

¿TIENE UN FUTURO LA DOGMATICA JURIDICOPENAL?

Gimbernat Ordeig

I.

1. Recientemente Richard Schmid ha calificado de "funesto que en Alemania "lo penal se entendiera casi exclusivamente como tarea jurídica y que como tal fuera también cultivado" (1). "La acción criminal", continúa Schmid(2) "era un problema jurídico de subsunción; y de acuerdo con ello se formó, seleccionó y aleccionó al personal de la justicia penal. Floreció la ciencia del Derecho penal. El delito no era un problema humano, no era un problema político, sino un problema jurídico... En lugar de volverse hacia el hombre criminal, en Alemania -a diferencia de lo que sucedió en la mayoría de los restantes Estados civilizados- la disciplina del Derecho penal se cultivó l'art pour l'art, por así decir, siendo elaborada con toda clase de sutilezas jurídicas. Entretanto, los característicos efectos protectores del Derecho penal en un Estado de Derecho, al convertirse en evidentes, habían perdido relevancia; en otras partes, el hombre criminal se había convertido en el principal problema científico y político; pero entre nosotros de ello apenas se ocupaba la justicia penal oficial ni la doctrina universitaria. De las acciones criminales se destilaban las distintas opiniones doctrinales, teorías y definiciones que tenían que ser aprendidas de memoria por los futuros jueces, fiscales y defensores. A la justicia penal no le importaba el efecto de la pena sobre el delincuente. Detrás de esta artística fachada jurídica se escondía la misma oposición al progreso y al cambio que hicieron que la burguesía y el funcionariado alemanes acabaran por aliarse con el nacionalsocialismo del que esperaban que conservara lo existente, fortaleciera el ejercicio estatal del poder y se alejara del 'falso humanitarismo'."

En referencia al problema de la culpabilidad escribe Richard Schmid: "Surgió una nueva ciencia para la que se sintió la necesidad de crear cátedras a institutos, la llamada Criminología, la cual, en cuanto que es ciencia, es la ciencia de las causas de la criminalidad. Una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles, si es que el concepto de causa ha de tener un sentido. Aunque se considere posible, para salvar el concepto de la culpabilidad, que entre las causas del delito figura una colocada por el mismo autor con su mala voluntad -una causa impropia, con la que se abandona ya la categoría de causa y, en general la ciencia seguirá siendo difícil, es más: imposible, llegar a penetrar en la amalgama de causas propias a impropias. Ello sería preciso, sin embargo, para poder medir o calibrar la culpabilidad. Cualquiera que se ocupe con intensidad de hombres criminales -con mayor intensidad de la que le suele ser posible a un juez penal- llega a un punto en el que se le impone, de repente, el conocimiento de un encadenamiento causal, o, si se quiere, de un encadenamiento fatal. Ello sucede precisamente en los hechos atroces, incomprensibles para el normal sentimiento humano" (3).

Nedelmann opina (4) que las tendencias dominantes en la actual ciencia del Derecho penal "se aferran a la pura teoría, dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella, sino en la experiencia. Rechazan la psicología con la misma decisión con que descuidan la Criminología que, casi siempre, se halla en sus manos". Porque pone en duda la existencia de la culpabilidad y la justificación de la pena (justificación que la ciencia penal deriva de la culpabilidad), Nedelmann habla de la "base irracional del Derecho penal y de la ciencia del Derecho penal" (5): es preciso "que la ciencia del Derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de las circunstancias sociales, o -si no lo consigue- pierda su influencia en la regulación de la protección de bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad" (6).

Hochheimer se adhiere recientemente a la exigencia de Reinwald y de Forel de suprimir el Derecho penal (7): "Una Sociedad 'punitiva' ha de ser considerada un anacronismo. Pues con sus irracionales excluye el progreso humanitario" (8).

2. Con estas pocas citas de los últimos tiempos he querido llamar la atención sobre el hecho de que en amplios círculos de Alemania han caído en descrédito la culpabilidad, la pena, el Derecho penal y naturalmente también, como consecuencia, la ciencia del Derecho penal. Nos encontramos con una, por así decir, "teoría del dominó": la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del Derecho penal en sentido tradicional (9).

Es curioso que a la ciencia del Derecho penal no le sea extraña la argumentación que se sigue en esta "teoría del dominó", en este desmoronamiento en cadena que lleva finalmente al derribo de la ciencia del Derecho penal. Pues esta ciencia ha subrayado siempre que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque "se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derechos" (10).

Por tanto, los actuales críticos del Derecho penal están de acuerdo con la mayoría de los dogmáticos penales en la cuestión de que el Derecho penal sólo encuentra justificación sobre la base del libre albedrío. Las opiniones únicamente se dividen en la actitud frente al problema de la libertad de decisión del hombre; pero cuando se rechaza el Derecho penal en base a la postulada indemostrabilidad o inexistencia del libre albedrío, se está no obstante poniendo de manifiesto, en definitiva, una coincidencia con la tesis fundamental de la doctrina dominante en la ciencia juridicopenal de que solo es imaginable y posible un Derecho penal de la culpabilidad.

De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica -enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)- entre la dirección "moderna" (o "positivista") y la "clásica", entre partidarios del libre albedrío y del determinismo, entre los que cultivan la dogmática juridicopenal y los que quisieran ver al Derecho penal desplazado por la Criminología. Que esta polémica se desarrolle precisamente en Alemania, un país donde la dogmática juridicopenal ha alcanzado un extraordinario grado de desarrollo, da que pensar.

En lo que sigue me propongo, fundamentalmente, dos cosas: Investigar hasta qué punto la existencia del Derecho penal depende del principio de culpabilidad y, una vez decidida esta cuestión, examinar cuál es el papel que le corresponde desempeñar a la dogmática juridicopenal.

II.

1. A menudo se tiene la impresión de que hay algo de desesperado en el modo en que los juristas se aferran al principio de culpabilidad. Por ejemplo: Confesar abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío y, no obstante, decreciese a favor de él (11), supone trasladarse a un plano donde queda excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación. Y, sin embargo, la huida a la irracionalidad es hasta cierto punto explicable si se tienen en cuenta las negras tintas con que se presenta la imagen de un Derecho penal no basado en el libre albedrío: sería éste un Derecho penal, así se dice, en el que no tendría vigencia el principio de culpabilidad (12), en el que -como la pena no tendría por base la culpabilidad, sino la peligrosidad del agente- podrían imponerse los más severos castigos por delitos de poca importancia ejecutados por un autor con tendencia de delinuir y quedar impunes crímenes de la mayor gravedad con tal de que los hubiesen cometido delincuentes con una prognosis favorable (13); sería, en fin un Derecho penal basado en una idea "que, en definitiva, solo puede ser realizada por un Estado autoritario y que en su desarrollo consecuente lleva al ilimitado Derecho de prevención del Estado autoritario y al desprecio de la dignidad humana" (14).

Esta actitud en la que se ha colocado la mayoría de los representantes de la ciencia del Derecho penal es, a la larga, insostenible. Insostenible porque no se puede profesar el "principio de culpabilidad oponiéndose, así, a los resultados de ciencias como la psicología y el psicoanálisis dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano, y pensar -o confiar- en que esas ramas del saber van a abstenerse de intervenir, tolerando que los juristas hagan profesiones de fe sobre una cuestión en que los especialistas piensan de manera muy distinta, a saber, de esta manera: Aunque en abstracto existiera el libre albedrío (15), lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito (16): si un psicoanalista contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, solo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipotéticas explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tienen y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado, ¿cómo va a poderlo conseguir el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado de que dispone? La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcálos y averiguar cómo

han actuado en el caso concreto: un hombre -con sus siempre limitados conocimientos- no puede juzgar a otro hombre.(17) Pretender fundar el Derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano; librarla, a pesar de todo, sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos; pues es simplemente una provocación que los juristas, en materias en las que no son especialistas, pretendan darles lecciones a los que sí lo son, o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos decidiéndose "irracionalmente" (esto es: en una esfera no accesible a la argumentación) a favor del libre albedrío (18).

La actitud referida, insostenible en sus bases, desemboca además, en una alternativa de graves consecuencias: es el caos lo que anuncian los partidarios del Derecho penal basado en el libre albedrío si éste deja de ser el fundamento de la pena; es decir: un Derecho penal que tenga en cuenta los conocimientos de las ciencias empíricas que acepte, pues, que no es posible pronunciar a ningún humano un juicio de culpabilidad sobre el hecho antijurídico de otra persona, tiene que ser, eso se pronostica (19), un Derecho cruel, que no respete la dignidad del hombre, apto pare ser instrumento de ideologías totalitarias, arbitrario al imponer penas sobre la única base de la peligrosidad del delincuente.

