

Evolución Jurídica y ciencia penal^(*)

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Consideraciones generales.—II. El Derecho Penal como ciencia dedicada al estudio del Derecho positivo. 1. La legislación penal como objeto. 2. El método de la dogmática. A. Sus beneficios. a) La certeza consiguiente al conocimiento de la Ley. b) Elaboración de construcciones doctrinales; especial referencia *al bien jurídico y al conocimiento de la antijuricidad*. B. Sus defectos y limitaciones. a) Defectos; la exigencia de realismo en sus varias manifestaciones. b) Limitaciones; el *deber ser y el ser* de la Administración de la justicia penal. a') La determinación de los hechos. b') La determinación de los preceptos jurídicos. c') Conclusiones.—III. Las funciones atribuibles hoy al Derecho penal. 1. Consideraciones generales. 2. Referencia a algunos ejemplos de formas actuales de delincuencia. A. Delitos contra el patrimonio. B. Delitos relacionados con el Urbanismo. C. Delitos con sujeto pasivo-masa. D. Delitos de violencia. E. Consideraciones finales. 3. La función crítica de la ciencia jurídico-penal; criterios para su ejecución. A. En cuanto a los presupuestos. a) El Derecho penal como tutelador de los bienes jurídicos fundamentales. b) Exigencias extraídas del requisito de la culpabilidad. c) La renuncia a la pena innecesaria. B. En cuanto a los efectos jurídicos. a) La abolición de la pena de muerte y la rebaja del marco máximo de la pena privativa de libertad. b) Introducción de nuevas medidas y de nuevos principios en materia de ejecución penal. c) Breve referencia a la eficacia de los recursos penales. C. Cuestiones planteadas por el Derecho penal administrativo y el de las medidas de seguridad. 4. Reforma de la Ley Penal y realidad social. A. Formulación general. B. Aspectos de la cuestión. a) El incumplimiento de las Leyes penales. b) La imagen real de determinadas normas legales.

I

En la presente ponencia nos proponemos examinar algunos de los aspectos que la temática general encerrada en el título «LXXV años de evolución jurídica en el mundo» plantea en rela-

(*) Ponencia pronunciada en el Coloquio Internacional «LXXV AÑOS DE EVOLUCION JURIDICA EN EL MUNDO», celebrado en México del 20 al 30 de septiembre de 1976, bajo el patrocinio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ción al Derecho penal. Bajo el punto de vista del área nacional a examinar, nuestra atención se centrará sobre el ámbito cultural de España y de aquellos otros países, por una u otra razón, más relacionados con la ciencia penal española.

La expresión «evolución jurídica» (1) suscita una serie de interrogantes cuya eposición estructurada no resulta fácil. La indicada expresión sugiere, ante todo, la necesidad de tomar conciencia de ciertos cambios tanto en la esfera de las ciencias de la naturaleza y de la técnica, como en el ámbito de la estructura social y de los valores, y de, sobre esta base, plantear la cuestión de si tales transformaciones, de una y otra naturaleza, han sido debidamente tomadas en consideración por el Derecho penal; realidad ésta que, en su formulación legal, comporta siempre el carácter de consolidación y, por consiguiente, de conservación de un cierto instante de la historia. En relación a lo antes expuesto observemos que las investigaciones médicas y farmacológicas sobre el hombre y su conducta, suscitan el interrogante de si debe acudir a la aplicación de nuevos recursos en la reacción frente al delito. Por otro lado, la puesta en práctica de determinadas técnicas ha provocado la aparición de ciertas acciones causantes de extraordinarios perjuicios para la sociedad. Baste a tal efecto pensar en el agotamiento de los recursos naturales, la contaminación del ambiente y, en general, el desorden ecológico. Y los cambios en la estructura social han dado, por su parte, lugar al desarrollo de determinadas conductas merecedoras de un grave juicio de reprobación social, tales como las comprendidas bajo la llamada *delincuencia económica* y las infracciones cuya víctima es una masa muy considerable de individuos, que no habían sido particular y específicamente previstas como necesitadas de punición por los autores de la mayoría de los cuerpos legales hoy vigentes, promulgados en su tiempo con una preocupación político-criminal orientada a reaccionar frente a acciones vinculadas a una estructura social distinta a la actual. La regulación de los delitos contra la propiedad ofrece un claro ejemplo al respecto.

Por último, las transformaciones en la valoración de las conductas han conducido a la formación de propuestas para la derogación —las llamadas «desincriminación» y «despenalización»— de determinados delitos; y los cambios en la valoración de las penas han llevado a la elaboración de postulados tendentes a la supresión de algunas de ellas, como la de muerte, y a la aminoración del marco máximo de las sanciones privativas de libertad.

Con el propósito de estructurar los principales aspectos de la evolución jurídica en el ámbito penal, de cuyas varias facetas

(1) Cfr. FRIEDMAN, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México-Buenos Aires, 1966; DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, pp. 300 y ss.; NOVOA MONREAL, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México-Madrid-Buenos Aires, 1975.

acabamos de exponer unos ejemplos, procede examinar la situación actual de la referida problemática y describir algunas de las vías a las que la presente evolución parece conducir.

II

Tras estas observaciones iniciales debemos poner de relieve que la ciencia jurídico-penal ha estado fundamental, cuando no exclusivamente, dedicada al estudio del Derecho penal positivo, conforme a las bases metodológicas establecidas por las doctrinas italiana y alemana a principios del presente siglo, que tuvieron una clara formulación en el conocido trabajo de Rocco sobre el método en la ciencia del Derecho penal (2). Con ello queremos destacar que el objeto de dicha ciencia ha estado constituido por el Derecho penal positivo, y el método, por un proceso lógico integrado por la interpretación, la dogmática o sistemática y la crítica. Recuérdese, por lo demás, que la atribución a la ciencia jurídico-penal del referido objeto y método constituyó el resultado de un proceso histórico-doctrinal que puso fin a la llamada lucha de escuelas en virtud de una construcción que supuso una decisiva clarificación de las funciones de la ciencia del Derecho penal.

1. Cuál haya sido la evolución de la legislación penal constitutiva del objeto de nuestra ciencia, resulta difícil de concretar en un corto espacio. En términos generales, los cuerpos legales hoy vigentes, tanto de Derecho material como formal, encuentran su origen en el proceso de codificación iniciado a principios del siglo XIX bajo el intenso influjo de los Códigos franceses, habiendo experimentado aquéllos, desde entonces, una transformación en función de factores y circunstancias políticas, sociales y culturales de muy heterogénea naturaleza. Las directrices y paredes maestras de las leyes hoy vigentes se remontan, pues, a leyes elaboradas hace más de siglo y medio, sobre la base de unos antecedentes y estudios de un valor aún hoy indiscutible. Muy significativo resulta el que en 1970 diversos organismos celebraran en España el centenario de una gran obra legislativa que se manifestó en textos tan distintos como el Código Penal, la ley del ejercicio del derecho de gracia y la del Registro Civil. Las reformas que, desde su origen hasta ahora, ha experimentado nuestra legislación, han supuesto, pues, la incorporación de cuerpos extraños al sistema primitivo. Resultado de ello es la existencia en los Códigos vigentes de numerosas incongruencias y contradicciones internas. Lo hasta aquí expuesto explica, asimismo, el que la imagen de la sociedad contemplada por el redactor de las disposiciones hoy vigentes, guarde una evidente discrepancia con la de la realidad actual.

