

NOCIONES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO. 1. Definición. 2. Estructura. 1. Normas penales incompletas. II. Normas penales en blanco. 3. Elementos de la norma penal. A. Delito. 1 Acción. 2. Antijuricidad. 3. Tipicidad. 4. Culpabilidad. Causalismo y finalismo. Tipo y culpabilidad. B. Pena. C. Medidas de seguridad. III. DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO. 1. Planteamiento. 2. Límites. I. Principio de legalidad. —Garantía criminal. —Garantía penal. —Garantía de ejecución. —Garantía jurisdiccional. II. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. III. Principio de intervención mínima. IV. Principio de culpabilidad.

I. INTRODUCCION

Antes de ir exponiendo, mediante un estudio sistemático por el que se irá desglosando el concepto de Derecho Penal, se hace necesaria una pequeña introducción acerca del carácter científico del estudio del Derecho tantas veces puesto en entredicho esencialmente en el siglo pasado cuando un jurista alemán, Kirchmann formuló el más difundido anatema contra la ciencia jurídica; "Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura".

Sin embargo esta afirmación ha sido tachada por quienes defienden el carácter científico del Derecho como totalmente inexacto por cuanto aunque las leyes cambien, como cambia la sociedad, el mundo en que vivimos incluso en mayor medida que lo hacen las normas debiéndose precisamente el cambio de aquellas a la necesidad que tienen de adaptarse a las nuevas situaciones para no quedarse desfasados o inservibles, no se puede descartar el carácter científico del estudio del Derecho. La frase de Kirchmann no podrá afectar nunca a los libros verdaderamente científicos que gozarán de ese carácter a pesar de que cambie el objeto de estudio por cuanto es precisamente esta variación, la posibilidad de

un estudio dinámico y crítico, lo que le da carácter científico del que carecería a sensu contrario, con la invariación del objeto.

En este sentido, nos dirigimos al Derecho para superar precisamente la variabilidad de las leyes en concreto, el cual, toma significado en la norma como concepto (que será posteriormente objeto de estudio en un análisis más detallado) y en la conducta como fenómeno jurídico. Siendo así que se nos presenta como un producto de la historia, fiel reflejo de la cultura y pasado de un pueblo y de una sociedad en la que incide directa y permanentemente por lo que se encuentra en un constante proceso de elaboración y aplicación que lo convierte, por otra parte, en el instrumento más eficaz para la consecución de una convivencia ordenada dentro de esa sociedad, lo que nos llevará directamente al estudio del fundamento y límites con que debe ser utilizado el Derecho como instrumento coactivo.

El Derecho Penal, según la distinción que procede del concepto general de Derecho puede ser considerado desde dos puntos de vista distintos: El objetivo y el subjetivo.

II.- DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO

1. *Definición*

Es el conjunto de normas jurídicas que constituyen el denominado ordenamiento jurídico penal que tienen por objeto la determinación de las infracciones de naturaleza penal y sus correspondientes sanciones —penas y medidas de seguridad— (1).

Existen otras muchas definiciones de Derecho penal en sentido objetivo (2) que no difieren en gran medida sino en pequeños matices de la anterior, entre ellas la de Cuello Calón (3) "El conjunto de normas establecidas por el Estado que determina los delitos, las penas y las me-

(1) Para Mir Puig: "Introducción a las bases del Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pág. 29, es el "conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil".

(2) La definición de Von Liszt en su tratado de Derecho penal, Madrid 3^o E.I, pág. 5: "Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia" fué la que sirvió de base a las formuladas posteriormente.

(3) "Derecho Penal" Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1960, pág. 8.

didias de corrección y de seguridad con que aquellos son sancionados”, para Maggiore, el Derecho penal “es el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito “reo” es sometido a una pérdida o disminución de derechos personales” (4).

La evolución de los diversos sistemas penales han hecho que junto a la pena se incluyan las llamadas medidas de seguridad en la definición de Derecho penal (5).

Para Camargo Hernández son características fundamentales del ordenamiento jurídico penal, 1ª) pertenece al derecho público interno, ya que el delito tiene valor de una ofensa a la sociedad y la pena lo tiene de retribución a los intereses sociales (6). En este punto surge la cuestión de los delitos privados en los que es necesaria la previa existencia de una denuncia o querrela a la que responde muy claramente Ferrer Sama “Nada significa el hecho de que ciertas conductas delictivas, queden en su efecto, condicionadas a la formulación de instancia por parte del agraviado. Quien confundiese el concepto de los llamados delitos privados hasta el extremo de negar la existencia en los mismos de un atentado al orden social, desconocería la propia naturaleza de tales infracciones ignorando que respecto a las mismas dicho condicionamiento de la perseguibilidad no obedece sino a razones de política criminal que no borran en modo alguno la existencia de un verdadero atentado a los bienes públicos que el ordenamiento jurídico penal tutela”.

2ª) Dada la instramisibilidad de la sanción penal que únicamente recae sobre el actor o copartícipe de la violación o precepto contenido en sus normas es de carácter personal.