Pero es más que dudoso que el planteamiento de esta alternativa sea correcto. Se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado liberal del Derecho; dos juristas de lengua alemana pueden servir de ejemplo personal de que lo uno no es incompatible con lo otro: v. Liszt (20) y Fritz Bauer (21). Y se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona. Precisamente en Alemania hay que recordar que el Derecho penal del terror no es un monopolio del Estado nacionalsocialista, y que tanto o más que en el III Reich se ha abusado del Derecho penal en países eminentemente católicos en los que dudar de la demostrabilidad del libre albedrío es casi una herejía (22).

Y es que en todo ello se están afirmando relaciones de causalidad inexistentes. Si un Estado comete crímenes en forma de leyes penales es porque, previamente se ha negado todo valor -t la dignidad humana y las ideas fundamentales de libertad, de seguridad jurídica y de igualdad. Y si a esto se le ha negado todo valor, entonces, de una manera o de otra, se llegará al terror juridicopenal. Es sintomático que en los países escandinavos y en Inglaterra, en los que la idea del Derecho penal de la culpabilidad nunca ha tenido demasiado arraigo, no se haya abusado del Derecho penal con fines políticos. No es la creencia o no creencia a en la autodeterminación del hombre lo que lo ha impedido, sino el respeto por la persona humana que en estos países constituye una gloriosa tradición política: Si en una Sociedad están verdaderamente afianzados los derechos del hombre, no hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución -positiva o negativa- adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos. Y si este respeto a la persona y a su dignidad no existe, se cometerán abusos: fundamentándolos en el libre albedrío o en la falta de libertad del hombre, en el Derecho natural o en el positivismo jurídico, y, si es preciso, incluso sin fundamentación alguna.

2. No es fácil de comprender por qué las tesis psicoanalíticas, al poner en duda la culpabilidad del sujeto, van a traer consigo la supresión de la pena y, en general, del Derecho penal. Contra los que esto piensan hay que decir: No es sólo que el psicoanálisis no priva al Derecho penal de sus bases: es que sucede todo lo contrario: lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal. De la misma manera a que la conciencia, el Super-Yo (23) del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado (24), expresado más correctamente se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen (25), así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir -creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo (26) - que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana (26a). Ello es necesario, porque, y para dar un ejemplo, al contrario de lo que sucede en el mundo animal, donde "sólo en muy pocas especies animales es posible que el individuo pueda actuar con una agresividad desenfrenada contra miembros de la misma especie" ["existen, antes bien, gestos de sumisión, actitudes de sometimiento y reacciones de huida que impiden que una especie se aniquile entre sí"], ello no sucede con el hombre, quien no posee una inhibición innata de matar de naturaleza absolutamente segura, sino sólo una moralmente adquirida:...-. Es un hecho que ninguna sociedad

humana puede sobrevivir (a causa de la falta de comportamientos asegurados genético-hereditariamente sin la represión de determinadas emociones impulsivas de sus individuos. Tiene que tratar de crear algo parecido a los comportamientos genético-hereditariamente asegurados de los animales" (27). La existencia del Derecho penal obedece al hecho, sobre el que ha llamado la atención el matrimonio Mitscherlich (28), "de que el hombre sólo mediante renuncias a los impulsos puede adaptarse a cualquier sociedad imaginable. Sólo puede convertirse en un miembro soportable de la Sociedad mediante la adquisición del control de sus necesidades impulsivas, un control siempre relativo que obliga al aplazamiento y, bajo determinadas condiciones, a la renuncia a una apetencia".

Desde la perspectiva expuesta, la pena cumple otra función a la que tiene cuando se las bases en la autodeterminación del agente: la pena ya no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente o, por lo menos, indemostrable en el caso concreto. De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño -evidentemente inocupable- cuando se comporta mal, a fin de mediante la privación de cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la Sociedad, aunque no se puede constatar si el comportamiento prohibido tiene su origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibidor.

3. En un Derecho penal así concebido, la pena no es ya algo irracional, sino racional, es más: razonable (29). Es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. Existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con "buena conciencia" que es la justa retribución por el daño libremente causado (30) -en este caso está justificado el sufrimiento del delincuente, y si la ejecución de la pena experimenta una dulcificación por motivos de prevención general o especial, ello sucede, en el fondo, con el convencimiento de que con ello la sociedad está renunciando a un "derecho" que le corresponde, única y exclusivamente porque el "merecido" sufrimiento del delincuente tal vez esté en contradicción con la también importante tarea del Estado de impedir, en lo posible, la comisión de delitos (31) -y concebir la pena "como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son" (32) -si así se piensa, entonces "las sanciones deben de ser conformadas de tal manera que, cuando sea necesario y posible, sean eficaces para la reintegración del condenado en la libre comunidad jurídica o, por lo menos, causen el menor daño posible" (33)-. En esta actitud del Proyecto Alternativo no se percibe ya nada de aquella "superioridad" de la Sociedad sobre el delincuente fundamentada en él "reproche de culpabilidad" por el hecho cometido (34). No nos sentimos "superiores" porque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona a delinquir y porque no sabemos hasta qué punto no hemos sido nosotros mismos, la Sociedad, los que hemos condicionado un delito del que aparentemente sólo uno es responsable. No sabemos la parte que nos corresponde en esa apropiación indebida o en esa estafa en una Sociedad basada en la moral del éxito y que diariamente hace ver y sentir al que sólo dispone de unos ingresos modestos -modestos tal vez porque esa misma Sociedad reparte injustamente los bienes- que es un fracasado. No sabemos tampoco hasta qué punto ha condicionado ese delito contra la honestidad una Sociedad que reprime exageradamente el instinto sexual y que, precisamente por ello, trata de crear un escape -que es al mismo tiempo una provocación- mediante pena privativa de libertad: el autor se ha hecho "culpable" ante la Sociedad y tiene que tolerar porque lo merece, que se busque la manera menos gravosa de retribuir su delito. Desde esta posición también se considera que el delincuente, por haber actuado libremente, ha descendido al último peldaño de la escala social y que sólo puede esperar compasión y consideración cuando hayan sido atendidos los restantes grupos y capas necesitados así, se afirma que hasta que la situación en hospitales y asilos no sea satisfactoria no puede ni pensarse en el empleo de caudales públicos para mejorar las condiciones de los establecimientos penitenciarios.

la erotización (35), mediante el voyeurismo de la contemplación de la pornografía (36). Como también ignoramos si ese delito contra la vida o contra la integridad corporal, en una Sociedad que está continuamente desencadenando agresividad podía haber sido evitado por quien no ha sido capaz de sublimar sus instintos agresivos como " hincha" de fútbol o en la competencia profesional, etc.

En realidad, sólo sabemos una cosa: eso que sabe también el Proyecto Alternativo, es decir: que la pena es una "amarga necesidad", que una Sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados. Porque es esto -y solo esto- lo que justifica la potestad penal del Estado es un abuso de

derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesario quiere decir aquí: cualquier excedente de pena). Haberlo percibido y haber basado en ello, en lo fundamental, su sistema punitivo es uno de los méritos del Proyecto Alternativo.

4. El que el Derecho penal sea imprescindible no significa por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual. Imprescindible es, por ejemplo, la prohibición juridicopenal de los ataques a la vida o al honor. Pero numerosas prohibiciones no han sido nunca -o han dejado de ser- necesarias; en él sentido de que su no observancia no significa en absoluto una amenaza para la paz social, o en el de que responden, en realidad, a la consolidación de una situación injusta para cuya defensa se acude por el sector privilegiado por esa situación -y abusando de él- al Derecho penal. El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de sí es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social (37).

Haber examinado a la luz de este principio el Derecho penal político y sexual vigente en Alemania es otro de los méritos del Proyecto Alternativo.

5. Que la potestad penal no esté fundada en la retribución y expiación no significa ni mucho menos, como piensan los representantes del Derecho penal de la culpabilidad, que con ello se abran las puertas a la arbitrariedad y que el Estado pueda ejercer dicha potestad a su antojo. Al contrario, precisamente porque la aplicación del aparato punitivo supone una intervención tan radical en la vida del ciudadano, hay que exigir del Estado el más exquisito, delicado y cuidadoso manejo de la "fuerza destructiva" (38) de la pena: el Estado debe estar siempre en situación de dar cuenta sobre la punición de un comportamiento: su potestad penal está justificada sólo en tanto en cuanto haga un recto uso de ella.