(2) Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del Diritto Penale*, en *Opere Giuridiche*, T. III, 1933, pp. 297 y ss.

Además, las reformas de los referidos cuerpos legales no han respondido, frecuentemente, sino al propósito de ampliar el ámbito de las acciones previstas como delito a conductas cuya comisión se ha tratado de evitar a través de la intimidación de la pena. La política criminal que ha servido de base a dichas reformas ha adolecido, pues, en muchos casos, de un simplismo ciertamente censurable. Este proceso tiene su contrapunto en un fenómeno inverso al anterior, de gran valor sintomático, cual es el ejercicio del derecho de gracia a través de las disposiciones de amnistía e indulto. De una forma periódica el Estado, y por motivos fundamentalmente políticos (3), ha condonado, en virtud del ejercicio de un tal derecho, la responsabilidad penal, de una gran parte, en ocasiones de casi la totalidad, de la población reclusa, en virtud de un proceso que en su conjunto causa la impresión de constituir una compensación de la severidad de las leyes penales existentes o un claro reconocimiento de una situación legal evidentemente insatisfactoria y motivadora, en consecuencia, de una actitud de escepticismo en la sociedad en general y particularmente en los jueces, para los recursos y sanciones por ella creados. Todo ello explica el que, como un jurista francés contemporáneo pone de relieve, las peticiones de amnistía constituyen una de las reivindicaciones que en unión a otras atinentes a sectores sociales y económicos distintos al penal, formula de modo periódico la sociedad frente al Estado (4).

Una evolución de la legislación penal distinta a la hasta aquí expuesta, es aquella que ha respondido a la progresiva incorporación al ordenamiento jurídico positivo de preceptos cuyo origen se encuentra en los estudios y experiencias de la ciencia criminológica. Un tal fenómeno se ha manifestado, sobre todo, en la creación de *nuevas* medidas para la reacción estatal frente al delito, tales como el internamiento en establecimientos de terapéutica social, en instituciones psiquiátricas y de educación, y la prestación de actividades en favor de la sociedad. Y dicha recepción de estudios y experiencias criminológicas ha dado lugar también a la introducción de reformas en relación a los efectos jurídicos del delito, de pena y medidas de seguridad *hoy existentes*, como son la nueva ordenación de las penas pecuniarias, la supresión de prescripciones que puedan obstaculizar la readaptación social del condenado y la reestructuración del régimen de cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. La evolución de las ciencias criminológicas ha conducido, además, a ofrecer una nueva imagen del delito como consecuencia de destacar la significación que en la determinación de las acciones perseguidas y castigadas corresponde en la realidad social a los criterios, actitudes y circunstancias concurrentes en los organismos encargados de la reacción estatal

(3) DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABO RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona, 1972, pp. 627 y s.

(4) MERLE-VITU, *Traité de Droit Criminel*, T. II., París, 1973, p. 779.

frente al delito. Basten aquí estas referencias para ofrecer una sucinta imagen de los distintos aspectos de la evolución de la legislación penal, en el bien entendido de que sobre algunas de estas facetas nos volveremos a ocupar más adelante, al efectuar un balance de las tendencias a las que el Derecho penal en la actualidad apunta.

2. A. La elaboración dogmática del Derecho penal positivo, consiguiente a la aplicación del método antes referido, ha supuesto unos indudables beneficios que cabría sistemáticamente agrupar en dos categorías distintas.

a) Por un lado, ha contribuido a un mejor conocimiento de la Ley con el consiguiente efecto de aminoración de las dudas e incertidumbres que la aplicación de la misma provoca. Dicha actividad intelectual ha conducido a destacar la función de garantía que a la letra de la Ley corresponde en la determinación del ámbito de lo delictivo (5). Por otro lado, el estudio del Derecho positivo ha conducido a que la esfera de aplicación de los preceptos penales deba ser determinada en virtud de la averiguación del significado correspondiente a sus elementos integrantes, como procedimiento distinto éste al de atender, para dicha determinación, a cuáles puedan haber sido los casos o supuestos hasta la fecha incluidos en el correspondiente precepto. Consecuencia de estas premisas, lo es, v. gr., y para poner un ejemplo, el que la llamada *estafa procesal*, es decir, el perjuicio patrimonial producido en virtud de un engaño ocasionado a la Autoridad judicial, haya sido estimada como constitutiva del tipo de estafa (6). Si el referido supuesto cumple los elementos integrantes de la estafa, no cabrá oponer a su subsunción en ésta, el que los casos hasta la fecha sometidos al ámbito de dicho delito ostenten unas características muy distintas al de la referida estafa procesal.

b) Aparte de proporcionar una mayor certeza en la determinación del ámbito de los preceptos legales, el estudio dogmático del Derecho positivo ha conducido a la elaboración de una serie de exigencias, favorecedoras de una justicia penal más satisfactoria, como consecuencia de la construcción de determinadas nociones tales como, para poner dos ejemplos, las constituidas por el *bien jurídico* y el *conocimiento de la antijuricidad de la acción*. Dichas exigencias han operado en dos niveles distintos, aunque íntimamente relacionados; a saber: a) en el de la solución de las cuestiones planteadas *dentro de un cierto marco jurídico*; b) en el de postular la *reforma de dicho marco*, es decir, en el de propuesta de *modificación de la ley*. De uno y otro aspecto nos ocuparemos tanto aquí como más adelante —III, 3—.

En cuanto al bien jurídico, la doctrina ha ofrecido una elabora-

(5) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en el Libro homenaje a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 485 y ss.

(6) CEREZO MIR, *La estafa procesal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1966, páginas 179 y ss.

ción del mismo, no sólo como noción *inmanente* a la Ley penal, sino además como una idea situada *fuera* de ésta, destinada a explicar el proceso de incriminación llevada a cabo por el legislador (7) e incluso la actuación de la administración de la justicia penal. De especial interés resulta hoy, en efecto, la investigación del proceso que conduce, en la realidad, a la selección por el legislador de los intereses que deben ser objeto de tutela penal, así como el estudio de la indiscutible influencia ejercida en la práctica judicial por las actitudes valorativas de los Tribunales sobre lo que merece ser objeto de aquella protección.

En gran número de infracciones, de entre las que cabe aludir a los delitos contra la seguridad interior del Estado, las falsedades y los delitos contra la propiedad, argumentos atinentes al bien jurídico tutelado permitirán introducir a los Tribunales satisfactorias restricciones en el ámbito de lo que, conforme al texto legal, debe ser objeto de punición. En este sentido cabrá apreciar la existencia de un proceso lógico de elaboración de un concepto de bien jurídico que, si bien toma como *punto de partida* la redacción de la Ley, conduce a la formación de un concepto, útil a los referidos efectos, que no puede considerarse como un producto pura y simplemente de la Ley.