3ª) Es una disciplina autónoma. La norma penal, como toda norma jurídica, consta del precepto y de la sanción y, así como este Derecho tiene sus sanciones propias, también tiene sus propios preceptos que, sin perjuicio de las naturales relaciones entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico, fija con toda independencia. El supuesto de que un mismo hecho esté regulado por más de una rama del ordenamiento jurídico no quiere decir nada en cuanto a la independencia de ninguna

(4) “Diritto Penale” Ed. 5ª, Zanichelli, Bolonia, Vol. I, Tomo I, pág. 4.

(5) J. Antón Oneca, en J. Antón Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz, Derecho Penal, I, Madrid 1949, pág. 1; J. M. Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, cit., pág. 9 y ss.; C. Camargo Hernández, Introducción al estudio del Derecho Penal, Barcelona 1964, pág. 11.

(6) “Introducción al Derecho Penal” Ed. Bosch, Barcelona 1964, pág. 13.

de éstas, se trata simplemente de un concurso de normas cuya distinta naturaleza se determinará por sus correspondientes sanciones.

El Derecho penal es sancionador, pero no en el sentido de tener un carácter secundario o complementario de las otras ramas del Derecho —privado o público— sino de sus propios preceptos, al igual que las restantes disciplinas jurídicas.

Es de carácter imperativo, es decir, encierra el mandato de seguir una determinada conducta ya sea activa o de carácter negativo bajo la amenaza de incurrir en la sanción que se establezca, aplicación de una pena o de una medida de seguridad.

4ª) Es de carácter aflictivo y preventivo, este es precisamente el principal carácter diferenciador de los demás ordenamientos jurídicos y exige un estudio pormenorizado de los caracteres específicos de la sanción, pena y medidas de seguridad que más adelante analizaremos.

Vistas las características del ordenamiento jurídico penal, considerado éste como un conjunto de normas, procede ahora el estudio pormenorizado de la norma jurídico penal.

Para Elias Diaz (7), el Derecho es un sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos comportamientos humanos en una determinada sociedad.

En esta perspectiva, el Derecho se muestra como una técnica de organización social: una técnica normativa que contribuye a la implantación de un determinado orden, a la realización de un determinado modelo de organización en una sociedad. Es pues algo situado en la historia, un resultado o producto histórico.

Ese orden instaurado por el Derecho se apoya sobre un determinado sistema de intereses y sobre una determinada concepción del mundo. Orden y Justicia, serían así los dos objetivos o aspiraciones primordiales a lograr por este sistema normativo que es el Derecho, también los dos valores desde los cuales intenta legitimarse todo sistema de legalidad. En función de estos dos objetivos se regulan, por las normas, los comportamientos humanos en sociedad. La norma aparece así como la referencia más inmediata del Derecho, bien sea en cuanto producto sin más de la regularidad misma de los comportamientos (normas consuetudinarias), bien —siendo esta mucho más frecuente en los ordenamientos actuales—

(7) "Sociología y Filosofía del Derecho", Ediciones Taurus, Madrid 1980, pág. 11.

en cuanto producto de las regulaciones impuestas por el poder político a dichos comportamientos (normas legales). En ambos supuestos el resultado es la consecución de conductas regladas, ordenadas dentro de un todo social.

Así pues, considerando el Derecho como sistema normativo se presenta como un sistema de seguridad y de control social.

2. La Estructura de la norma penal, es común a toda norma jurídica formalmente completa y consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica (8).

La diferencia entre la norma penal y las demás normas radica en que en la norma penal el supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica una pena o una medida de seguridad (9).

Para Rodríguez Devesa (10) el nombre de medidas de seguridad cubre medidas de muy diversa naturaleza. Desde la auténticamente asegurativas, semejantes a las penas casi en todo, como la custodia de seguridad para delincuentes incorregibles, hasta de índole médica, curativa, como las que se aplican a los enfermos mentales, pasando por las netamente reeducadoras previstas para los menores.

Para Muñoz Conde (11) el prototipo de una norma penal completa lo constituye, por ejemplo el Artículo 407 del Código Penal: "El que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor" porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho de "matar a otro" y la consecuencia jurídica "la pena de reclusión menor". Ello no sería así para Mir Puig (12) si por norma completa se entiende aquella que determina exhaustivamente el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica, para quien ni las preposiciones contenidas en la parte especial ni, por supuesto las que se hallan en la parte general encierran por sí solas normas penales completas en cuanto a su contenido (sin embargo formalmente, la mayor parte de disposiciones de la parte especial son "completas" en cuanto responden a la estructura de hecho —consecuencia jurídica—).

(8) En este sentido Camargo Hernández, ob. cit. pág. 162 y ss.; F. Muñoz Conde, "Introducción al Derecho Penal", Ed. Bosch, Barcelona 1975, pág. 14 y ss.

(9) F. Muñoz Conde, ob. cit. pág. 14.

(10) "Derecho penal español", Parte General, Madrid 1981, pág. 10.

(11) Ob. cit. pág. 15.

(12) Ob. cit. pág. 40 y ss.