6. Un Derecho penal no basado sobre el libre albedrío determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental, todas las leyes penales actualmente vigentes en el mundo, a saber: en primer lugar, sobre la base del valor del bien jurídico protegido; en segundo lugar, estableciendo una ulterior distinción y castigando con mayor severidad únicamente la lesión dolosa de un bien jurídico que la culposa del mismo bien (39). Pues si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibidor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería por ejemplo absolutamente injustificable que se castigarse más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la viola. El legislador, (en un caso así, no habría hecho un recto uso del medio -que con tanto cuidado hay que manejar- de la pena: estaría dando un vigor innecesario a la prohibición de lesionar la propiedad e, indirectamente, restando eficacia a la prohibición de matar sobre cuyo carácter absolutamente incondicional no debe existir ninguna duda entre los ciudadanos, estaría, pues, desorientado a introduciendo la anarquía en los controles de conciencia individuales, estaría, en definitiva, dando más énfasis del necesario (estaría imponiendo una pena excesivamente elevada) a una determinada prohibición.

No es porque el libre albedrío sea la base de la pena, sino porque el legislador tiene que intentar alcanzar una cierta eficacia con: ese importante medio de política social que es el Derecho penal, por lo que no puede castigar cualquier lesión de un bien jurídico protegido con la pena de, por ejemplo, reclusión perpetua; es preciso que establezca una graduación según la importancia que da al bien jurídico lesionado. Pues la naturaleza humana no puede admitir tantas prohibiciones de gravedad extrema, y si el legislador no observase este principio se encontraría, al final, con que por querer reforzar el efecto inhibidor de la prohibición del hurto se debilitaba el del homicidio, un comportamiento éste que el legislador tiene mucho más interés en reprimir que aquél. Y las mismas consecuencias de desconcierto y debilitación de las prohibiciones más importantes se producirían si, a pesar de que el homicidio doloso es un hecho que produce una commoción mucho mayor que el culposo, no distinguiese y amenazara con una pena de igual gravedad a las dos clases de homicidio.

Resumiendo: Castigar con el máximo rigor todos los delitos, prescindiendo del distinto trastorno social que producen -que es mayor cuanto más valor se atribuye al bien jurídico lesionado y mayor también respecto de un mismo bien jurídico, en la conducta dolosa que en la culposa es inadmisible, en primer Jugar, porque la pena y esto reside en la naturaleza de las cosas no se puede aplicar derrochadora, sino cautelosamente, en otro caso se introduciría el desconcierto en los mecanismos humanos de

control y sólo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas: ¿cómo se va a convencer de la gravedad que supone una muerte dolosa si se la castiga igual que conductas que producen mucha menos conmoción en la Sociedad como los daños, el hurto o la muerte imprudente?

Estas reglas, que no debe ignorar el legislador si quiere poder seguir disponiendo del Derecho penal como instrumento de política social, las conoce cualquier padre de familia: por ello aplica mayor rigor si el hijo pequeño, una persona penalmente inimputable, lesionada de una pedrada a otro niño o que no si rompe un plato (diversa jerarquía de bienes lesionados), y si lo que el niño hace es romper un plato, el educador reaccionará con mayor severidad ante la conducta dolosa que ante la imprudente.

Pero no es sólo porque a la larga la pena no podría cumplir su función de encauzamiento por lo que se deben tener en cuenta, para determinar su gravedad, el valor del bien jurídico lesionado y el dolo o la culpa: existen también otras consideraciones que hablan en la misma dirección en un Derecho penal en el que se ha prescindido del criterio del libre albedrío; pasemos a exponer estas consideraciones:

a) Precisamente el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea en absoluto o en su rigor innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible; pues puedo aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad, aunque sea para mí muy doloroso, si con ello presto un servicio a la comunidad (40), pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social bien porque el comportamiento ejecutado no necesita ser reprimido bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad. Certo que tal vez si la pena del hurto fuese igual a la del homicidio disminuiría el número de ataques a la propiedad; pero ello es innecesario en el sentido de que la vida social no se ve gravemente afectada porque al año se cometan -a causa del efecto inhibitorio relativamente débil de las penas que la ley prevé para los delitos contra la propiedad- decenas de miles de hurtos. Es innecesario, pues, conseguir un perfeccionismo en la vida social -la casi total ausencia de hurtos- que nadie estima imprescindible y que solo podría lograrse a costa de graves sufrimientos para los delincuentes contra la propiedad los que nunca podremos constatar si han sido libres al delinquir. El aumento de los padecimientos por parte de esos delincuentes no guardaría proporción con los resultados obtenidos: se puede tolerar perfectamente que en una Sociedad se cometan hurtos con una relativa frecuencia y a nadie le parece insopportable vivir con la idea de que posiblemente alguna vez en el curso de su existencia será la víctima de un delito contra la propiedad.

Otra cosa sucede con los ataques dolosos contra la vida. Cada uno de ellos supone una conmoción en la comunidad incomparablemente más violenta que la que produce un mero ataque a la propiedad. La gravedad de la pena con que se amenaza el delito contra la vida -con el consiguiente reforzamiento de la prohibición- está justificada, pues aquí sí que la convivencia social se vería gravemente afectada por un factor de inseguridad, de intranquilidad y de tensión si al año, en vez de algunos miles, se cometieran muchas decenas de miles de ataques dolosos contra la vida. En este caso están justificadas por los resultados -reducir al mínimo las muertes dolosas violentas- las graves penas que flan de soportar los delincuentes contra la vida: es lamentable, pero necesario, que sufran personas de las que no sabemos si han actuado libremente, a fin de conseguir una situación en la que la inhibición del impulso de matar sea tan fuerte que cada ciudadano pueda tener la fundada esperanza de que va a morir en la cama y no con las botas puestas a manos de un asesino (41).

b) Pero el si y el cómo de la pena no solo viene determinado por la importancia del bien jurídico lesionado, sino también por la circunstancia de la comisión dolosa, imprudente o inculpable. Esto hay que mantenerlo frente a los que, confundiendo los dos posibles significados de la expresión Derecho penal de la culpabilidad (42), piensan que la exclusión de la responsabilidad por el resultado sólo puede fundamentarse operando, de alguna manera, con el concepto del libre albedrío.

Engisch, sobre la base de su teoría de la "culpabilidad por el carácter", afirma: "Si la producción de un resultado antijurídico no descansa en la culpabilidad, sino en el azar, entonces tampoco es emanación de una peligrosa constitución del carácter y, por ello, tampoco idónea para ser retribuida con una pena" (43). Pienso, no obstante, que prescindiendo de la "culpabilidad por el carácter" y argumentando únicamente con el criterio de que la pena, por el sufrimiento que supone para sujetos cuya capacidad de autodeterminación ignoramos, sólo puede ser empleada por el Estado cuando

esté en situación de explicar su "necesidad" para la convivencia social, se llega también a la conclusión de que la responsabilidad por el resultado debe estar excluida del campo del Derecho penal. Si alguien mata a otra persona casualmente, esto es: con ocasión de una conducta de la que es imprevisible que derive una muerte, ¿qué controles podría crear o reforzar la pena si ese hecho se declarase delictivo? Pues no se puede pensar en serio que la Sociedad esté interesada, por ejemplo, en impedir que los pilotos, al levantar el vuelo, replieguen el tren de aterrizaje, a pesar de que alguna vez ha sucedido que con esa acción se ha causado imprevisiblemente la muerte de un polizón. Acudir en un caso (fortuito) así a la pena sería imponer un sufrimiento inútil -y por ello inadmisible- ¿cuál es el comportamiento que realmente debía inhibir aquí la pena? Por el mismo motivo sería un abuso del derecho penal subjetivo reprimir las lesiones de bienes jurídicos causadas por acciones peligrosas en cuya ejecución se ha observado el deber de diligencia. El efecto de la pena sería ahora el de reforzar la prohibición de comportamientos... que no están prohibidos. El colmo de las contradicciones: actuar represivamente frente a las conductas peligrosas permitidas -por ejemplo, la explotación cuidadosa y diligente de minas de carbón- que la Sociedad no quiere reprimir.

Vemos, pues, que aun prescindiendo de cualquier clase de culpabilidad, es perfectamente posible fundamentar por qué sólo pueden ser punibles los hechos dolosos o culposos: la responsabilidad por el resultado es una responsabilidad innecesaria y constituiría, por ello, un sufrimiento para las personas castigadas que nada podría justificar.

Lo que ya no aparece con tanta claridad es por qué la imprudencia se ha de castigar con menos rigor que el dolo. El resultado de los homicidios dolosos es igualmente grave que el de los homicidios culposos. Pero dado que éstos se producen con mayor frecuencia que aquéllos, ¿por qué no elevar la pena del homicidio culposo hasta igualar o superar la del doloso, a fin de conseguir una mayor prudencia y, con ello, la disminución de accidentes? Parece que el Estado aquí podría apelar a la necesidad, justificando así la mayor severidad en la represión de la imprudencia: esa mayor severidad serviría para que decrecieran, lo que todos deseamos, las muertes en las carreteras (44).