Por lo que al segundo de los ejemplos antes indicados se refiere, recordemos que hoy se reconoce de modo prácticamente unánime por la doctrina y la jurisprudencia, como resultado de un proceso de elaboración dogmática de nociones atinentes a la culpabilidad, que el conocimiento por el agente de la significación antijurídica de la conducta realizada constituye un requisito imprescindible para la existencia de delito (8). Un tal reconocimiento ha supuesto la superación de la doctrina tradicional que distinguía el error de hecho del de derecho, a efectos de atribuir relevancia excusante al primero y negársela al segundo, conforme al conocido aforismo *error facti excusat, error iuris nocet*. La construcción a la que de modo creciente acuden hoy la doctrina y la jurisprudencia, parte de la afirmación de que el sujeto no sólo debe conocer el sector objetivo del tipo, v. gr., que el disparo está dirigido a un ser humano en el caso del homicidio—, sino además la significación antijurídica del hecho cometido —en el ejemplo anterior que la muerte está prohibida por el Derecho—. Tanto el *error de tipo*, es decir, el que incide sobre cualquiera de los elementos integrantes de la parte objetiva de éste, como el de *prohibición*, son relevantes a los efectos de extinguir o atenuar —de una u otra forma— la responsabilidad penal. En la medida en que la parte

(7) HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, páginas 19 y ss.

(8) CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en Revista de Estudios Penitenciarios, julio-septiembre 1964, p. 456; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 130 y ss.

objetiva del tipo se compone tanto de elementos *descriptivos* —v. gr., el *hombre* como víctima en el homicidio, la *mujer* en el aborto, etc.—, como de *normativos* —el *pudor* o las *buenas costumbres* en el escándalo público, las cualidades de *mueble* y *ajena* de la cosa en el hurto, etc.—, resulta claro que tanto un desconocimiento del *hecho*, como uno del *derecho*, pueden dar lugar a la existencia de un error de tipo.

La significación y trascendencia prácticas de la exigencia del conocimiento de la antijuricidad son evidentes. En particular; importa poner de relieve que una de las esferas en la que dicho requisito cumple una importante función —al conducir, en su caso, a una exención de responsabilidad penal— es la correspondiente a los delitos cuya antijuricidad material manifiesta una mínima gravedad, que, en buena parte, se corresponden con las llamadas infracciones de peligro abstracto, cuyo mantenimiento en la Ley constituye un fenómeno merecedor frecuentemente de censura a la vista de las actuales exigencias de «desincriminación» y de «penalización» de conductas hoy previstas como delito, a las que ya anteriormente nos hemos referido y de las que más adelante nos volveremos a ocupar. Ejemplos de lo expuesto los ofrecen, entre otros, los delitos contra la seguridad del tráfico y determinados tipos de falsedad.

B) El mantenimiento de la dogmática como método de la ciencia jurídico-penal se halla perfectamente justificado por las razones expuestas. La formulación de este juicio debe, sin embargo, ir unido a una clara conciencia sobre los defectos en los que la aplicación del referido método ha incurrido y que importa muy mucho evitar, por un lado, y de las limitaciones a las que el mismo, en atención a su fin, está sometido, por otro. Examinemos a continuación uno y otro aspecto.

a) Frente a la evolución experimentada por la dogmática jurídico-penal, desde antiguo se ha observado la necesidad de que su estudio y atención se centraran sobre las cuestiones de trascendencia para la realidad práctica. Ilustrativo resulta lo expuesto ya hace años en la doctrina italiana por Antolisei y Nuvolone (9); y, en época mucho más reciente, por Nauke, en la ciencia alemana, al examinar cuáles han sido los temas sobre los que se ha centrado el estudio de la dogmática de dicho país y llegar a la conclusión de la existencia de una clara discrepancia entre cuáles han sido las cuestiones planteadas en la realidad social, por un lado, y aquellas otras que han merecido la atención de la doctrina penal, por otro (10).

En este orden de cosas cabría acaso, asimismo, pensar que ante una realidad social caracterizada por un desarrollo tanto en

(9) Una valoración en: STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, pp. 122 y ss.

(10) NAUCKE, *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, en ZStW, 85, 1973, pp. 399 y ss.

cantidad, como en calidad, de la criminalidad, y por una situación evidentemente insatisfactoria de la Administración de la justicia penal, como encarnación de la reacción del Estado frente a la delincuencia, es preciso establecer un orden de prioridades en la actividad científica, en el que la dogmática jurídico-penal debe ser pospuesta.

En el fondo de todas estas críticas se agita la idea de que la ciencia del Derecho penal debe centrar el objeto de su atención en las cuestiones planteadas por la realidad, siquiera bajo una tal expresión no se haga siempre referencia a una misma cosa. El que esta exigencia debe ser aceptada no ofrece, a nuestro juicio, lugar a dudas. Ello no pone en tela de juicio el que la dogmática sea necesaria para la ciencia jurídico-penal, pero conduce imperiosamente a la conveniencia de destacar los límites de la dogmática y a formular la exigencia de acudir, además, a la aplicación de otros métodos para el estudio de ciertos órdenes de problemas de un indiscutible valor para el Derecho penal.

b) La indagación de las limitaciones a las que la dogmática está sometida, debe, a nuestro juicio, centrarse en el examen de un fenómeno de una gran importancia para el tema objeto de la presente ponencia, al que interesa seguidamente dedicarle con cierta amplitud nuestra atención (11).

Recordemos, a tal efecto, que la aplicación de la Ley a la realidad, a la que toda sentencia responde, constituye un proceso, más o menos complejo, en virtud del cual tras dar como probados unos hechos y determinar los preceptos jurídico aplicable se dispone la condena o absolución. Sabido es también que las funciones de determinación de los hechos y de la norma aplicable, se hallan regidas en numerosos países, entre los que figura el español, por los principios de *oficialidad* y *legalidad*. Conforme al primero de ellos se impone a la Administración de Justicia —y a la Policía Judicial como auxiliar de la misma— el deber de perseguir y, en su caso, castigar los delitos, con exclusión de toda facultad de decidir sobre la oportunidad del ejercicio de dichas funciones. En virtud del principio de legalidad se atribuye únicamente a la Ley la cualidad de ser fuente de Derecho penal.