Siguiendo a Muñoz Conde en este apartado, la cuestión principal surge cuando para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos artículos del Código penal que no están en inmediata conexión o a una norma jurídica de carácter extrapenal, encontrándonos en presencia de las llamadas normas penales incompletas y normas penales en blanco.

I. *Normas penales incompletas*

Son los preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar, como por ejemplo el Artículo 8 del Código penal, sobre las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, en el que no se hace referencia a ningún supuesto de hecho concreto; o el Artículo 30, entre los preceptos que sirven para aclarar el ámbito o extensión de la consecuencia jurídica.

La razón de la existencia de estos preceptos radica en la conveniencia de una economía legislativa (13). Si para cada figura de delito hubiese que aludir a todas las proposiciones complementarias de la parte general el Código penal debería repetir su Libro I tantas veces cuantos delitos contiene los Libros II y III, lo que resulta a todas luces absurdo. De ahí la constitución de la parte general del Derecho penal constituido por normas penales incompletas.

II. *Normas penales en blanco*

Para Muñoz Conde, es aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal.

En este punto existen variedad de opiniones según los autores, que sin embargo coinciden en afirmar que la norma penal en blanco una vez completada es tan norma penal como la otra (14).

En su origen sirvió en Alemania para explicar los casos en que la

(13) En este sentido, J. M. Rodríguez Devesa, ob. cit. "Un lento proceso histórico ha ido extrayendo de lo que hoy llamamos parte especial, aquellos componentes de la Ley penal que se repiten en todos o en varios delitos para formar con ellos la parte general".

(14) En este sentido: J. M. Stampa Braun "Introducción a la ciencia del Derecho penal", Valladolid 1953, pág. 33; Mezger, "Tratado de Derecho penal", Tomo I (Traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid 1955), pág. 397.

Ley del imperio dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados o de los Municipios (15). Es decir se concibe desde un principio como autorización o delegación por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la Ley penal en blanco. Esta es la concepción de *Bilding*. Junto a este supuesto, el complemento de la Ley en blanco se halla contenido en otra Ley, pero emanada de otra instancia legislativa, Mezger añadió otros dos supuestos, 1º el complemento se halla contenido en la misma Ley, y 2º el complemento se halla contenido en otra Ley, pero emanado de la misma instancia legislativa.

El planteamiento de Mezger es aceptado en la doctrina de nuestro país por Rodríguez Devesa (16) y es rechazado por Jiménez de Asua (17) el cual niega el carácter de ley penal en blanco al supuesto en que el complemento se ubica en la misma ley, admitiendo el caso de remisión a Ley distinta del mismo rango, aunque lo llama "caso impropio" y reserva "la exrictiez o rigurosidad de las leyes en blanco" para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad; y por Stampa Braun (18) que limita esta denominación al caso en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior, considerando los otros dos supuestos como variedades de técnica legislativa.

La regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, etc. —por sólo citar sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa—, está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etc. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, sopena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. Esta existe independiente de que el acto, a través del que se consigna el supuesto de hecho, tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa, como se da por ejemplo en el Artículo 339 del Código Penal.

(15) J. M. Stampa Braun, ob. cit. pág. 30.

(16) "Derecho Penal español, Parte General", 4ª Ed. Madrid 1974, pág. 149.

(17) "Tratado de Derecho Penal II", 3ª Ed. Buenos Aires, 1964, pág. 353.

(18) Ob. cit. pág. 32 y ss.

Es importante destacar como hace Muñoz Conde “el peligro que encierra el empleo de la norma penal en blanco” (19), ya que, supone muchas veces una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que les sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta puede ser determinado por una autoridad, que constitucionalmente no está legitimada para ello, por ejemplo el Artículo 520 del Código penal; haciendo incapié en que lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de la remisión a las órdenes o reglamentos que se hacen en las normas penales en blanco, la facultad de determinar el ámbito de prohibición penal.

3. *Elementos de la norma penal*

De la definición dada en un principio se deduce que el Derecho penal en la actualidad, trata del delito, de la pena, y de las medidas de seguridad.

A. *DELITO*

Para Rodríguez Devesa (20) el delito en su acepción formal es la conducta que castiga la ley con una pena, la acción penada por la ley, o sea el conjunto de presupuestos de la pena; y en su acepción material es una acción típicamente antijurídica y culpable a la que esta señalada una pena (21). Voy a tratar de analizar, aunque sea de una manera breve todos y cada uno de los elementos del delito:

1. *La acción*: “siguiendo a Rodríguez Devesa la acción es un acaecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana. Asimismo para Muñoz Conde, acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana (22).

Esta puede ser de tres clases, acción en sentido estricto, cuando se trata de un hacer algo; omisión, o un no hacer y la combinación de las

(19) Ob. cit. pág. 22 y ss.

(20) Ob. cit. Madrid 1981, pág. 311.

(21) Para Luis Rodríguez Ramos, Compendio de Derecho penal, Parte General, 1ª Ed., Editorial Trivium, Madrid 1984, pág. 139, “desde el punto de vista de la Ley penal, el delito es una conducta injusta —antijurídica— y reprochable a una persona culpable”.