Contra una extrema severidad en la represión de la imprudencia habla, en primer lugar, la circunstancia, a que hemos hecho referencia más arriba, de que la pena es un instrumento sumamente sensible de encauzamiento social y que no se puede hacer uso de él si no se quiere correr el peligro de destruir su efectividad y de introducir el desconcierto en los controles humanos de la conciencia caótica y anárquicamente.

Pero es que, además, existe otro argumento para fundamentar la razonable diferencia de penalidad del Derecho vigente. Recordemos el principio que nos está guiando en nuestra argumentación: La imposición de una pena, por el sufrimiento que supone para personas de las que desconocemos si han actuado libremente, es algo que el Estado tiene que justificar continuamente en su si y en su cómo, que tiene que justificar demostrando su necesidad para alcanzar una soportable convivencia social.

Y aquí . es donde surge una importante duda derivada de la distinta estructura de dolo y culpa. ¿Es cierto que aumentando la pena de los delitos culposos se impediría o se reduciría su comisión? Pienso que no; pues en el delito doloso el sujeto persigue directamente el resultado, sabe cuándo realiza el tipo y, por consiguiente: la pena, al reforzar la prohibición de matar, condiciona directamente la inhibición del impulso de matar. Otra cosa sucede con el delito imprudente, caracterizado porque el sujeto no cuenta con la producción del resultado; hasta tal punto no cuenta que muchas veces la víctima de la imprudencia es el mismo autor o sus seres queridos; si ni la posibilidad de perder la propia vida o de matar a familiares o amigos evita porque se piensa que el resultado no va a producirse la actuación peligrosa, ya podemos aumentar la pena del homicidio imprudente lo que queramos: con ello no conseguiríamos reducir el número de muertes culposas, pues todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión.

Resumiendo: Si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso sería un abuso de la potestad penal, ya que, dada la estructura del delito imprudente, con la elevación de la pena no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil.

A la vista de este resultado a que liemos llegado, surge la cuestión de si no estaría justificado imponer penas severísimas a la mera creación dolosa de un peligro, aunque no haya llevado a la causación imprudente de un resultado antijurídico. Pues si se castiga la conducción negligente de vehículos con la misma pena de, por ejemplo, el homicidio doloso, se podría contar con una disminución de los delitos imprudentes de resultado, a los que precede siempre una conducta peligrosa -aunque ni mucho menos toda conducta peligrosa (sino sólo un reducidísimo número de ellas) desemboca en la causación de un resultado típico-. Inmediatamente, pues, la prohibición actuaría la reducción de conductas imprudentes y, al reducirse éstas y mediadamente, la de las muertes imprudentes.

Pero aquí vuelve a surgir la paradoja de la lucha penal contra la lesión imprudente. ¿Quién puede postular seriamente que se castigue con gravísimas penas de privación de libertad a los cientos de miles de personas (prácticamente cada conductor de vehículos) que cada año cometen alguna más o menos grave infracción del Derecho de la circulación? De nuevo, el enorme aumento de sufrimientos que habría de soportar un número incalculablemente elevado de personas -de las que desconocemos, además, si actúan libremente- no estaría justificado, pues la Sociedad no se ve gravemente conmocionada por el enorme número de infracciones del Derecho de la circulación que en cada momento se están produciendo. Los mismos argumentos, pues, con los que nos hemos opuesto al incremento de las penas para reducir el número de hurtos rigen en referencia a la represión de conductas peligrosas.

Lo expuesto pone de manifiesto las invencibles dificultades que se oponen -además de otras objeciones a que anteriormente te hemos hecho mención- al empleo del rigor penal para combatir el homicidio imprudente: si se aplica sólo la mayor severidad cuando imprudentemente se causa el resultado, la dureza de la pena es innecesaria en cuanto que el primero que ignora que va a producir una muerte es el autor (44a). Y si se anticipa el rigor del castigo a la mera ejecución de una conducta peligrosa, la severidad de la pena sigue siendo innecesaria -y por ello intolerable y abusiva-, pues el comportamiento peligroso sin resultado no perturba gravemente la vida de la Sociedad. Hasta tal punto no la perturba que la Sociedad -a pesar de tenerlo en su mano y de ser mucho menos doloroso- ni ha acudido ni ha pensado nunca en acudir a un procedimiento infalible para disminuir, es más: para . suprimir las conductas de peligro y los homicidios imprudentes en la circulación: el de prohibir la fabricación de automóviles.

En definitiva, no hace falta acudir a la culpabilidad: es posible explicar, en base a otras consideraciones, porque castigar el homicidio imprudente o los delitos de peligro con penas de gran severidad sería un inútil e intolerable abuso del derecho penal subjetivo.

c) Vamos a tratar de fundamentar, finalmente, por que, aun prescindiendo de toda culpabilidad por el hecho o por el carácter, no puede admitirse que se repriman con una pena (45) los delitos cometidos por sujetos inimputables. Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables -tal vez el progreso de las ciencias empíricas pueda separar en el futuro ulteriores grupos de los "normales"-, sabe que pertenece a otro grupo, y que a él sí que se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad (46) de aquéllos no afecta a la suya. Por ello, en referencia a los sujetos "imputables" las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad criminal.

III

- Hemos tenido que recorrer un largo camino para poder estar en situación de responder a la pregunta que da título a este artículo: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal? No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el Derecho penal, el Derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable); pero se ha rechazado , que la , pena y, por tanto, el Derecho penal presupongan la culpabilidad. La conclusión a la que hemos llegado, pues, ha sido, expresándolo con la imagen de las fichas de dominó, ésta: Es cierto que la primera ficha cae, pero en su caída no arrastra a las demás.

La dogmática "nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho" (47) ", debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídica penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite (48)

En un país de gran nivel científico-jurídico, como lo es Alemania, para enterarse de lo que dice el Derecho de obligaciones o el Derecho penal alemanes, no hay más que acudir a uno de los muchos manuales o comentarios: ahí se expone que es lo que rige en base al Código Civil o al Código Penal. En otros países de dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto: los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexamente, de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insopportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el Derecho penal sobre éste o sobre el otro supuesto es: "No lo sé."

La dogmática se opone a esta situación de inseguridad. Trata de percibir, en primer lugar, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez conocido el problema el siguiente paso es el de establecer teorías para su solución. Las teorías, abstractamente formuladas, pretenden dar una solución igual a casos dudosos que -por creer que presentan el mismo problema- han de ser tratados igualmente. Por supuesto que es posible que la teoría sea errónea y que haga equivalentes casos que en realidad no lo son. Pero precisamente con el establecimiento de una primera teoría se ha creado ya el presupuesto para salir de esa situación: se ha creado el presupuesto para la discusión inexistente mientras los casos dudosos sean resueltos inconexamente. Pues al exigir toda teoría una fundamentación entramos en el campo de la argumentación: el que quede convencido por la fundamentación de esa primera teoría, se adherirá a ella; el que no, o bien reducirá el ámbito de aplicación de la teoría por estimar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características, o bien ampliará tal vez su alcance, dando entrada a nuevos casos de los que se piensa que deben recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados, o bien establecerá una segunda teoría, en virtud de la cual dará una nueva solución al grupo de casos dudosos, etc. El establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante -sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación-, y permite que de esta manera sepamos cuál es el tratamiento que recibe de hecho un grupo de casos, un tratamiento jurídico que tal vez sea falso, pero que ya conocemos (seguridad jurídica); también existe pues, una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero en cualquier caso es mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir donde está un posible error y razonar para rebatirlo. Por otra parte, conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos que se apoya, correcta -por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquél abarca- o incorrecta -cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo.

Al mismo tiempo, como la teoría apela a la fuerza de convicción de sus argumentos, es posible combatirla racionalmente con objeciones y con nuevos argumentos que tal vez encuentren eco (49).

Sobre la base de toda una discusión dogmática precedente, cuyo esquema acabamos de exponer, se escriben esos manuales y comentarios alemanes en los que se nos indica cuál es el contenido del Derecho positivo y se nos sugieren soluciones para interpretarlo de manera diferente a la dominante.

A veces se le objeta a la dogmática penal que trata de partir un pelo por la mitad, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero si recordamos la significación de la pena habrá que

responder a esta objeción: Difícilmente puede exagerar la dogmática en lo que hace referencia a la fijación de conceptos. Pues la pena, que es tal vez el medio más doloroso de que dispone el Estado para encauzar la vida social, está sólo justificada porque tanto como dolorosa es necesaria: la diferencia entre disponer o no de una dogmática juridicopenal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo penal en el mundo inicie una marcha que se desconoce adonde, por donde y de qué manera va al llevar.