Si examinamos el efectivo modo de operar de la Administración de la Justicia en la *realidad*, obtendremos, sin embargo, una imagen muy distinta de aquélla que resulta de la rigurosa aplicación de los indicados principios de oficialidad y legalidad. Por un lado, los hechos que, como *probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos tal

(11) Esta materia aparece desarrollada en mi trabajo, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo, 1974, pp. 119 y ss. De interés recientemente: ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, en Kriminologie und Strafverfahren, Stuttgart, 1976, pp. 9 y ss.

como se han producido *en la realidad*. Por otro, los Tribunales al llevar a cabo su función enjuiciadora, no sólo acuden a los preceptos legales, sino, además, a otros elementos situados propiamente *fuera de la Ley*. Estudiemos con alguna atención estos dos aspectos.

a') Los hechos que *como probados* son sometidos a la función judicial, difieren en buena medida de los hechos tal como han tenido efectivamente lugar en la historia. A la descripción que de los mismos ofrecen las sentencias, se llega tras un complejo proceso de selección y de transformación de la realidad. En virtud del conjunto de actividades que se inician a partir del conocimiento por la Administración de Justicia de un determinado hecho punible y que concluyen con la descripción por el juzgador de los hechos sometidos a su conocimiento, no sólo tiene lugar un progresivo estrechamiento de la realidad que va a servir de base a la aplicación de la norma penal, sino además una mutación de esa propia realidad. En suma, la imagen de los hechos efectivamente producidos en la historia, difiere notablemente de aquélla que de los mismos nos ofrece el conjunto de sentencias integrantes de la jurisprudencia penal.

Por una serie de razones diversas, atribuibles a factores varios, tanto, v. gr., a la limitación de medios de toda clase, como a la existencia de ciertas actitudes más o menos difundidas, la persecución de los hechos punibles por la Policía, ni alcanza a la totalidad de los efectivamente producidos, ni aparece aplicada con igual intensidad a todos los delitos. Como ha sido puesto de relieve, la limitación de los medios materiales y personales frente a una delincuencia en transformación, la ausencia de denuncia por las víctimas y la distribución no satisfactoria de los recursos hoy existentes, pueden contribuir a la falta de persecución efectiva de las conductas constitutivas de delito (12). Por otro lado, la creación de estímulos en relación a la actividad policial dedicada a cierto tipo de infracciones, así como la convicción de la inutilidad del esfuerzo aplicado a la persecución de determinadas conductas —v. gr., por las dificultades de la investigación o por la naturaleza de los respectivos hechos—, motivan el que la actuación de la policía se distribuya de modo desigual en relación a las diversas infracciones penales.

Por lo que la actuación de los Tribunales se refiere, muy conocido es el fenómeno conforme al cual el juzgador invierte el orden lógico de determinar en primer lugar los hechos y, en segundo, la norma jurídica aplicable, por el de dar a los hechos aquella configuración que haga posible la subsunción de los mismos en el precepto determinante de la solución que para el juzgador se presenta como justa (13). Así, por ejemplo, el deseo de los

(12) Cfr. NORMANDEAU, PARIZEAU, SZABO, *Police et société moderne*, en *Révue Internationale de Droit Pénal*, 43, 3.º y 4.º, 1972, pp. 611 y ss.

(13) Cfr. los trabajos publicados en *Archives de Philosophie du Droit*, número 17, Paris, 1972.

Tribunales de evitar en ciertos casos la estimación del delito de robo, explica la aparición de una tendencia a evitar el dar constancia de los actos de fuerza en las cosas, integrantes del referido tipo (14). Un tal proceso de transformación de los hechos desde el momento de su producción en la realidad hasta el de la configuración de un sector de los mismos como redacción de hechos probados que sirve de base a la sentencia judicial, tiene, asimismo, otras importantes manifestaciones, no sólo en el instante de la elaboración de la correspondiente sentencia, sino además en otros momentos procesales anteriores a aquél. Así, por ejemplo, aun cuando ni el perdón de la parte ofendida, ni la satisfacción por ella de las responsabilidades civiles dimanantes de la infracción criminal, deben extinguir la responsabilidad penal proveniente del delito cometido, la reparación de los daños o la indemnización de los perjuicios en determinada clase de hechos punibles, v. gr., en ciertas modalidades de estafa y de apropiación indebida, puede dar lugar a que en la práctica no se castiguen las conductas en las que la indicada satisfacción tenga lugar.

Diversas son las razones o motivos de la progresiva transformación de la realidad histórica que el proceso de administración de la Justicia penal puede llevar consigo. En ocasiones, la selección de los hechos que van a servir de base a la condena penal y la consiguiente exclusión de otros de un tal efecto jurídico, depende, según en parte ya apuntamos, de las limitaciones orgánicas o funcionales de la Administración de la Justicia. En otros casos, la referida transformación, ya en forma de selección o en la de mutación de la realidad, responde a ciertas actitudes valorativas. Así, la estimación de que determinadas acciones no deben ser castigadas en absoluto o de que deben dejar de serlo en ciertas circunstancias, conduce a no dar como probados ciertos hechos o a conformar de modo distinto al real los producidos. La importancia e interés de un tal tipo de actitudes valorativas, resulta obvio, siquiera no puedan las mismas ser aprehendidas por el método dogmático, sino por la aplicación de otros procedimientos lógicos. En particular, dicha importancia e interés son evidentes si concebimos el Derecho penal y, en general, el Derecho, no como el conjunto de preceptos *formulados en las Leyes*, sino como el de aquéllos *que rigen en concreto los hechos de la vida social*. Y si pretendemos un conocimiento de este conjunto de preceptos, deberemos orientar nuestro examen no tan sólo a los textos legales y a los considerandos de las resoluciones judiciales, sino además al proceso por el que se opera la indicada transformación de la realidad.

b') Una vez examinado el proceso de *determinación de los hechos* que sirven de base a la resolución judicial, corresponde

(14) *Memoria elevada al Gobierno de la nación el 15 de septiembre de 1967 por el Fiscal del Tribunal Supremo, Madrid, 1967, p. 85.*

que seguidamente centremos nuestra atención —dentro del examen que estamos efectuando acerca del proceso de aplicación de la Ley a la realidad— sobre los *preceptos jurídicos*. Un tal estudio conduce a observar que, no obstante la vigencia formal del principio de legalidad, los preceptos que en concreto regulan los hechos de la vida social, no se corresponden lisa y llanamente con aquellos que aparecen formulados en las leyes. Aun cuando toda sentencia se *presenta* como una aplicación de la Ley a la realidad, lo que la sentencia *aplica* como precepto o conjunto de preceptos reguladores de los hechos, es *algo más que Ley*. En el complejo proceso dirigido a llevar ésta a la realidad, los Tribunales dan entrada, en efecto, a una serie de criterios decisorios que, en buena parte no resultan, al menos directamente, del texto legal. En virtud así de la utilización de una serie de elementos en buena medida no emanados de la Ley, sino introducidos por el propio juzgador, ésta es referida desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes de la práctica, formándose progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y jurisprudencia, la normativa que en constante evolución, rige la conducta del hombre en sociedad. Si concebimos el Derecho penal, conforme ya indicamos, como el conjunto de preceptos que rigen en concreto determinados aspectos de la vida social, observaremos que tales preceptos no equivalen a puras emanaciones provenientes de las disposiciones formalizadas en los textos legales. Examinemos a continuación, en particular, varios aspectos en relación a lo indicado.