(22) “Teoría General del Delito”, Editorial Temis; Bogotá 1984, pág. 11.

dos anteriores o comisión por omisión.

Y así el acto es una manifestación de la voluntad que mediante acción u omisión produce un cambio en el mundo exterior (23).

A fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetra en la ciencia del Derecho penal la teoría causal de la acción, que dividió a la misma en dos partes constitutivas distintas: el proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subjetivo de voluntad, por el otro. Según esta teoría, el contenido de voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor. Según ello, la acción es un puro proceso causal, que ha originado la voluntad en el mundo exterior —efecto de la voluntad—, sin considerar si lo ha querido o solamente lo ha podido prever —contenido de voluntad—. El contenido subjetivo de voluntad no tiene para la acción significación; el problema del contenido de la ciencia se elimina del concepto de la acción y es solamente de importancia para el problema de la culpa.

Este concepto naturalista de la acción, excluye el contenido de la voluntad (dolo), de toda función creadora sobre la acción; el contenido de la voluntad debe ser de importancia solamente para la culpabilidad y no para la acción. La acción es puro efecto causal de la voluntad.

Este concepto objetivo causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del Derecho penal. Antijuridicidad y culpa fueron distribuidos en el efecto objetivo de voluntad y el contenido subjetivo de voluntad. La antijuridicidad se refiere al suceso exterior objetivo (la lesión causal de bienes jurídicos); la culpa se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado.

Según el concepto final de acción, “la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista”. La acción es por tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan pendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder

(23) L. Jimenez de Asua, “La teoría jurídica del delito”, Madrid 1931, pág. 31.

causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por esto, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega".

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo y las quiere realizar por ello. Sólo en relación a esta consecuencia de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

Por último el concepto social de acción (24) engloba todos aquellos comportamientos humanos relevantes para el Derecho penal, pudiendo asimismo representar la mas alta unidad respecto a todos los fenómenos punitivos (función clasificadora).

Así afirma Rodríguez Mourullo (25) que "el significado que conviene a un comportamiento humano en una "unidad de sentido social" puede proceder tanto del ejercicio de la actividad final (acciones dolosas) como del desarrollo de un curso causal precisamente en la medida en que se dejó escapar a la sobredeterminación final (imprudencia), tanto de la posición de causas (acción positiva) como de la no interrupción de una cadena causal ya en marcha (omisión)".

2. *Antijuridicidad*: Para que toda conducta humana sea constitutiva de delito ha de llevar aparejada una conducta contraria a la norma penal que prohíba u ordene su ejecución, o lo que es lo mismo ha de ser antijurídica (26). La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal.

Pero aun reconociéndole un carácter predominantemente objetivo, se ha observado, por parte de la doctrina, que determinados hechos delictivos presentan un marcado carácter subjetivo, muestran una específica actitud psicológica del agente, dirigida a un determinado fin. Una mis-

(24) Rodríguez Mourullo, "Derecho Penal, Parte General", pág. 220.

(25) Ob. cit. pág. 220.

(26) E. Cuello Calón. "Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Ed. 14ª, Editorial Bosch. Barcelona 1964, pág. 342.

ma conducta exterior, se ha dicho, puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con que lo ejecute. Estos elementos de índole subjetiva son denominados "elementos subjetivos del injusto". La presencia de semejantes rasgos subjetivos en la antijuridicidad no supone la fusión de ésta con la culpabilidad, pero sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

A Von Liszt (27) se debe la distinción entre antijuridicidad formal y material, muy discutida, pero de bastante aceptación. La acción es formalmente antijurídica en cuanto transgresión de una norma establecida en cuanto significa una conducta dañosa para la sociedad: un ataque a los intereses de los particulares o de la colectividad; esto es, lesiona o pone en peligro un bien jurídico.

Los penalistas adheridos a la filosofía de los valores han dado particular relieve al bien jurídico como concepto central de la teoría del delito. El bien jurídico, protegido por el precepto penal y atacado por el delito, no es sólo un interés defendido por el Estado mediante el precepto penal, sino la síntesis valorativa de la figura delictiva, el fin mismo con arreglo al cual debe ser interpretada aquélla.

Debemos tratar aquí, sin duda, las causas de justificación que determinan la licitud de la acción. Estas circunstancias se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico y concretamente de nuestro ordenamiento penal, así en el Artículo 8 circunstancia 4^a sobre la legítima defensa, 7^a estado de necesidad, 11^a cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y 12^a obediencia debida.

Para Rodríguez Devesa (29) se han de reconducir las causas de justificación a dos principios fundamentales: a) el de la ausencia del interés, consistente en que allí donde cesa de haber un interés que tutelar desaparece la reprobación estatal por la acción realizada y b) el principio del interés preponderante, que abarca las causas de justificación cuya razón descansa en que se da una situación conflictiva entre diversos intereses, uno de los cuales es reconocido por el ordenamiento jurídico como de mayor valor.

