon*: Die Unabhängigkeit des Richters, 1975.
- SK y nombre del colaborador*: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, vol. 1: AT, 8^a entrega 1987, vol. 2: BT, 21 entrega 1987).
- Smaus*: Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung, 1985.
- Smaus*: Gesellschaftsmodelle in der abolitionistischen Bewegung, KrimJ 1986, I.
- Sola (García Arán / Hormazabal)*: Alternativas a la prisión, Barcelona, 1986.
- Sonnen*: Kriminalität und Strafgewalt, 1978.
- Spittler, G.*: Konfliktaustragung in akephalen Gesellschaften: Selbsthilfe und Verhandlung, en: *Blankenburg y otros* (edit.) p. 142.

- Spittler, G.*: Norm und Sanktion, 1967.
- Stangl*: Empfiehlt es sich, die §§ 210, 220 und 221 StGB (Österreich) ersatzlos zu streichen?, KB 1986, H. 52, 52.
- Steffen*: Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens, 1976.
- Steffen*: Professionalisierung und Prävention, en: *Kerner/Kury/Sessar* (edit) vol. 2, p. 823.
- Steinberg, H.-J.*: Karl Lamprecht, en: *Wehler, H.-U.* (edit.) Deutsche Historiker, 1973, p. 58.
- Steinert*: Kleine Ermüdung für den kritischen Strafrechtler: sich vom "Strafbedürfnis der Bevölkerung" (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen, en: *Lüderssen/Sack* (edit.) Abweichendes Verhalten IV, p. 302.
- Steinert*: Über die Fabrikation einer terroristischen Wirklichkeit und ihre realen Folgen, KB 1976, H. 11-13, 97.
- Steinmetz*: Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe nabsteiner psychologischen Abhandlung über Grausamkeit und Rachsucht, 2 vols. 2ª ed. 1928.
- Staphan*: Die stuttgarter Opferbefragung, 1976.
- Stratenwerth*: Derecho penal, PG, traducción de Gladys Romero, Madrid 1982.
- Stratenwerth*: Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", 1957.
- Stratenwerth*: Strafrecht und Sozialtherapie, en: *Bockelmann-Fs.*, 1979, 901.
- Stratenwerth*: Strafzumessung, in: *Hassemer, W.* (edit.) Sozialwissenschaften Fälle, p. 22.
- Stratenwerth*: Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, (hay traducción de Bacigalupo, Madrid, 1980; El futuro del principio de culpabilidad).
- Stratenwerth*: Die Definition en im Allgemeinen Teil des Entwurfs, 1962, ZStW, 76 (1964), 669.
- Stree*: Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960.
- Stree*: In dubio pro reo, 1962.
- ⁴ *Stüber*: Generalpräventive Strafzumessung, Diss. Frankfurt a.M. 1980.
- Sturm*: Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ, 1974, 1.
- Sykes / Matza*: Techniken der Neutralisierung; en: *Sack / Köning* (edit.), p. 360.

- Tenckhoff*: Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, 1974.
- Terradillos Basoco*: Terrorismo y Derecho, Madrid, 1988.
- Terradillos Basoco*: La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídicopenal, RFDUC, 63.
- Terdenge*: Strafsanktionen in Gesetzgebung und Gerichtspraxis, 1983.
- Thieme*: Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl, 1975, 769.
- Thormundsson*: Der sogenannte Neoklassizismus im Verhältnis zur nordischen bzw. isländischen Kriminalpolitik, en: *Eser / Cornils* (edit.), p. 65.
- Tiedemann*: Zeitliche Grenzen des Strafrechts, en: K. Peters-Fs., 1974, p. 193.
- Tiedemann*: Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, 1980.
- Tiedemann*: Introducción en: *Roxin / Arzt / Tiedemann*, Introducción al Derecho penal y Derecho procesal penal.
- Tiedemann*: Subventionskriminalität in der Bundesrepublik, 1974.
- Tiedemann*: Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969.
- Tiedemann*: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I, AT, 1976.
- Tomás y Valiente*: La tortura en España, Barcelona, 1973.
- Tomás y Valiente*: El Derecho penal de la Monarquía absoluta, Madrid, 1969.
- Treiber*: Widerstand gegen Reformpolitik, 1973.
- Triffiterer*: Umweltstrafrecht, 1980.
- Tröndle*: Zur Frage der Berufung in Strafsachen, GA 1967, 161.
- v. Trotha*: Distanz und Nähe, 1987.
- v. Trotha*: Recht und Kriminalität, 1982.
- Vanderg*: Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982.
- Willmow*: Schwereereinschätzung von Delikten, 1977.
- Vogler*: Betriebsjustiz und Strafrechtspflege, en: *Kaiser / Metzger-Pregitzer* (edit.), p. 1.
- Volk*: Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978.
- Volk*: Kriminalpolitik und Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BKA-Vortragsreihe, vol. 26 (1981), 57.
- Walter*: Strafaussetzung zur Bewährung, Bewährungshilfe und Führungsaufsicht, en: *Sieverts / Schneider*, H. J. (edit.) Handwörterbuch der Kriminologie, vol. 5, Lfg. 1, 1983, p. 151.