Ante todo, cabe apreciar la existencia de una serie de preceptos que rigen en concreto los hechos de la vida social, no obstante no resultar aquéllos directamente del texto legal, sino a lo sumo de modo *mediato*. La doctrina y la jurisprudencia al llevar a cabo sus tareas de aplicación e interpretación de las normas legales, crean con harta frecuencia propias y verdaderas regulaciones cuyo nexo con el texto legal es puramente mediato o, en rigor, inexistente. Ejemplos los ofrecen la regulación de materias tan importantes como las del error y el delito continuado. Así, la ordenación del delito continuado, conforme a la cual se entiende que siempre que concurren los requisitos de unidad de sujeto activo y pasivo, de elemento subjetivo, de ley violada, de tiempo y de ocasión, así como de indeterminación procesal de los hechos, no deben estimarse tantas infracciones cuantas acciones se han llevado a cabo, sino un solo delito, constituye una regulación elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, sin contar con base alguna en el texto del Código Penal español (15).

La existencia de ciertas actitudes en la actuación de los Tri-

(15) Distinta es la situación existente en aquellos ordenamientos jurídico-penales, que, como el italiano—art. 81 del Código Penal—, cuentan con una noción legal del delito continuado.

bunales (16) da lugar, asimismo, a la aparición de determinados criterios decisorios en la resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de aquéllos. Así, por ejemplo, la tendencia a una aplicación benigna de la Ley, que ha conducido a hablar de un «pietismo judicial», puede traslucirse en la inclinación de los Tribunales a aplicar de modo *automático el margen mínimo* de la correspondiente penalidad, con vulneración de la norma legal conforme a la cual en el ejercicio del arbitrio al efectuar la determinación concreta de la pena, *es preciso* atender a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente —así, el artículo 61, número 4 del Código Penal español—. El pretender dar adecuada respuesta a la cuestión de cuáles puedan ser las razones de la examinada tendencia a la aplicación benigna de la Ley, obligaría a un estudio que rebasaría los límites de la presente ponencia. En términos generales cabe pensar en que la difundida desconfianza hacia la pena, en particular a la privativa de libertad, por los perjudiciales efectos que la ejecución de la misma lleva consigo, explica, siquiera en parte, el referido fenómeno. En todo caso lo que parece claro es que los criterios de benignidad introducidos por la jurisprudencia no se explican por razones de *estricta lógica interpretativa*, sino que responden a la existencia de otros principios decisorios. Un tal fenómeno manifiesta una filosofía penal ampliamente difundida no sólo a nivel de la jurisprudencia, sino además en otros hechos de significación jurídica, tales como las disposiciones de indulto o amnistía; filosofía ésta que se define por el hecho de que frente a una legislación que en términos generales se valora como de una excesiva severidad, no se reacciona a través de la *reforma* de aquélla, sino introduciendo *compensaciones a la misma* en virtud de una serie de actos caracterizados por manifestar un sentimiento de *perdón o compasión* hacia quienes han infringido la Ley penal.

Observemos, por último, que la interpretación judicial llevada a cabo en relación a numerosas figuras de delito y circunstancias modificativas de la responsabilidad —piénsese, v. gr., en las referentes a estados emotivos o a móviles morales—, constituye, así mismo, una clara muestra de que la solución de las cuestiones sometidas al conocimiento de los Tribunales, depende no sólo de lo dispuesto en los textos legales, sino además de ciertas actitudes valorativas, dotadas de una difusión mayor o menor.

c') El somero examen llevado a cabo sobre el modo de operar de la Administración de la Justicia penal ha puesto de relieve que la jurisprudencia no equivale al simple proceso en virtud del cual la Ley es aplicada a todas aquellas acciones producidas en la realidad que son constitutivas de infracción. De una parte, el conjunto de hechos que sirven de base a las condenas penales,

(16) Sobre esta materia puede consultarse: TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972; VERSELE, S. S., GOFIN, R., TSAMADOU, *Justice pénale et opinion publique*, Bruselas, 1973.

no coinciden con aquellos que han tenido lugar en la realidad, sino que responden a una transformación, tanto por selección, como por mutación, de aquélla. De otra, no sólo es la Ley lo que los Tribunales aplican al enjuiciar las acciones sometidas a su conocimiento, sino que acuden con harta frecuencia a criterios decisorios de otro orden.

El conocimiento de estos fenómenos no puede, obviamente, alcanzarse, conforme en páginas anteriores hemos ya apuntado, en virtud del método dogmático, sino que exige la aplicación de otro tipo de procedimientos lógicos. Dicho conocimiento resulta, por lo demás, imprescindible tanto para adquirir conciencia de cuáles son los preceptos que en concreto regulan las acciones humanas, como para, sobre esta base, elaborar una fundada reforma de las disposiciones necesitadas de ésta.

III

1. Ya desde antiguo y de forma más intensa en los últimos años se han ensayado distintos intentos de revisión de la ciencia jurídico-penal descrita en el apartado precedente. Ejemplos de una tal actitud las representan: la exigencia de realismo, formulada por la doctrina italiana (17); el postulado de que el método en el estudio del Derecho se desplace desde un pensamiento en función del sistema, a uno en consideración de los problemas concretos (18); y, por último, la exigencia de tener en cuenta la política criminal tanto al interpretar los preceptos, como al elaborar las nociones integrantes del sistema (19). Todas estas propuestas si bien suponen importantes revisiones del método dogmático, mantienen las líneas básicas definidoras de éste como conocimiento científico del Derecho penal positivo. Las necesidades actuales conducen a mantener dicho método por las razones y según los términos antes expuestos; pero a desarrollar, junto a él, los procedimientos destinados, por una parte, a adquirir cabal conocimiento de la realización —o falta de realización— de las normas penales en la vida social y, por otra, a estudiar cuáles deben ser las reformas a introducir en la situación hoy existente para lograr una satisfactoria evolución del Derecho penal. Del método dogmático y de la necesidad de adquirir conciencia de la realización de las normas penales en la práctica, nos hemos ocupado ya con cierta extensión anteriormente. Nuestra atención se centrará, pues, desde ahora sobre el examen del ter-

(17) Cfr. lo expuesto en nota (9) del presente trabajo.

(18) MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975. páginas 179 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 281 y ss.

(19) ROXIN, *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, traducción de MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972.

ceros y último de los referidos aspectos, a saber, las reformas a introducir.

2. El plantear la cuestión de si la situación actual resulta satisfactoria la regulación jurídico-penal, hace necesario el hacer una referencia, por breve e incompleta que pueda resultar, a algunas formas actuales de delincuencia en España, como fenómenos vinculados a la evolución actual de la sociedad.

A) Ante todo y entre los delitos contra el patrimonio, interesa destacar, como modalidades actuales, los llamados delitos económicos, el cheque en descubierto y la sustracción de vehículos de motor.

Uno de los fenómenos que ha ocasionado una mayor inquietud en amplias esferas de la opinión pública española, es el representado por la llamada «delincuencia económica» (20). La preocupación por la misma aparece vinculada a la convicción general de que la realización de dichas acciones delictivas es relativamente frecuente en la vida mercantil y de que su punición por los Tribunales tiene lugar únicamente en un porcentaje escasísimo de supuestos. Causa, además, alarma social el que una tal impunidad conduzca, a su vez, a un incremento y proliferación de las referidas infracciones que pueden pasar a convertirse en propias y verdaderas *prácticas* mercantiles. Como ejemplos de esta clase de delincuencia las Memorias oficiales del Tribunal Supremo destacan las siguientes acciones: simulación de dividendos ficticios destinada a engañar al público; realización de operaciones tendentes a mejorar a los miembros del Consejo de Administración en perjuicio de la Sociedad, de los accionistas o de sus acreedores (21).