(27) J. Anton Oneca, "Derecho Penal, Parte General". Tomo I, Madrid 1949, pág. 180.

(28) Para Cobo-Vives, "Derecho Penal, Parte General", Valencia 1984, pág. 253, "es la contradicción del hecho con la Ley".

(29) Ob. cit. pág. 483, Madrid 1981.

3. *La tipicidad*: En la conducta humana se presentan a veces acciones que además de ser socialmente reprobables han sido penadas por la Ley (30). Para que un acto sea crimisible es necesario que el legislador lo haya descrito de una manera objetiva como tal infracción. Es decir "tipo" es la definición del hecho que se ha considerado delito en cada caso, en la simple descripción objetiva del hecho.

Para Rodríguez Devesa (31) la tipicidad es una consecuencia inevitable del principio de legalidad. Exige una concreción, una determinación por vía legal, de los casos en los que se puede y debe aplicar la pena. Así pues para Muñoz Conde (32) sólo podrán tener la consideración de delito los hechos tipificados como tales en la ley penal. De tal forma que "ningún hecho por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal".

4. *La culpabilidad*: Según Mezger (33) "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.

La culpabilidad jurídico penal, es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consiguientemente, la pena que al autor ha de aplicarse. En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos de hecho de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada. Lo que no ocurre en los casos de error, tanto de tipo como de prohibición, si es invencible; castigándose si fuere vencible, en su caso, como culposa para el error de tipo y aplicándose el Artículo 66 que atenua la pena en uno o dos grados para los casos de error de prohibición.

Con anterioridad a la regulación del error en el Artículo 6 bis a) del

(30) Jimenez de Asua. Ob. cit. pág. 35 y ss.

(31) Ob. cit. Madrid 1981, pág. 397 y ss.

(32) Ob. cit. Bogotá 1984, pág. 39.

(33) "Tratado de Derecho Penal" Tomo II. Traducción de la 2ª edición alemana por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid 1935, pág. 7.

Código Penal el tema había sido ya objeto de estudio por parte de penalistas (34) dada su máxima relevancia en el campo de la culpabilidad. Unos veían posible la regulación del error a partir de la palabra "voluntarias" del Artículo 1º del Código penal; otros en el desaparecido Artículo 50 que regulaba la preterintencionalidad; y no faltaron también quienes opinaban que podían deducirse del Artículo 52 —delito imposible o tentativa inidónea— o incluso en base a la analogía "in bonan partem" considerarlo incluido el error como una análoga de la enajenación mental (35).

En cuanto a las formas de culpabilidad, cabe citar, aunque se haga aquí muy brevemente, el dolo y la culpa, cuya distinción fundamental desde el punto de vista de la abolición del resultado consiste en que el sujeto en la actuación dolosa quiere el resultado criminal, o se representa la posibilidad de que ocurra, mientras que en el hecho culposo la voluntad no consiente en el resultado que sin embargo era previsible y evitable.

Causalismo y finalismo

Tipo y culpabilidad

Segun Gimbernat (36) "El sistema finalista y el tradicional coinciden en que ambos estructuran el delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; difieren en cambio entre sí en el contenido que dan a estos elementos. Para la dirección causalista, el tipo de hecho doloso y el culposo son idénticos (acción, causalidad, resultado); la distinción entre delito intencional e imprudente no se establece hasta llegar a (las formas de) la culpabilidad: es ahí donde se examina si la voluntad del autor esta dirigida al resultado típico (delito doloso) o no (en este caso, si aún no queriéndose el resultado se ha actuado sin observar la diligencia debida, habrá imprudencia).

El finalismo, en cambio, distingue ya en el tipo entre delito doloso y culposo. Además de la causalidad entre comportamiento de la volun-

(34) A. Torio López, "El error iuris" perspectivas materiales y sistemáticas. ADP. pág. 25 y ss. Madrid 1975.

(35) G. Quintero Olivares y F. Muñoz Conde, "La reforma penal de 1983", Barcelona 1983, pág. 42 y ss.

(36) "El sistema del Derecho penal en la actualidad". Separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1-1971-2.

tad: si el autor quiso el resultado —y sólo entonces— habrá tipo doloso; si no fuese el caso, habrá a lo sumo —si se actuó negligentemente— un hecho imprudente. Con otras palabras: para el finalismo, lo que la presencia o no presencia de dolo condiciona no es la exclusión de la forma dolosa de culpabilidad de la acción típica y antijurídica, sino la existencia de tipicidad dolosa.

Pero el dolo finalista no es el de la teoría tradicional. El dolo de la teoría tradicional es un *dolus malus*; el del finalismo, un dolo neutro. El dolo forma de culpabilidad, el *dolus malus* del sistema anterior al finalismo se compone de conocimiento y voluntad de los elementos del tipo, por una parte; y, por otra, de conciencia de la antijuridicidad. De ahí se sigue que para la concepción causalista el hecho puede no ser doloso, bien por falta de conocimiento de algún elemento del tipo (el auto, que conoce la prohibición del Artículo 514, número 2 del Código penal, toma una cosa perdida creyendo que ha sido abandonada), bien por falta de conciencia de la antijuridicidad (el autor ignora la prohibición del 514.2 de que apoderarse de una cosa perdida es hurto). De lo expuesto se deduce que también en la esfera de la culpabilidad existen notables diferencias entre sistema tradicional y finalismo. Mientras que para aquél el dolo aparece en la culpabilidad estando integrado por conocimiento del tipo y de lo injusto, para los finalistas en la culpabilidad sólo se examina la conciencia de la antijuridicidad, pues el dolo —el dolo neutro— ha quedado incorporado a la tipicidad”.