2. Estamos ahora en situación de ocuparnos del reproche dirigido a veces (50) a la dogmática juridicopenal de que es una ciencia reaccionaria.

En un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es como hemos visto, un instrumento imprescindible para mantener el Derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica. La idea penal más progresiva y avanzada es, primero, sólo eso: una idea. Para realizarla es necesario formularla legalmente; esta formulación -y su interpretación- será á tanto más perfecta cuanto más desarrollado y seguro sea el aparato dogmático de que se dispone.

Pero la dogmática es una ciencia neutral. Lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen; expresándolo con un ejemplo extremo: si el penalista, ante un legislador que castiga con la pena de muerte el hurto cometido por niños mayores de seis años, sólo se muestra preocupado por determinar cuándo se puede decir realmente que el autor ha cumplido, en el sentido de la Ley interpretada, los seis años. Que la dogmática, al absolutizarse de esa manera, al prescindir de todo lo que no sea la interpretación "correcta" de la ley, puede convertirse en cómplice de los enemigos del progreso es evidente (51); pero lo mismo sucede con cualquier otra ciencia absolutizada (52). Como cualquier otro intelectual, también el penalista lista ha de ocuparse, no de "verdades parciales", sino sólo de la verdad como totalidad" (53). Por ello, y para dar un ejemplo pienso que en un país con una Constitución estatal fascista, en un país cuyo Derecho penal político presenta aquellas características que tan acertadamente ha descrito Welzel¹, el dogmático penal sólo puede interpretar las disposiciones sobre seguridad del Estado en tanto en cuanto llegue a una solución restrictiva frente a la dominante en la jurisprudencia y negarse a publicar cualquier trabajo en el que -aunque la interpretación sea "dogmáticamente" correcta- amplíe el alcance de tales disposiciones en relación a la doctrina dominante en la praxis.

3. Si contemplarnos lo expuesto en las páginas anteriores, se puede decir: Porque la existencia del Derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científicojurídico, porque una ciencia desarrollada del Derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho penal, por todo ello: La dogmática juridicopenal tiene un futuro.

(*) Este trabajo se publicó en Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971, págs. 87-109. Fuera de España ha aparecido en Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, págs. 495-523. La versión alemana del trabajo se irá publicado con el título Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, en: ZStW 28 (1970), fascículo 2, págs. 379-410.

(1) Prólogo en Kritik der Strafrechtsreform (editado por Carl Niedermann), Frankfurt am Main, 1968, pág. 8.

(2) Op. cit., págs. 8-9 (subrayado en el texto original). Cfr. También Sessar: Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft, ZStW 81 (1969), páginas 382 y sigs.

(3) Richard SCHMID: op. cit., pág. 10.

(4) Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips, en: Kritik der Strafrechtsreform, Frankfurt am Main, 1968, págs. 21-22.

(5) Op. cit., pág. 23.

(6) NEDELMANN: op. cit., pág. 25.

(7) Cfr. HOCHHEIMER: Zur Psychologie der strafenden Gesellschaft, Kritisches Justiz, 1969, pág. 41. En un cartel colocado en la planta baja del Pabellón II de la Universidad de Freiburg i. Br. podía leerse, el 27 de junio de 1969, la siguiente tesis: "La culpabilidad sólo es aprehensible psicoanalítica, no metafísicamente"; tesis ulteriormente desarrollada en un escrito elaborado por el grupo estudiantil de base "Derecho" de la Universidad de Freiburg i. Br., en el cual, sobre el fundamento de "un psicoanálisis marxista", se exige la supresión de "la pena y, con ello, de toda ejecución de la pena".

(8) Hochmeir: op. cit., pág. 49.

(9) "Caso de que el hombre esté dominado tan sólo por leyes causales..., sería irrealizable un Derecho penal un Derecho penal en pleno sentido de la palabra, en el sentido clásico de Derecho penal de la culpabilidad" (Hilde Kaufmann: ¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho Penal?, traducción de C. M. Landecho, ADPCP, 1963, pág. 236).

(10) Maurach: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 3a. ed., Karlsruhe, 1965, § 30, I, 2, pág. 299 (hay traducción española de Córdoba de la 2a. edición de la obra).

(11) Quien afirme que la culpabilidad no puede nunca ser constatada con seguridad, dice Arthur KAUFMAN (Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ, 1967, pág. 560; Programm für ein neues Strafgesetzbuch editado por Baumann, Frankfurt am Main y Hamburgo, 1968, pág. 74), tiene toda la razón... En nuestro mundo tenemos que conformarnos con la provisionalidad e inseguridad de nuestro conocimiento. Por ello en nuestro mundo queda siempre la aventura de la decisión. Pues nuestro mundo es un mundo de hombres Véase también Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962, pág. 96 ("El Proyecto se declara a favor el Derecho penal de la culpabilidad. Esto significa que la pena, que contiene un juicio moral de desvalor sobre el comportamiento humano y que siempre será estimada así, sólo debe ser impuesta, por principio, cuando al delincuente se le puede reprochar moralmente su actuación. Querer castigar sin este reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y hacer de ella una medida moralmente insípida de la que se podría abusar para fines políticos. El Derecho penal de la culpabilidad presupone, por supuesto, que existe culpabilidad humana, que ésta puede ser constatada y calibrada. El Proyecto se declara a favor de estos presupuestos"). y Mangakis: über das Verhältnis von Strafrechtschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), págs. 123-124. Cfr., finalmente, Schwarz/Dreher: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen 30. ed., Munich, 1968, pág. 61, quienes hablan del "sentido irracional" de la pena.

(12) Hay que amar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad: con él se quiere decir, por una parte, que no se debe imponer una pena si el autor no ha cometido su hecho antijurídico en base a una libre decisión de voluntad; por "principio de culpabilidad" se entiende también, por otra parte, la exclusión de la responsabilidad por el resultado, o sea: la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible. Al aludirse con una misma expresión ("principio de culpabilidad a dos cosas distintas se corre el peligro de vincular inseparablemente ambos significados y de deducir que un Derecho penal basado en el determinismo tiene que ser también necesariamente un Derecho penal que admite la responsabilidad por el resultado. En la Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962 se incurre en este equívoco cuando se afirma (pág. 97): "Una consecuencia del Derecho penal de la culpabilidad (sc. del Derecho penal basado en el libre albedrío) es, además, que los efectos inocupables (sc. imprevisibles) del hecho punible no deben dar motivo a una agravación de la pena." Tampoco Maurach: Strafrecht AT, 1965, § 35 A, pág. 352, quien deriva del libre albedrío la exclusión de la responsabilidad por el resultado,, ni Roxin: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, pág. 384, distinguen suficientemente entre ambos significados del principio de culpabilidad.

(13) Cfr. Welzel: Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 10 ed., Berlín, 1967, págs. 235-236.

(14) Maurach: Deutsches Strafrecht AT, 1965; § 6 TI D 3, pág. 60. Véase también, en el mismo sentido, Arthur Kaufmann: No existe Derecho penal más liberal que un consecuente Derechos penal de la culpabilidad" (JZ, 1967, pág.. 559; Programm für ein neues Strafgesetzbuch 1968, página 71).

(15) Cfr., por ejemplo, Schorcher: Zum Streit um die Willensfreiheit, ZStW 77 (1965), pág. 242: "A favor de la autodeterminación libre, autorresponsable y moral del hombre, esto es: a favor del libre albedrío o del indeterminismo, no existe ninguna prueba concluyente. Por el contrario, todas las experiencias científicas naturales, incluyendo las de la psicología y las de la psicología profunda, hablan en contra."

(16) Véase Goeppinger: Die gegenwärtige Situation der Kriminologie, Tübingen 1964, págs. 21 y 22: El penalista tiene que "ver cómo se las arregla con el hecho de que la culpabilidad de una persona no es empíricamente demostrable Cfr. también Engisch: Die Lebre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophische Doktrin der Gegenwart, 1a/ 2a eds., Berlín, 1963/1965, págs. 23/24: "Pero para examinar experimentalmente si una persona individual, que se hallaba en una determinada situación de acción, hubiera podido actuar de otra manera a como realmente lo ha hecho, sería preciso volver a colocar a aquella persona -como exactamente la misma individualidad- en la misma situación concreta, y observar, entonces, si alguna vez se produce un comportamiento distinto del que se produjo en el caso que ha dado origen al examen. Pero tales experimentos no ofrecen perspectivas de éxito en el sector ética y juridicopenalmente relevante de la vida espiritual humana superior, pues el hombre, en especial el hombre imputable que es el que ahora nos interesa -y en amplia medida también el inimputable-, dispone de memoria, y, por ello, en una situación posterior tiene el recuerdo de la situación anterior, del hecho anterior y de sus consecuencias, de las repercusiones espirituales, y en base a ello es ahora una persona distinta de la que antes fue. Con otras palabras: No es posible crear el presupuesto, necesario para nuestro experimento, de que se trate de la misma persona en la misma situación. De ahí que el experimento no pueda realizarse con éxito y

que no pueda responderse en ese sentido exacto a la cuestión del haber-podido-actuar-de-otra-manera. Tenemos que adherirnos a Nowakowsky cuando dice: 'La polémica sobre el libre albedrío no puede ser decidida científico-ontológicamente'".