B) La especulación del suelo provocada por la necesidad de vivienda ha conducido a la comisión de delitos de fraude por inmobiliarias que, simulando bienes imaginarios, obtienen entregas de dinero por un número frecuentemente elevadísimo de personas que efectúan dichos pagos al objeto de ocupar una vivienda que no llega jamás a ser entregada. Un fenómeno social similar ha conducido a la frecuente comisión del delito de percepción ilegal de primas para el arriendo de viviendas.

Con la especulación del suelo se encuentra, asimismo, relacionada la práctica de conductas imprudentes en la construcción de inmuebles —piénsese en el empleo de materiales de calidad y resistencia insuficientes, con un propósito de lucro— que ocasionan el hundimiento de edificios con resultados lesivos para las personas y el patrimonio. Las estadísticas de los últimos años dan una cifra media de accidentados en el sector de la construcción superior en tres veces a la que tiene lugar en las restantes esferas labora-

(20) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1968, pp. 255 y ss.; *Memoria*, 1969, pp. 269 y ss.

(21) *Ob.* y *lug. cit.* en nota anterior.

les, con la particularidad, además, de que el porcentaje de accidentes mortales es muy elevado (22).

C) Un grupo de delitos cuya aparición se muestra claramente vinculada a ciertos rasgos de la sociedad actual está constituido por aquéllos que, llevándose a cabo por una pluralidad de acciones atentatorias, cada una de ellas, contra un individuo en particular, responden en su conjunto al cumplimiento de un propósito unitario, causando una lesión a una masa considerable de personas. Precisamente esta característica ha dado lugar a que dichas infracciones hayan recibido en la doctrina española, al ocuparse bajo el ángulo dogmático de ellas, la denominación de delitos-masa (23). Los intereses lesionados por dichas conductas pueden ser muy diversos; desde el patrimonio hasta la salud pública. Algunos ejemplos ilustrarán sobre este grupo de delitos.

Una primera muestra lo ofrece la acción de quien, en virtud de un engaño dirigido a un grupo, frecuentemente muy numeroso de personas, ocasiona a ellas un perjuicio económico, con la particularidad de que cada uno de los actos de estafa realizados, aisladamente considerado, ocasiona un perjuicio reducido, pero en su totalidad origina uno muy elevado. Con frecuencia estos delitos son efectuados con ocasión del ejercicio de actividades destinadas a satisfacer perentorias necesidades de la comunidad, tal como la de vivienda. La aparición de estas infracciones está relacionada con el desarrollo de los medios de comunicación social y el nacimiento de la llamada economía de consumo.

Otro ejemplo lo ofrece la conducta del comerciante de aceites o de bebidas alcohólicas, que expende su mercancía tras haberla adulterado con un obvio propósito de lucro, ocasionando un perjuicio económico consiguiente a la deficitaria calidad del producto vendido y, eventualmente, un riesgo para la salud.

Un último caso lo puede ofrecer la acción a la que, en términos generales, hicimos ya antes referencia de la estafa en la construcción de viviendas (24), en todos aquellos casos en los que dicha conducta se materialice en una pluralidad de actos y de víctimas.

D) Finalmente, debemos hacer aquí una referencia a las acciones que, de uno u otro modo, provienen de la violencia, ya individual, ya colectiva, como conductas que en determinados casos han conducido —piénsese, v. gr., en ciertos secuestros— a una propia y verdadera capitulación por parte del Estado que, para evitar determinados males, accede a las exigencias de los autores de los delitos.

(22) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1966, pp. 35 y ss., 173 y ss.; *Memoria*, 1967, pp. 40 y ss.; *Memoria*, 1968, pp. 53 y ss., 218 y ss.

(23) REOL SUÁREZ, *El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1958, pp. 21 y ss.

(24) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1966, pp. 173 y ss.; *Memoria*, 1968, p. 55.

E) Las conductas hasta aquí expuestas representan algunas de las modalidades que mayor importancia pueden mostrar en relación a la sociedad actual. Su naturaleza y gravedad es evidentemente muy heterogénea. Y la razón de su interés también. En determinados casos constituyen acciones vinculadas a determinados hechos económicos, como los ejemplos referentes a la especulación del suelo y a los delitos-masa ponen de relieve. En otros, el interés que despiertan para el penalista no provienen acaso tanto de la forma de aparición de las mismas, cuanto de los hechos que, con ocasión de la reacción del Estado frente a dichas conductas, tienen lugar. Tal es el caso de los actos de violencia de los que antes hicimos mención. Observemos, por último, que en ciertos supuestos la reprobación social a dichas acciones no es intensa, en tanto que en otros casos ocurre precisamente lo contrario.

3. En cumplimiento del propósito antes enunciado procede seguidamente que dediquemos nuestra atención a la función que a la ciencia jurídico-penal corresponde, de crítica valoración del ordenamiento jurídico-penal. Para llevar a cabo un tal cometido será preciso que se tome en consideración dicho ordenamiento tanto en su formulación legal, es decir, en el plano del *deber ser*, como en su realización social, esto es, en el nivel del *ser* —aspecto éste que examinaremos en un apartado posterior—. Una vez examinada en los apartados sistemáticos precedentes la necesidad de lograr un acabado conocimiento de la Ley y de la realización —o falta de realización— de la misma en la vida social, nuestra atención seguidamente se centrará, pues, en la exposición, necesariamente breve, de algunas de las directrices a las que la ciencia jurídico penal debe acomodar su tarea para cumplir la referida función crítica.

A efectos sistemáticos cabe agrupar dichas directrices en torno a los presupuestos y las sanciones. A la somera exposición de uno y otro aspecto seguirán unas consideraciones finales.

A. a) Por lo que a los presupuestos del Derecho penal se refiere, interesa, ante todo, recordar el muy conocido postulado conforme al cual el legislador debe limitar el ámbito del Derecho penal a la tutela de aquellos bienes cuya salvaguarda realmente interesa a la sociedad y para cuyo mantenimiento resulta imprescindible acudir, como *última ratio*, a la conminación penal (25). El cumplimiento de esta exigencia debe, ante todo, conducir a la derogación de ciertas figuras de delito, esto es, a la llamada «desincriminación» y «despenalización» de determinadas infracciones hoy existentes. En términos generales, entendemos que un tal efecto debe alcanzar a dos grupos de delitos distintos; a saber, a aquellos cuyo castigo aparece vinculado a determinadas actitudes

(25) MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción y Notas de Derecho Español por CORDOBA RODA, I, Barcelona, 1962, pp. 30 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 124 y ss.

valorativas de la sociedad que puedan haber experimentado una transformación, como es el caso de los delitos contra la seguridad del Estado y los contrarios a la honestidad sexual, y a aquellos otros de gravedad o desvalor escaso y cuya conminación penal ha estado motivada en un propósito no alcanzado de prevención general, como sucede con las infracciones en materia de tráfico, constitutivas originariamente de infracciones administrativas.