B. PENA

Una primera noción de la pena nos lleva a considerarla a esta como un “castigo” impuesto por el legislador al sujeto infractor de la norma penal.

Esta cuestión trasciende incluso del estudio del Derecho entroncando directamente con otras disciplinas para las que el estudio de la pena (su significado, su fin. . .) es asimismo primordial, como por ejemplo la sociología.

La pena sirve al Estado para la protección de los bienes jurídicos, para el mantenimiento de una convivencia en paz.

De estas dos primeras nociones de pena se deducen las fundamentales posturas mantenidas por la doctrina en el estudio del sentido y fin de la pena, a) teorías absolutas: atienden únicamente al primer sentido antes aludido, es decir, es mera consecuencia del mal causado. Para los

defensores de esta doctrina su función es únicamente retributiva.

Sin embargo, esta teoría no ha sido seguida en sus términos estrictos ya que junto a esta primera función tanto la ciencia penal como las legislaciones han atribuido a la pena fines sociales de prevención; b) son precisamente las teorías relativas las que atienden al fin que se quiere conseguir con la misma, tendente a la prevención de futuros delitos. Prevención que actúa sobre la colectividad, mostrando a los ciudadanos las consecuencias del delito en los que crea intimidación y para que se mantengan en el campo de la legalidad, es la llamada prevención general (37) cuyo principal representante fué Feuerbach.

O que, según las teorías de la prevención especial, actúa sobre el delincuente al que la pena le ha de servir para que no vuelva a delinquir, cuyo principal representante fue Von Liszt.

Logicamente de estas dos teorías contrapuestas surgió una postura ecléctica que combina los criterios mantenidos por cada una de ellas o teorías de la unión, dentro de las que sin embargo surgen diversas opiniones a pesar de lo cual coinciden en concebir la función del derecho penal como protección de la sociedad.

C. MEDIDAS DE SEGURIDAD

La idea de prevención especial, alcanza su máximo significado con las llamadas medidas de seguridad, que, para Cuello Calón (38) “consisten en especiales medidas preventivas impuestas por el Estado a determinados grupos de delincuentes para conseguir su adaptación a la vida social o su segregación de la misma, o, aun sin aspirar específicamente a estas finalidades, lograr la prevención de nuevos delitos”.

La lucha contra el delito, llevada a cabo juntamente por la pena y la medida de seguridad configura el llamado Derecho penal dualista que se opone al llamado Derecho penal monista en el que únicamente se utiliza como medio de prevención y lucha, contra la criminalidad, la pena (39).

(37) Cuestión estudiada por J. M. Gómez Benitez, “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Monográfico nº 3, pág. 129 y ss.

(38) Ob. cit. Barcelona 1960, pág. 665.

(39) La Ley de Vagos y Maleantes de 1933, introdujo las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a esto el sistema bicarrial (40) entiende convergente en la prevención la función de la pena y de la medida e incluso coincidentes en la prevención especial que ambas pretenden, lo cual les permiten superar el sistema dual.

De lo hasta el momento expuesto, se deduce que la pena atiende al delito ya cometido por lo que lo tiene una directa referencia con el principio de culpabilidad, mientras que la medida de seguridad al referirse al de posible comisión, en el futuro, atiende a la idea de peligrosidad del sujeto.

Muñoz Conde (41) distingue entre peligrosidad predelictual y peligrosidad postdelictual, el cual considera que la propia naturaleza y concepto del Derecho penal se deriva que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico penales lo constituye únicamente la peligrosidad postdelictual, por lo que el Derecho penal únicamente tratará de éstas conductas; sin embargo la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social aplica estas medidas a caso de peligrosidad predelictual, por entenderse que el individuo se halla en estado peligroso. No se trata pues de enjuiciar conductas delictivas sino maneras de ser.

Las medidas de seguridad en lo que a su forma de ejecución se refiere, han sido de hecho auténticas penas y técnicamente se han considerado por un sector de la doctrina como un ataque al principio de "nom bis in idem".

III.- DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO

1. Planteamiento

Analizaremos ahora el segundo punto de vista en que como ya hemos dicho puede ser entendido el Derecho penal partiendo de la distinción clásica en Derecho entre el sentido objetivo y el subjetivo. Entendiendo éste último como la facultad (si bien otros autores prefieren utilizar otras denominaciones) (42) que corresponde al Estado de crear y aplicar la norma penal, también denominado "ius puniendi" o derecho que tiene el Estado a castigar al sujeto infractor de un precepto penal me-

(40) En este sentido Artículo 86 y ss. de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal.