(17) "Es inimaginable una sentencia judicial capaz de tener en cuenta hasta el último de todos los elementos que han influido en la formación de la voluntad del autor (Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlín, 1969, pág. 270).

(18) Recientemente escribe Jescheck: "Por ello, el reproche de culpabilidad contra el individuo sólo es posible formularlo así: El autor, en la situación en la que se encontraba, habría podido actuar de otra manera, en el sentido de que, según nuestra experiencia de las personas, otro en su lugar, aplicando la fuerza de voluntad que posiblemente le haya faltado al autor, habría actuado de otra manera en la concreta situación. Pero la cuestión de si el acusado habría podido aportar la necesaria fuerza de voluntad y de qué modo habría prevalecido en la relación espiritual de fuerzas si hubiera sido aplicada, tiene que quedar sin contestación" (Lehrbuch, 1969, página 269, subrayados en el texto original). Con esto no se resuelve el problema, sino que sólo se desplaza. Pues tan poco convincente es "decidirse" a favor del libre albedrío (imposible de constatar en el caso concreto), y en base a ello pronunciar un reproche de culpabilidad, como reconocer -esta es la posición de Jescheck- que no es factible determinar si alguien ha actuado o no libremente y, no obstante, hacerle un reproche de culpabilidad.

(19) Cfr. supra II, 1.

(20) Fue "un enemigo del régimen estatal autoritario", constata Maurrach (Strafrecht AT, 1965, § 6 II D 3, pág. 60).

(21) En relación a la obra de Bauer *Das Verbrechen* und die Gesellschaft, escribe Lang: *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, en: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, tomo I, Karlsruhe, 1960, pág. 359, que en cada línea de su libro se respire un profundo sentido de la responsabilidad y humanidad". Véase también Jäger Prólogo a la obra de Fritz Bauer: *Vom Kommenden Strafrecht*, Karlsruhe. 1969, pág. X: Bauer "polemizó continuamente, y con razón, contra un Derecho penal moralizante. En el Derecho penal quería sustituir la moral por la 'técnica del tratamiento del hombre'. Su frase -alto provocativa, citada a menudo y que algunos nunca la han perdonado- de que el Derecho criminal se halla más próximo a la lucha contra las epidemias y a la regulación del suministro de gas y de agua que a lo que comúnmente se denomina ética y moral, podría también hacer suponer que Bauer Bauer fue, por el contrario, un apasionado moralista; sólo que de una manera muy distinta al moralista al que por lo general estamos acostumbrados por estas tierras".

(22) Con razón se opuso Quintano Ripollés (El Derecho, valor de cultura, Madrid, 1966, págs. 39 y sigs.) a la paralela tendencia de imputar el terror jurídicopenal del III Reich al hecho de que los juristas alemanes se habían formado en el positivismo jurídico y no en el Derecho natural. Que tampoco el Derecho natural constituye una garantía contra el abuso del Derecho penal es algo que asimismo puede demostrarse fácilmente con ejemplos: existen países en los que, apelando precisamente al Derecho natural, se ha fundamentado y llevado a cabo, utilizando al Derecho penal, la eliminación de los enemigos políticos.

(23) En alguna parte del núcleo de su Yo, el hombre se ha "creado un órgano de inspección que vigila si sus propias emociones y acciones concuerdan con sus exigencias" (Sigmund Freud: Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse, Gesammelte Werke [Londres, 1940-1952], tomo XII, pág. 8).

(24) Cfr. S. Freud: Neue Folge der Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, Gesammelte Werke, tomo XV, pág. 68: "Sabido es que el niño pequeño es amoral, que no posee ninguna inhibición interna contra sus impulsos que persiguen el placer. El papel que posteriormente adopta el Super-Yo, es desempeñado primariamente por un poder externo: por la autoridad de los padres. La influencia de los padres gobierna al niño mediante la concesión de muestras de amor y mediante la amenaza (le penas que han de mostrar al niño la pérdida de cariño y que deben ser temidas por sí mismas." Véase también Alexander y Margarethe Mitscherlich: *Die Unfähigkeit zu trauern*, Grundlagen kollektiven Verhaltens, Munich, 1967, pág. 329: "La permissive education estaba condenada al fracaso; consistía en inhibir lo menos posible el comportamiento infantil, en tolerar muchas travesuras sin poner límites al niño. A los niños que experimentaban este tratamiento, esa libertad evidentemente no les hizo felices; en primer lugar, porque, a pesar de todo, tuvieron que prestar las renuncias fundamentales a los impulsos (también a los de naturaleza edípica); en segundo lugar, porque no pudieron tener la experiencia de recibir, a cambio de sus renuncias entrega de cariño de las personas en relación con ellos que les eran importantes."

25 Sobre el origen del Super-Yo, cfr., por ejemplo Sigmund Freud: *Gesammelte Werke* XV, págs. 64 y sigs.; y Ana Freud: *Das Ich und die Abwehrmechanismen*, Londres, 1946, pág. 166: "Lo que los padres y educadores han presentado primordialmente -sus deseos exigencias e ideales- al niño, va siendo proyectado en medida creciente. El mundo exterior ahora ya no sólo se hace perceptible mediante la actuación de miedos reales [El miedo real "significa la anticipación de daños que el mundo exterior pudiera inferir como castigo al niño, significa, por consiguiente, una especie de disipar previo que gobierna el comportamiento del Yo, independientemente de que las penas esperadas se apliquen o no cada vez", A. Freud: op. cit., pág. 164.] El niño ha erigido en su Yo, como representante de las exigencias del mundo circundante, una instancia permanente a la que llamamos Super-Yo. Simultáneamente a este proceso se lleva a cabo también un cambio del miedo infantil. El miedo ante el mundo exterior pierde importancia, va siendo sustituido -cada vez más- por el miedo ante el nuevo representante de la antigua fuerza: por el miedo ante el Super-Yo, ante la conciencia, por el sentimiento de culpabilidad. Lo cual quiere decir: el Yo del período de latencia tiene un nuevo aliado en su lucha por dominar los procesos impulsivos. El miedo ante la conciencia se convierte, en el período de latencia, en el motor de la defensa de los impulsos, del mismo modo que el miedo real lo fue en el primer período infantil."

(26) "Por consiguiente, en realidad el Super-Yo del niño no se estructura según el modelo de los padres, sino según el modelo del Super-Yo de los padres, se colma con el mismo contenido, se convierte en el sustentador de la tradición, de todas las valoraciones resistentes al tiempo que de esta manera se han ido transmitiendo a través de las generaciones" (S. Freud: *Gesammelte Werke* XV, pág. 73).

(26a) Cfr. Erich Fromm: *Sozialpsychologischer Teil*, en: *Studien über Autorität und Familie*, editado por Max Horkheimer para el Institut für Sozialforschung, París, 1936, pág. 85: "Por consiguiente, el Super-Yo no es, de ninguna manera, una instancia que una vez formada en la niñez -y a partir de entonces- sea efectiva en el hombre independientemente del aspecto de la sociedad en la que vive; antes bien, en la mayoría de los casos, el Super-Yo desaparecería en mayor o menor grado o cambiaría por completo su carácter y sus

contenidos, si no fuera porque las autoridades determinantes de la Sociedad continúan -más correctamente expresado: renuevan- constantemente el proceso de formación del Super-Yo iniciado en la niñez... De la misma manera que el niño interioriza, mediante la formación del Super-Yo, el poder que emana del padre, así también el mantenimiento y renovación del Super-Yo descansa, en el adulto, en la continua interiorización del poder fáctico externo; pues si bien el Super-Yo convierte el miedo ante un peligro externo en un miedo interno, no obstante, el factor dinámicamente decisivo para su formación y mantenimiento es el poder externo y el miedo ante él. Si el poder físico no existiera, el miedo externo no podría ser interiorizado, el poder físico no podría convertirse en uno moral."

(27) A. y M. Mitscherlich: *Die Unfähigkeit zu trauern* 1967, págs. 147/ 148.

(28) Op. cit., pág. 326 (subrayado en el texto original).