La realización del postulado antes formulado referente al ámbito correspondiente al Derecho penal, debe, además, conducir, si es que pretende alcanzar un desarrollo y significación superior al de pura función delimitadora de la esfera de dicha rama del Derecho, a someter a la misma todas aquellas acciones que atenten contra los bienes sustanciales de la comunidad social. Esta afirmación cobra especial significado en relación a aquellas modalidades delictivas que en la actualidad sean merecedoras de una mayor reprobación social. El progreso del Derecho penal resulta ciertamente en muchos casos de una derogación de infracciones existentes, pero, en otros, de la inclusión de determinadas acciones dentro de su ámbito. Especial significación cobran aquí las palabras de un jurista contemporáneo conforme a las cuales es función del Derecho penal no sólo poner límites a la libertad, sino, además, crear libertad. El cumplimiento de esta segunda exigencia no depende tanto de la promulgación legal de nuevas figuras de delito —ya que, en términos generales, el Código contiene tipos en los que las referidas acciones resultan subsumibles—, cuanto de la remoción de determinados obstáculos, de hecho y de derecho, para la aplicación de los tipos penales. Como ejemplo de los primeros baste hacer referencia a las dificultades inherentes a las limitaciones orgánicas y funcionales de la Administración de Justicia, en relación a la persecución de determinadas conductas. Y como obstáculos de carácter legal debemos aquí aludir a la censurable existencia de determinados grupos de personas infundadamente sustraídas a la acción de la jurisdicción ordinaria del Estado y sometidas a fueros especiales.

b) El desarrollo del principio conforme al cual la pena presupone culpabilidad, requiere, según doctrina ampliamente difundida, el cumplimiento de varias exigencias que constituyen, a su vez, criterios para una evaluación crítica de la Ley y para, en su caso, una reforma de ésta. Ante la imposibilidad de analizar aquí la interesante cuestión de hasta qué punto estas exigencias pueden ser desprendidas de presupuestos distintos al de la culpabilidad, cuestión por nosotros examinada en otro lugar (26), pasemos seguidamente a estudiar dichos postulados.

a') El desarrollo de la doctrina normativa de la culpabilidad en su configuración originaria que concibe al dolo y a la culpa

(26) Para la exposición de nuestro pensamiento en relación con este punto nos remitimos a CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pp. 18 y siguientes.

como las dos formas de aquélla, conduce a reclamar que toda responsabilidad penal descansa en una relación de dolo o culpa entre el agente y el resultado, y a descartar, por consiguiente, que el puro y simple nexo de causalidad entre uno y otro dé lugar al nacimiento de responsabilidad penal. Esta primera exigencia es incumplida por aquellos preceptos del Código penal y de la legislación especial, que admite una responsabilidad penal en los supuestos de *preterintencionalidad o de cualificación por el resultado*. Se habla de preterintencionalidad, según es sabido, siempre que la intención del sujeto de producir un cierto resultado delictivo es superada por el efectivamente ocasionado. Y de delitos cualificados por el resultado en todas aquellas infracciones en las que la simple causación de éste —que no precisa ni haber sido querido por el sujeto, ni ser atribuible a título de culpa—, o agrava la responsabilidad penal, o da lugar al nacimiento de ella.

b') Una segunda exigencia que del principio de culpabilidad se ha derivado, se manifiesta en el criterio regulador de la pena, conforme al cual ésta no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta (27).

c') Observemos, por último, que del principio de culpabilidad se ha extraído el juicio según el cual no se deben tomar en consideración presupuestos distintos al de la llamada *acción culpable* a los efectos de crear o agravar la responsabilidad penal. Con un tal juicio se pretende evitar que elementos tales como un *cierto modo de ser o comportarse* puedan motivar los referidos efectos jurídicos. Un tal principio no resulta contradicho por la circunstancia de que la Ley permita atender a datos distintos a los de la acción ejecutada, v. gr., a la personalidad del sujeto para elegir una entre las varias sanciones previstas por la Ley para una determinada conducta, o para concretar la pena entre los márgenes establecidos por el correspondiente precepto legal. Sí que resulta, en cambio, vulnerable el sentido material de garantía que al referido postulado corresponde, en aquellos casos en los que la Ley prescribe bajo el disfraz de medidas de seguridad para prevenir la peligrosidad, propios y verdaderos castigos para presupuestos constituidos por efectivos modos de ser o comportarse.

c) Uno de los postulados a los que la evolución de la doctrina penal ha conducido y al que aquí interesa hacer somera referencia, es el de la renuncia a la pena correspondiente al delito en todos aquellos casos en los que ésta deje de ser necesaria. En términos generales una tal renuncia puede manifestarse, o en la inejecución total de la pena, o en una disminución de ésta por debajo del marco fijado por el principio de adecuación entre el

(27) Para un tratamiento de esta materia que aquí no puede más que ser enunciada, cfr. el volumen monográfico de la Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales, Chile, Coloquio Internacional celebrado bajo los auspicios del Instituto entre el 4 y el 12 de abril de 1973; 1. *La Pena*, enero-abril, 1973, núm. 1, T. XXXII.

desvalor del acto y la gravedad de la sanción. Y a la cuestión que con ello se plantea, de cuándo debe entenderse que la pena deja de ser *necesaria*, respondamos que la necesidad es un concepto de referencia, pues se es, o no, necesario para un cierto objeto, y que éste no puede aquí sino ser la prevención del delito (28).

B) En cuanto a los efectos jurídicos del delito, constituidos por la pena y la medida de seguridad, cabe agrupar las directrices que hoy presiden su evolución y reforma, en torno a los siguientes apartados:

a) En consideración a razones, ante todo, de humanidad se postula hoy la supresión de la pena de muerte y la sensible rebaja del marco máximo de la privación de libertad. En favor de esto último se aduce, en particular, que una permanencia en prisión por un período superior a los diez o quince años deteriora de forma irreversible la personalidad.

b) La evolución jurídica en la presente materia ha conducido también a proponer la introducción de nuevas medidas frente al delito, tales como el internamiento en establecimientos de terapéutica social, en establecimientos psiquiátricos o de educación, así como la prestación de actividades en favor de la sociedad, cuya enumeración y estudio prolijo no resulta aquí posible (29).