(41) Ob. cit. pág. 40 y ss.

(42) G. Quintero Olivares, "Represión Penal y Estado de Derecho", Editorial Diosa, Barcelona 1976, pág. 37 y ss.; Cobo, "Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado, en RDPCO, n°. 63-1976, pág. 257 y ss.

dian­te la aplicación de las sanciones —penas y medidas de seguridad— señaladas por la propia norma.

De lo que a simple vista se deduce, como así también lo entiende la doctrina que la titularidad de este derecho corresponde al Estado (43), lo cual, data ya de antiguo, si bien con matices muy diversos, constatados a lo largo de la historia de la humanidad y su evolución y desarrollo, en cuanto al fundamento y justificación de este derecho a castigar.

Sin embargo el ejercicio de este Derecho no es absoluto y arbitrario y esta sujeto a una serie de límites que más adelante analizaremos y mediante los que se justifica el propio ejercicio de este derecho por el Estado. Lo cual entronca directamente con el estudio de la teoría del Estado y las funciones que el mismo desempeña en la Sociedad. En este sentido y según el Artículo 1.1. de la Constitución Española “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” por lo que, la lucha contra la criminalidad, mediante los sistemas de retribución y prevención ya estudiados deberá llevarla a cabo mediante el respeto máximo a los principios democráticos, en este sentido Quintero Olivares (44) entiende que “sistema parlamentario, en lo que respecta al Derecho penal, no significa sin más legitimación democrática del mismo, sino únicamente, y ya es mucho, cumplimiento de una primera y fundamental condición para que aquella pueda alcanzarse”.

2. Límites

1.- Principio de legalidad

Surge con la Revolución Francesa por lo que expresa la ideología liberal frente al absolutismo y supondrá un “primer eslabón” para la consecución del estado de Derecho, corresponde al aforismo “nulum crimen, nula poena sine lege” es decir no podrá ser considerado como delito ni podrá ser impuesta pena alguna que no hayan sido previamente señaladas como tales por una ley. Ley que a tenor de lo expresado por la ideología liberal en cuanto a la división de los poderes debiera ser expresión de la voluntad general, a través del ejercicio del poder legislativo ejercido por sus representantes legales. Sin embargo como observa Quintero Olivares (45) en la Alemania nazi, mediante leyes se suprimió el prin-

(43) En este sentido S. Mir Puig, “Derecho Penal, Parte General”, Barcelona 1984, pág. 2.

(44) “Introducción al Derecho Penal, Parte General”, Barcanova, Barcelona 1981, pág. 4.

(45) Ob. cit. pág. 44.

cipio de legalidad y sus garantías, lo que manifiesta que apoyar en la Ley el sistema penal no es lo mismo que someter el sistema penal al principio de legalidad.

En un Estado constitucional todas las leyes y el ejercicio de su aplicación por el poder judicial deben subordinarse al espíritu y letra de la Constitución (46) como exponente máximo de la voluntad popular.

El principio de legalidad se derivan una serie de garantías, recogidas expresamente tanto en la Constitución como en el ordenamiento jurídico penal: *garantía criminal*: Art. 25.1 de la Constitución y Art. 1º del Código penal, entre otros, que garantiza que no se puede considerar delito la conducta que no este señalada como tal, antes de su comisión por una ley formal. De lo que se deriva que sólo la ley y no otra fuente del Derecho puede establecer una conducta delictiva la cual no podrá ser considerada como tal en "situaciones análogas", y mediante la que se garantiza la retroactividad (47) de la ley penal salvo el caso en que la ley posterior sea mas favorable. Asi el Artículo 9.3 de la Constitución señala "la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales".

Garantía penal: Artículo 1 y 23 del Código penal, mediante la que se garantiza, según este último artículo "que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración", por lo que asimismo se garantiza la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Garantía de ejecución: Artículo 25.2 de la Constitución, Artículo 81 del Código penal y Artículo I de la Ley General Penitenciaria, mediante la que se exige que la pena se cumpla según lo establecido por la ley.

Garantía jurisdiccional: Artículo 24.2 y Artículo 117.3 de la Constitución que exige que las sentencias deben ser dictadas observando el cumplimiento estricto de los requisitos del proceso y por un Tribunal competente (48).

(46) En este sentido G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 46.

(47) "Comentarios a la Legislación Penal" dirigido por el Prof. Manuel Cobo del Rosal y el Prof. Javier Boix Reig, Tomo I, "Derecho Penal y Constitución", Madrid 1982, pág. 194.

(48) Para José Vicente Gimeno Sendra, Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I, "Derecho Penal y Constitución", Madrid 1982, pág. 308, "el principio de la exclusividad de la Jurisdicción comporta, no sólo la necesidad de que la función jurisdiccional sea

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el principio de legalidad y las garantías que supone se ven seriamente afectados en las medidas de seguridad y muy especialmente en las llamadas medidas de seguridad predelictuales.