- Weber, H.: Das neue Recht der Ordnungswidrigkeiten, JuS 1969, 41.
- Weber, U.: Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NStZ 1986, 481.
- Wehler: Geschichte als Historische Sozialwissenschaft, 1973.
- Weigend: "Neoklassizismus" - ein transatlantisches Mißverständnis, ZStW 94 (1982), 801.
- Weigend: Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, ZStW 96 (1984), 761.
- Weigend: Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44.
- Welzel: Zur Dogmatik im Strafrecht, en: Maurach-Fs., 1972, p. 3.
- Welzel: Das Gesinnungsmoment im Recht, en: v. Gierke-Fs., 1950, p. 290.
- Welzel: Naturrecht und Rechtspositivismus, en: Maihofer (edit.) Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 1962, p. 322.
- Welzel: Derecho penal alemán, traducción de Bustos Ramírez y Yañez Pérez, Santiago de Chile, 1970.
- Werfel: Nicht der Mörder, der Ermordete ist schuldig, 1920.
- Wesel: Aufklärungen über Recht, 1981.
- Wesel: Juristische Weltkunde, 1984.
- Wesel: Zur Entstehung von Recht in frühen Gesellschaften, KJ 1979, 233.
- Wessels: Derecho penal, PG, Buenos Aires, 1980.
- Wessels: Zur Problematik der *Regelbeispiele* für "schwere" und "besonders schwere Fälle", en: Maurach-Fs., 1972, p. 295.
- Wessels: Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, 169.
- Westermann, H. P.: Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ, 1972, 537.
- Wettstein: Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozess, Diss. Zürich, 1966.
- Widmaier: Des strafprozessuale Vergleich, StrVert 1986, 357.
- Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967.
- Wieacker: Zur praktischen Leistung der *Rechtsdogmatik*, en: Gadamer-Fs., Bd. II, 1970, p. 311.
- Wiese: Der Verfassungssatz *ne bis in idem* - Art. 103 Abs. 3 GG - und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch. 56 (1965), 203, 354.

- Winter / Schumann K. F.:* Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, zugleich ein Beitrag zur Frage des rechtlichen Gehörs, en: *Rehbinder / Schelsky* (Hrsg.) *Zur Effektivität des Rechts*, 1972, p. 529.
- Wolff, E. A.:* Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: *Hassemer, W.* (edit.) *Strafrechtspolitik*, p. 137.
- Wolff, E. A.:* Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, *ZStW* 97 (1985), 786.
- Wolff / Bachof / Stober:* *Verwaltungsrecht II*, 5^a ed., 1987.
- Wolter:* Schuldinterlokut und Strafzumessung, *GA* 1980, 81.
- Worms:* Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Abs. 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984.
- Würtenberger, Th.:* Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2^a ed., 1959.
- Würtenberger, Th.:* *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970.
- Würtenberger, Th.:* Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung, 1933 (reimp. 1973).
- Würtenberger, Th. / Heinz:* Familie und Jugendkriminalität, en: *Wurzbacher* (edit.) *Die Familie als Sozialisationsfaktor*, 2^a ed., 1977, p. 392.
- Zachariä:* Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werden sollen, *ArchCrimR NF* 12 (1845), 566.
- Zaczyk:* Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, 1981.
- Zapf:* (edit.) *Theorien des sozialen Wandels*, 2^a ed., 1970.
- Zeller:* *Phänomenologie der Geiselnahme aus der Sicht der Opfer*, Diss. Phil. Berlin, 1978.
- Zipf:* *Política criminal*, Madrid, 1982.
- Zipf:* Kriminalpolitische Überlegungen zum *Legalitätsprinzip*, en: *K. Peters-Fs.*, 1974, p. 487.
- Zipf:* Strafantrag, Privatklage und staatlicher Strafanspruch, *GA*, 1969, 234.
- Zipf:* Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch, *JuS*, 1974, 273.
- Zöllner:* Betriebsjustiz, *ZZP* 83 (1970), 365.