(29) Hasta qué punto lo es, lo pone acertadamente de manifiesto Schmid Häuser: *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1963, págs. 51-52, al darnos la siguiente imagen de una Sociedad en la que hipotéticamente no se reaccionase con la pena ante las lesiones de bienes valiosos: "Supongamos que mañana suprimimos todas las penas. Es fácil presentar la imagen de la situación que en tal caso sería de esperar. Así, por ejemplo, a alguien le apetece apoderarse indebidamente de una bicicleta ajena. El propietario reconoce al ladrón fugitivo. Da cuenta del hurto a la Policía; como ya no existen acciones punibles, la Policía remite al propietario, desde un principio, al tribunal de lo civil, que condena al ladrón a devolver la bicicleta. Pero este no la entrega tampoco al agente ejecutivo, sino que le derriba a golpes. Finalmente, el propietario encuentra a un grupo de hombres resueltos que le secundan; el ladrón es sometido y la bicicleta devuelta al propietario. Poco después, el ladrón se presenta con unos amigos ante el propietario y le vuelve a arrebatar violentamente la bicicleta. Finalmente, el propietario acepta la perdida y se apodera por su parte, a la primera oportunidad, de una bicicleta ajena; pues "los malos ejemplos corrompen las buenas costumbres" y, en definitiva, "la caridad empieza por uno mismo". El grupo del ladrón aumenta cada vez más, etc. Por muy horrorosamente que describamos la situación, esta seguirá siendo verosímil en su horror; por supuesto es inverosímil en los elementos que presuponen un aparato estatal en funciones: ¿cómo iban a seguir existiendo tribunales, agentes ejecutivos y Policía después de la abolición de la pena? Lo único que regiría sería el llamado derecho del más fuerte; los incendios, las violaciones, los allanamientos de morada, los asesinatos y homicidios podrían cometerse a la luz del día. La consecuencia sería una lucha de todos contra todos que solo entraña un fin dentro de los distintos grupos que se constituirían para defenderse de agresiones; y dentro de estos grupos, a su vez, habría que reaccionar con la violencia o con la expulsión cuando alguno de los miembros del grupo no respetara el orden; y en tal caso llegaríamos a situaciones como las existentes entre los antiguos germanos, siendo solo una de su consecuencia la venganza de la sangre entre los distintos grupos con todas sus implicaciones."

(30) Así, Mezger: *Niederschriften über die Sitzungen de Grossen Strafrechtskommission*, tomo 1, *Grundsatzfragen*, Bonn, 1956, pág. 32.

(31) Desde esta posición de "buena conciencia" se argumenta a favor de la pena de muerte alegando que es "más barata" para la Sociedad que la (32) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, 2ed., y Tübingen, 1969, elaborado por Baumann y otros, pág. 29.

(33) *Alternativ-Entwurf AT*, 1969, pág. 29. Cf. también Schmidhäuser: *Vom Sinn der Strafe*, 1963, pág. 85 ("Aquí residen las grandes tareas de la actuación estatal en el campo punitivo: teniendo conciencia de la mera oportunidad de cada pena, hacer que el sacrificio que imponemos a cada autor, para bien de la comunidad; sea el menor posible, y trabajar para depurar el espíritu de la época, situándose siempre un paso más adelante de lo general adhesión al criterio tradicional de la retribución y orientándose apenas más benignas e, incluso, a la supresión de la pena"), y Roxin: JuS 1966, pág 386 ("Dado que la pena... sirve exclusivamente a fines racionales y que debe hacer posible la convivencia sin riesgos entre los hombres, sólo puede estar justificada aquella ejecución que en la medida de lo posible persiga esa meta, es decir: que tenga por contenido la reintegración del autor a la comunidad jurídica. Por consiguiente, sólo puede entrar en consideración una ejecución resocializadora").

(34) "Es ya suficientemente doloroso tener que constatar que obtenemos el bienestar de la comunidad y, con ello, también la base para el desarrollo de toda cultura superior a cambio de los males que inferimos a algunos de nuestros semejantes"; la verdad es que, en definitiva, "con la pena hacemos violencia a los demás en contra de todo mandamiento moral (Schmidhäuser: *Vom Sinn der Strafe*, 1963, pág. 65).

(35) Cfr., por ejemplo, Adorno: *Tabúes sexuales y Derecho en la actualidad*, en *Sexualidad y crimen* (traducción de Gimbernat), editado -por Fritz Bauer y otros Madrid, 1969, págs. 316-317; Bürger-Prinz/Lewrenz: *Criminalidad en edad avanzada*, en la obra *Sexualidad y crimen*, acabada de citar, págs, 232, 234 y 235.

(36) Cfr. Adorno: op. cit., pág. .319, y Plank *Die Gesellschaft und das Böse, Eine Kritik der herrschenden Moral*, Munich;, 1967, pág. 193: "Es fácil negar el hecho de la represión sexual en nuestra actual cultura. Se puede negar; pero - entonces ya no se entienden la legislación y la jurisprudencia como un elemento de la cultura. Se puede negar; pero entonces, se debe una explicación de la enorme erotización de la vida cotidiana en la publicidad y en la moda, del 'éxito' del sexo en el cine y en las novelas, en las revistas ilustradas y análogos medios de comunicación de masas. Ante ello, los críticos moralistas de la sociedad quedan desconcertados y dicen que: lo que sucede es que el hombre de nuestros días 'está obsesionado con el sexo'. Pero la obsesión es un síntoma de carencia."

(37) Paralelamente a lo que sucede en la educación del niño, en donde la dificultad para los adultos reside "en decidir qué prohibiciones son 'necesarias', es decir, imprescindibles para una adaptación social capaz de desarrollo (A. y M. Mitscherlich: *Die Unfähigkeit zu trauern*, 1967, págs. 349 y 350), la dificultad del legislador penal consiste en seleccionar aquellas acciones cuya ejecución perturbaría de tal modo la paz social que hay que acudir, para prevenirlas en lo posible, a la elevada fuerza inhibidora que representa la prohibición jurídica penal.

(38) "Existe también una fuerza destructiva del Derecho penal que actúa sobre el afectado (entre otras cosas, a consecuencia de las deficiencias en la ejecución de la pena), sobre la familia del afectado, sobre terceros (víctimas, niños como testigos) y sobre la comunidad", Peters: *Beschränkungen der Tatbestand im Besonderen Teil*, ZStW 77 (1965), pág. 475.

(39) Engisch: *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1a/2a. eds., 1963/1965, a pesar de negar la posibilidad de demostrar la libre decisión humana (cfr. págs. 23/24 y pássim), se cree forzado a acudir a la "culpabilidad por el carácter" (véase págs. 48 y sigs. y pássim) para justificar, por ejemplo, la mayor punición del hecho doloso frente al culposo: "También es posible explicar, fácilmente la distinta gravedad del reproche de culpabilidad en el dolo y en la culpa, en la conciencia de la antijuridicidad y en el error vencible de prohibición sobre la base de la distinta culpabilidad por él carácter. Un carácter malicioso como el que se exterioriza en los hechos dolosamente cometidos y con pleno conocimiento de lo injusto hay que combatir con una pena más grave que no un ánimo irreflexivo o que actúa con imprudencia de Derecho" (pág. 60); contra Engisch, Arthur Kaufmann "Pero ¿cómo puede hablarse de una culpabilidad por el carácter", cómo puede decirse que el hombre tiene que 'dar cuenta de' y 'responder por' su propio ser así, si no se está presuponiendo la libertad? La alusión al 'tener que dar cuenta de' y al 'tener que responder por' no es más que una forma de expresar que existe libertad" (JZ 1967, pág. 559; Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, págs. 71 y 72). También Roxin, quien niega que la culpabilidad sea idónea para fundamentar la potestad penal del Estado, acude, no obstante, a esa culpabilidad para limitar la pena, pues "si se quisiera negar también la culpabilidad como concepto limitador de la pena, la consecuencia sería que nada podría impedir ya al Estado implantar Desenfrenadamente penas terroristas para meros fines de determinación"; está indicado servirse de la culpabilidad para limitar el poder punitivo "porque los conceptos de la dignidad del hombre y de la autonomía de la persona, que informan nuestra Constitución y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como un ser capaz de culpabilidad y de responsabilidad" (JuS 1966, página 384). Sin embargo, hay, que negar, otra vez, que el concepto de dignidad del hombre sólo pueda ser basado sobre el fundamento de la culpabilidad como igualmente hay que rechazar la opinión de Roxin que sólo la culpabilidad puede poner límites a un Derecho penal de terror: no se trata de acudir a la culpabilidad (al libre albedrío) -aunque sea un prejuicio- para salvar la dignidad del hombre, sino que precisamente se trata de desenmascarar la culpabilidad (por lo menos, su constatabilidad) como un prejuicio -pues si no lo desenmascararán como tal (ya lo están haciendo) las ciencias empíricas-, y, no obstante, seguir afirmando la dignidad humana y el Derecho penal liberal del Estado de Derecho

(40) Cfr. Roxin: JuS 1966, pág. 384: "La imposición de la pena está justificada si se consigue armonizar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente que debe ser así mismo garantizada por el Derecho. De ninguna manera se excluyen entre sí estos dos puntos de vista, como a menudo se supone. Pues si el Estado debe asegurar al ciudadano sus bienes jurídicos, el reverso es que todo miembro de la comunidad debe hacer, por su parte, lo que sea necesario para cumplir esta tarea común, es decir: para el mantenimiento, del orden, debe cargar sobre sí... la pena precisa, del mismo modo que, por ejemplo, debe soportar el deber del servicio militar o de pagar impuestos, sin que por ello sea lesionado en su dignidad humana."