El cumplimiento del aspecto material de este principio en la determinación de la pena se encuentra con el problema derivado del enfrentamiento que existe entre la necesidad de determinar con exactitud la clase, duración y características de la misma (lo que supondría en definitiva el respeto fiel y exacto al principio de legalidad) y la necesidad surgida a tenor de las nuevas direcciones de política criminal y de las exigencias individualizadoras del tratamiento de permitir una mayor elasticidad en la determinación de la misma por el Juez.

Tras la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, se mantiene la división de la pena en tres grados (mínimo, medio y máximo) sistema empleado por los Códigos españoles al que se ha tachado de ser "en extremo legalista", sin embargo en unos casos se amplía, en otros disminuye, reduciéndose considerablemente, a mi juicio, la posibilidad de aplicación en materia de circunstancias atenuantes y agravantes del principio de la pena "justificada" (49).

Algunos autores (50) tratan por separado el principio de seguridad jurídica que entienden fundamentalmente como una consecuencia del principio de legalidad, unido a una mayor concreción en cuanto que debe ir referido a un hecho determinado y anterior; lo que supone hablar de un Derecho penal del hecho "como único compatible con el ideal de seguridad" frente al antiguo Derecho penal de autor.

II.- Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Según la opinión dominante el Derecho penal debe dirigirse a la protección de los bienes jurídicos. Pero dicha protección debe estar limitada a los ataques mas graves y no a todos por lo que se dice que tiene consideración o carácter fragmentario.

Existen diversas concepciones acerca del concepto de bien jurídico.

encomendada a un único cuerpo de Jueces y Magistrados sino que exige además que esos mismos Tribunales tengan el monopolio de la función jurisdiccional".

(49) G. Garcías Planas "Pena Justificada", en cuadernos de la Facultad de Derecho, nº 5-1983, Universidad de Palma de Mallorca, pág. 149-150.

(50) G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 49 y ss.

Así por ejemplo Bilding sostenía que el Derecho creaba el bien jurídico y sin embargo Von Liszt que el Derecho no lo crea sino que le da categoría jurídica.

En la actualidad se tiende a dotar de un contenido más exacto y preciso a este concepto que siguiendo la teoría de Liszt es de naturaleza social y debe estudiarse (51) teniendo presente que estos intereses son custodiados penalmente en cuanto existe un sistema de convivencia en el que prevalece la voluntad mayoritaria que configura la existencia del estado de Derecho (inexistente en el momento en que aparece la imposición coercitiva de la voluntad de una parte de la sociedad frente a la otra).

III.- Principio de intervención mínima

Esta muy relacionado con el principio analizado anteriormente. Como hemos visto, el Derecho penal está dirigido fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo esta protección no es exclusiva del ordenamiento penal sino que en dicha función intervienen asimismo las otras disciplinas jurídicas y es precisamente este principio el que limita la función llevada a cabo por el Derecho penal frente a los restantes ordenamientos jurídicos que deberán ser utilizados previamente al Derecho penal, y ello es así por el carácter sancionador del mismo. Quiere ello decir que deban utilizarse las consecuencias que se derivan del Derecho penal —penas y medidas de seguridad— con la gravedad de que van revestidas, tan sólo en última instancia y cuando no exista posibilidad de defensa de estos bienes jurídicos, mediante otros medios de protección, considerados, al menos socialmente, menos graves (52). En este sentido la Reforma Parcial y Urgente del Código penal de Junio de 1983, fiel a este principio ha suprimido como delito de riesgo la conducción sin permiso que venía tipificada en el Artículo 340 bis c) dejándolo, en su caso, abierto a una posible sanción administrativa.

Es el llamado subsidiario del Derecho penal frente al que se encuentran las posturas que defienden el carácter autónomo e independiente del mismo, para Muñoz Conde (53) es acertada la teoría de Maurach quien afirma “frente a las restantes ramas del Derecho, el Derecho penal en principio, es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos”.

(51) G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 48.

(52) G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 49.

(53) Maurach “Tratado de Derecho Penal”. Traducción de Córdoba Roda, Tomo I, Barcelona 1962, pág. 33.

IV.- Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, propio de un estado de Derecho, viene establecido en el Artículo 1º de nuestro Código penal al establecer que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penada por la Ley” y así el apartado 2º del citado artículo 1º proclama tal principio deducido ya del apartado 1º al proclamar “que no hay pena sin dolo o culpa”.

No hay pena sin culpabilidad, lo que quiere decir que siempre que haya culpabilidad haya pena, pero esta es otra cuestión que no vamos a tratar.

La culpabilidad, doctrinalmente discutida y polémica sobre todo para quienes se cuestionan la existencia del libre albedrío supone como ya se dijo el juicio de reproche que se hace al autor por no haber actuado conforme a la norma, pudiendo hacerlo, sea cual sea el fundamento que sirva de base a la culpabilidad lo cierto es que resulta necesario para adecuar la proporción entre la gravedad del hecho valorado éste en su dimensión subjetiva y la sanción.

Es precisamente el Derecho penal que tiene que posibilitar el que se pueda realizar una valoración subjetiva del hecho atendiendo a las circunstancias que concurren en un momento determinado y provocan una determinada actuación.