Y dicha evolución ha conducido también a prestar nueva atención a los principios que deben regir la ejecución de la pena. Una de las tareas que en la presente materia es preciso realizar, es la de desarrollar las manifestaciones o consecuencias a las que la admisión de los nuevos principios conduce —piénsese, v. gr., en el de respeto a la autonomía de la personalidad del condenado—, así como su ordenación y coordinación con otras exigencias que hoy rigen el cumplimiento de las penas (30).

c) Por último, entendemos oportuno formular aquí unas consideraciones sobre la eficacia de los recursos, representados por las penas y medidas de seguridad, en su reacción frente al delito. El que la Ley penal responde al fin de la lucha contra la criminalidad, resulta indiscutible. Ello no significa, sin embargo, que aquélla constituya el único medio para el cumplimiento de tal cometido, ni que el criterio de la eficacia sea el exclusivo para medir la bondad de una Ley. Ni tampoco supone el desconocer que la determinación en la realidad social del ámbito de acciones que son objeto de persecución y castigo por los órganos del Estado depende en elevada medida de factores y circunstancias

(28) Para una exposición de las cuestiones que el referido postulado plantea y que, obviamente, no pueden aquí ser desarrolladas, nos remitimos a nuestro libro *Culpabilidad y Pena*, cit., pp. 53 y ss.

(29) De interés en la doctrina española: BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974.

(30) En la doctrina de habla española: BERGALLI, *¿Readaptación social: por medio de la justicia penal?*, Madrid, 1976.

extrínsecos a dichas acciones, lo que supone que la comisión de acciones idénticas bajo el punto de vista de la ley penal puede conducir a efectos tan distintos como la no persecución en un caso y la punición en otro (31). Ciertas observaciones resultan necesarias en relación a las dos primeras de las tres reservas que acabamos de formular. En relación al primero de los aspectos reseñados, debe la sociedad adquirir conciencia de que el delito es, de algún modo, un hecho unido a la evolución de aquélla, que merece la aplicación de un esfuerzo a través de medios distintos a la represión penal. Los recursos a los que la comunidad debe para ello acudir son, según es sabido, la oferta de igualdad real de oportunidades, la asistencia social, una política apropiada en materia de vivienda, etc... En cuanto a la segunda de las reservas antes aludidas, huelga decir que la eficacia no representa el único criterio para evaluar la Ley penal, pues el principio de garantía y el respeto a los derechos del hombre tienen carácter prioritario.

C) Los principios inspiradores de la evolución del Derecho penal hasta aquí expuestos han sido en la actualidad puestos en grave peligro por el desarrollo de dos conjuntos normativos integrados por el Derecho penal Administrativo y el de las medidas de seguridad. Por lo que al primero se refiere, es preciso aquí hacer referencia a la ampliación del ámbito de las acciones sometidas al mismo, a la agravación de las sanciones administrativas que, en muchos casos alcanzan una intensidad similar al de las propias penas, y a la disminución de las garantías procesales a las que la aplicación de tales sanciones está sometida (32).

En cuanto a la regulación de las medidas de seguridad ha sido justamente censurado el que éstas en su aplicación real resulten absolutamente desvirtuadas al convertirse en propios y verdaderos castigos, en relación a hechos que, por lo demás, aparecen frecuentemente previstos en la Ley como delitos (33). Criticable resulta también la laxitud con la que en muchas ocasiones se ha interpretado la peligrosidad criminal. Frente a dicha actitud interpretativa debe recordarse que la estimación de dicha peligrosidad requiere el que el juicio de probabilidad aparezca referido a la comisión futura de *delitos* (34).

(31) Recuérdense aquí las observaciones formuladas por un sector de la doctrina en relación al proceso de marginalización que la imposición de las penas privativas de libertad conlleva: BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, en *La questione criminale*, 1976, pp. 237 y ss.; FRAGOSO, *Marginalité sociale et justice*, Ponencia al IX Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas, 1976, pp. 15 y s.

(32) CASABO RUIZ, en J. CORDOBA RODA, G. RODRIGUEZ MOURULLO, *DEL TORO MARZAL, Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, pp. 78 y ss.

(33) RODRIGUEZ MOURULLO, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1965, pp. 10 y ss.

(34) De interés DE SOLA DUEÑAS, *La idea de peligrosidad*, Tesis doctoral, Barcelona, 1975, pp. 322 y ss.

4. A) De la discrepancia entre normas jurídicas y normas sociales o, lo que es lo mismo, entre el *deber ser* y el *ser*, nos ocupamos ya anteriormente al estudiar el proceso de aplicación de la Ley a la realidad. La evaluación de un tal fenómeno no puede siempre ser del mismo signo. No se olvide que gracias precisamente a la vulneración de determinadas normas jurídicas, puede llegarse en ocasiones a la solución satisfactoria de cuestiones concretas planteadas en la práctica.

En relación a estos fenómenos que acabamos de recordar, es preciso hacer referencia aquí, por último, a que el lograr una correcta respuesta frente a los problemas y cuestiones suscitadas por la sociedad actual no depende tan sólo de la formulación de una legislación cumplidora de los criterios y directrices antes expuestos. Y ello, no sólo por las limitaciones, ya antes aludidas, a las que toda obra legislativa está sometida —piénsese, v. gr., en la necesidad de acudir a recursos distintos a la pena y medida de seguridad para la reacción frente al delito—, sino además por la posibilidad de que la regulación legal dictada deje de ser cumplida en la realidad. Hagamos referencia, para concluir, a algunos aspectos de dicho fenómeno.

B. a) La escasa disposición de la sociedad a cumplir con el deber de denuncia y, en términos generales, a colaborar con la Administración de la justicia penal, estimulada por las cargas y molestias que la prestación de tales actividades conllevan y unida a los varios defectos de los que la referida administración sufre, contribuye a la frecuente impunidad de los delitos. Los organismos oficiales admiten que, en términos globales, únicamente del doce a dieciséis por ciento de los hechos producidos motivan una reacción penal (35).

b) Y, obsérvese, en segundo lugar, que determinados principios y regulaciones que en su formulación pueden resultar satisfactorios, adquieren en la realidad una imagen muy distinta. Esta consideración es aplicable a sectores muy diversos.

Así, la remisión condicional de la pena y la libertad condicional son aplicadas, no obstante el imperativo legal, de una forma estereotipada sin prestar atención a las características personales del infractor (36). La ausencia de instituciones y la insuficiencia de personal capacitado en el ámbito penitenciario representan obstáculos decisivos —amén de los defectos inherentes a la normativa jurídica— para alcanzar los fines atribuidos por la Ley a las penas. En parte como consecuencia de ello, muestran los Tribunales una cierta tendencia a disponer la aplicación de las penas en su margen mínimo y a hacer un uso indiscriminado de los beneficios

(35) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 22 y s., 32 y ss.; *Memoria*, 1968, p. 132; *Memoria*, 1969, pp. 79 y s.; 93 y s.

(36) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 21 y ss., 44; *Memoria*, 1969, pp. 143 y s.

penales (37). De un modo parecido la falta de instituciones para la ejecución de medidas de seguridad puede conducir a que los Tribunales traten de evitar la declaración de peligrosidad y la consiguiente aplicación de medidas de seguridad (38). Finalmente, el propio principio de igualdad de todos los individuos ante la Ley penal, sufre en su realización práctica considerables limitaciones.

(37) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966 pp. 21 y ss.; *Memoria*, 1967, pp. 84 y s.; *Memoria*, 1969, p. 151.

(38) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 22, 41 y s. y 109.