(41) Por ello hay que afirmar, frente a los que opinan que el castigo de los criminales nazis sólo puede justificarse sobre la base de la culpabilidad -dado que actualmente no ofrecen peligro alguno para la comunidad jurídica-, que ello no es así: ignoramos si esos delincuentes -como lo ignoramos de todos los demás- cometieron sus crímenes en base a una libre decisión de voluntad, pero su punición está justificada porque es fácilmente imaginable el enorme resquebrajamiento que sufriría el efecto inhibidor de la prohibición (tan importante para la paz social) de matar dolosamente, si el asesino pensase que su acción no traía consigo inevitablemente la pena: que le bastaba demostrar su falta de peligrosidad actual para conseguir la absolución.

(42) Cfr. supra nota 12.

(43) *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1a /2a eds., 1963/1965, pág. 59.

(44) Cfr. Schmidhäuser *Vom Sinn der Strafe*, 1963, págs. 57/58: "La gran tentación a la que nos lleva la especialización científica es la de que también veamos al hombre sólo en sus aspectos parciales y objetivables, y de este modo creamos ver, donde antes estaban culpabilidad y pena, sólo peligrosidad y tratamiento. Pero continuamente se pone de manifiesto . que si quisieramos combatir la peligrosidad tendríamos que proceder de manera muy distinta a como lo hacemos en la reacción frente a los delitos. ¿Es que es más peligroso el asesino que una vez mató por celos que el conductor que una vez ha conducido a demasiada velocidad matando a cinco personas? ¿Quién es más peligroso: el avispa estafador habitual o el maestro de obras que hace abrir imprudentemente una zanja, de tal modo que se derrumba un edificio contiguo pereciendo veinte personas? Si se tratase de animales, y una especie asalta sigilosamente de cuando en cuando a una persona matándola, y otra especie atacase abiertamente. todos los días en los caminos y en las carreteras a las personas, produciéndoles heridas mortales, no dudaríamos en calificar a esta especie última de la más peligrosa. No obstante, reaccionamos con nuestra pena mucho más suavemente ante el homicidio imprudente de la circulación que ante el asesinato y el homicidio doloso, y con ello mostramos que en la pena reaccionamos no ante la peligrosidad, sino ante la gravedad de una falta moral." del homicidio culposo hasta igualar o superar la del doloso, a fin de conseguir una mayor prudencia y, con ello, la disminución de accidentes

(44a) No podemos ocuparnos aquí detalladamente de la cuestión de si de todo ello hay que sacar la conclusión de que únicamente es necesaria la punición del delito de peligro y de que la producción del resultado no debe agravar la pena. Tengo la impresión, en efecto, de que el método adoptado por el Derecho vigente de castigar con mayor severidad el delito de lesión que el de peligro no está justificado por su necesidad social (la pena únicamente puede contribuir a la disminución de los comportamientos peligrosos y solo entonces y mediáticamente de las causaciones imprudentes de resultados!) y de que lo único que explica tal método es que la producción imprudente de una muerte (a diferencia de lo que sucede con el comportamiento peligroso que no ha tenido consecuencias) despierta en los ciudadanos instintos de venganza a cuya satisfacción sirve la mayor gravedad de la pena. Pero la misión del legislador penal vio es ni mucho menos la de satisfacer tales instintos. Para esta problemática remito a Bockelmann: *Die künftige Entwicklung des Verkehrsstrafrechts -Hoffnungen und Befürchtungen*, en: *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, págs. 100 y sigs., 108.

(45) Innecesaria también desde un punto de vista de prevención especial, como acertadamente fundamenta Engisch: *Die Lehre von der Willensfreiheit* 1a /2a eds., 1963/1965, págs. 57/58.

(46) Por supuesto que las medidas contra menores delincuentes constituyen también un "castigo" que puede contribuir a reforzar sus controles de conciencia. Pero se trata de un "castigo" en el sentido vulgar (suponen una privación de cariño suficiente para los fines que se persiguen), no de una "pena estatal" cuya aplicación a una menor sería una reacción inadecuada, innecesaria y cruel.

(47) Engisch: *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Munich, 1963, pág. 3.

(48) "Donde estén en juego pasiones humanas -y en qué proceso penal no lo están- la fuente más turbia de conocimientos es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente" (Roxin: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2a. ed., Hamburgo, 1967, pág. 626).

(49) "El jurista se ve situado en un desierto de dudas y de diversidades de opiniones dentro del cual tiene que tantear, lentamente, el camino hacia adelante, tiene que mirar cuidadosamente a su alrededor para poder encontrar el camino correcto" (Engisch: *Wahrheit und Richtigkeit*, 1963, página 22).

(50) Cfr., por ejemplo, R. Schmid (págs. 8 y sigs.) y Nedelmann 20 y siguientes), en *Kritik der Strafrechtsreform*, 1968.

(51) El problema no se plantea para los que piensan que las soluciones abiertamente injustas no son "dogmáticamente" correctas por hallarse en contradicción con el Derecho natural; sobre esto, cfr. Henkel: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Gimbernat, Madrid, 1968, págs. 745 y siguientes, donde se expone esta problemática sobria y acertadamente.

(52) Cfr. A. Rapoport: *Das Klasseninteresse der Intellektuellen und die Machtelite*, en *Aggression und Anpassung in der Industriegesellschaft*, contribuciones de H. Marcuse y otros, Frankfurt am Main, 1968, pág. 50: "Lo que rige para el físico que calcula trayectorias de cohetes o para el biólogo que cultiva para la guerra biológica nuevas bacterias resistentes a los antibióticos, rige asimismo para el psicólogo que investiga nuevos métodos sobre cómo hacer inmunes a los soldados contra los sentimientos de culpabilidad, para el sociólogo que desarrolla técnicas para la manipulación de la opinión pública, para el antropólogo que para fines geopolíticos emite dictámenes sobre el 'tratamiento' de pueblos extranjeros, o para el politólogo que hace equivalentes la 'Realpolitik' y el realismo. Ninguno de estos especialistas necesita tergiversar la verdad -científica- su especialidad; para servir a los intereses del poder precisa únicamente despreciar la verdad o los valores que se hallan fuera de su propio campo de trabajo. El especialista en defensa civil no tiene necesariamente que falsear los datos cuando llega a la conclusión de que a raíz de un ataque atómico de una determinada magnitud pueden ser salvados, mediante un determinado programa, tantos y tantos millones de vidas humanas a tantos y tantos dólares por vida durante tantas y tantas semanas. Sin embargo, si propugna ese programa tiene que hacer caso omiso de una cantidad de cuestiones que no afectan inmediatamente al problema específico que se le ha encargado resolver. Por ejemplo: a la cuestión de qué le sucederá a población 'salvada' después del ataque atómico no se responde especificando el potencial de los refugios contra explosiones a incendios. En un sentido más amplio, sin embargo, esta cuestión es de la mayor importancia para el problema total. Pues la contradicción dialéctica entre el engagement ideológico del intelectual y la dinámica del poder se manifiesta, con plena y horrible claridad, sólo cuando el intelectual entiende como indivisible su obligación para con la verdad, y más aún cuando la extiende a valores distintos de las verdades fácticamente comprobables. Dentro de esta conexión se hace patente, al mismo tiempo que el interés de clase de los intelectuales, la amenaza contra la que tienen que luchar" (subrayados en el texto original).

(53) Véase A. RAPOPORT: op. cit., pág. 49.

(54) Cfr. *Strafrecht*, 1967, págs. 458/459: "Pero no existe ningún Estado en sí, sino sólo Estados concretos con una determinada Constitución y con determinadas circunstancias políticas. Y de ahí surge el peligro de que el correspondiente régimen existente utilice el Derecho penal para asegurar su dominio. En tales casos se abusa del Derecho penal como medio de lucha política y se convierte al enemigo político en criminal. Toda Constitución que no conceda a la oposición la posibilidad de llegar legalmente al poder convierte al enemigo político en 'ilegal' y abusa del Derecho penal para la lucha política."