

sonas, tanto en los lugares donde habitan homófilos, y entre ellos, como cuando son desvalijados por otros que no lo son y se hacen pasar por tales.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

ARMIN KAUFMANN: «Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna». Dapalma. Buenos Aires, 1977, 403 págs. (Traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, de «*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*». Göttingen, 1954).

La aparición del libro de Armin Kaufmann en castellano es, ante todo, un hecho que demuestra hasta qué punto existe una vinculación muy estrecha entre la ciencia hispanoparlante y alemana del Derecho Penal, y una gran influencia—difícil de valorar en su conjunto—de ésta sobre aquélla. Claro está que en el ámbito de la ciencia penal alemana el libro de Kaufmann (sin duda la mejor exposición del pensamiento de Binding) no constituye, ciertamente, la expresión de su actual desarrollo. Este se orienta hoy hacia una «despedida de Kant y Hegel» (KLUG, Ulrich, *Abschied von Kant und Hegel*. En BAUMANN (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968) y una «vuelta a von Liszt» (ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo*, 1976). Contrariamente, la obra de Kaufmann constituye más bien un «documento» de un estilo de pensamiento inspirado por Welzel (al que el autor dedica su obra) y fuertemente ligado al paso atrás (restauración del pensamiento jurídico del siglo XIX), que caracterizó a los años posteriores a la guerra en Alemania.

El hecho de culpar al positivismo penal—e, indirectamente, a von Liszt como uno de sus máximos exponentes en Alemania—de la amarga experiencia nacionalsocialista constituye una acusación de cuya rotunda falsedad se está tomando conciencia en nuestros días. Pero es sabido que cuando se piensa de una situación como real, lo es en sus consecuencias: terminada la contienda mundial, no se entró a distinguir el irracionalismo nazi del positivismo de base científica que proponía von Liszt. Todo un movimiento filosófico se puso entonces en marcha con la finalidad de superar la experiencia que significó el Estado antijurídico del régimen nacionalsocialista y repeler el puro pensamiento orientado a una finalidad tal como quedaba expresado en la cínica divisa del III Reich, según la cual Derecho sería solamente aquello que es útil para el pueblo alemán. Se pretendió una decidida revinculación del Derecho con la ética, con la moral. En la base se encontraba aquí, enfrentándose con muchas de las tendencias anteriores provenientes de la escuela de von Liszt, el enérgico reconocimiento del principio de culpabilidad, lo que se consideraba como un pronunciamiento en favor de la dignidad de la persona a la que debe protegerse de una reducción a mero objeto de medidas intimidantes o correccionales. Es a esta época a la que corresponden afirmaciones como las siguientes: La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad: el fundamento interior del reproche

de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre responsable y moral de autodeterminación y que, por lo tanto, puede decidirse por el Derecho contra su negación. Querer penar sin el reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y convertirla en una medida carente de coloración moral de la que se podría abusar con fines políticos (cfr. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtliches Schuldprinzips*, páginas 8 y ss.).

Es decir, la dogmática penal alemana no puede entenderse, por lo demás lógicamente, sin tener en cuenta la existencia de la II Guerra Mundial y el régimen fascista que la precedió. Terminada la contienda, la dogmática alemana, para alejarse del autoritarismo nazi, en vez de dar un paso adelante (lo que hubiera supuesto seguir con el desarrollo de las ideas—determinismo, prevención especial, etc.—del liberal que era von Liszt), se decidió por el paso atrás: por la vuelta a la filosofía del siglo XIX, a Hegel y, sobre todo, al «liberalismo» de Kant, máximos representantes ambos de las teorías absolutas. En el campo estrictamente penal, la vuelta tenía que producirse necesariamente a Karl Binding, en cuya teoría de las normas se encuentra el más fiel exponente de las teorías absolutas libre albedrío, retribución, etc.) de la pena.

Todo este proceso, que Ernst Topitsch describió con precisión en la Introducción del libro de Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik* (1964, págs. 26 y ss.) y que fue ciertamente comprensible en su época, está hoy superado en Alemania: el importante paso adelante que hace ya doce años supuso el Proyecto Alternativo es una de las más claras muestras del fenómeno al que hacemos referencia. El impacto de las investigaciones provenientes de las ciencias empíricas que se ocupan de la criminalidad (de las que en modo alguno necesitan las teorías de la retribución en tanto en cuanto se mueven en un terreno puramente metafísico) ha descubierto panoramas que están muy lejos de los esquemas mentales más tradicionalistas de la dogmática penal alemana: la teoría de las normas de Binding—producto, sin duda, de circunstancias históricas muy precisas que se echan de menos en el libro de Kaufmann—y la teoría de la acción finalista. Por ello, pese al título de la obra que comentamos («fundamentos de la dogmática penal moderna»), habría que convenir que cualquier otro calificativo distinto al de «moderno» adjetivaría más propiamente al tipo de dogmática (la de las teorías absolutas) que Kaufmann nos presenta: la crisis en que esta dogmática se encuentra sumida en la actualidad no tiene visos de ser superada. Hoy, a una distancia cronológica sustancial de la experiencia nazi, no se intenta buscar en el pasado (Kant, Hegel, Binding, Welzel) soluciones a los graves problemas que conmueven las bases en que tradicionalmente se ha venido asentando nuestra disciplina. Antes, por el contrario, se avanza con el convencimiento de que una concepción política criminal del Derecho Penal (necesariamente relativista y utilitarista) podrá darle a esos problemas las soluciones que no supieron o no pudieron darles otras concepciones del Derecho Penal.

El esfuerzo principal de la monografía de Kaufmann, sin duda valiosa pero no exenta de dificultades, consiste, en realidad, en demostrar la vinculación del pensamiento de Welzel con la tradición encarnada en la obra de Karl Binding y en presentarlo como un desarrollo superador de las contra-

dicciones o dudosas fundamentaciones que todavía se encuentran en aquél. Un estudio de los presupuestos, siquiera filosóficos, y no digamos histórico-políticos de la obra de Binding (tal como puede encontrarse recientemente en la obra de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972) no ha sido materia de la investigación de Kaufmann y en esto reside, tal vez, la razón de la cierta insatisfacción que queda después de la lectura del libro que comentamos. La concepción de Kaufmann impide, desde el principio, un tratamiento de este tipo, ya que, a su juicio, lo que caracteriza al estudio del Derecho es la atemporalidad de sus categorías (pág. X). Esta afirmación hubiera necesitado, sin duda, de una demostración más amplia que la simple remisión a un trabajo de Gerhart HUSSERL (*Rechtskraft und Rechtgeltung*) que el autor no incluye luego en la bibliografía de su obra. La declaración de ciertas estructuras como invariables y en cierta medida, ajenas al desarrollo histórico no puede ocultar el hecho de que tales estructuras sean el producto de concepciones condicionadas por su propia historicidad y por estilos de pensamiento que están evidentemente determinados por circunstancias históricas y sociales concretas. Una monografía que aceptara este punto de vista tendría que haber dado respuesta al tratar de lo vivo y lo muerto en el pensamiento de Binding a la pregunta de hasta qué punto tienen hoy vigencia, por lo menos, los presupuestos filosóficos de esa teoría. En otras palabras, y para no ir demasiado lejos, Kaufmann debería haber investigado también, y quizá ante todo, por qué la restauración del pensamiento idealista de la segunda mitad del siglo XIX alemán debía cortar el desarrollo de las concepciones que von Liszt y Radbruch aportaron y cuyas consecuencias prácticas no son pocas para el Derecho Penal. Dicho de otra manera: ¿por qué hay que volver—con mínimas concesiones, de todos modos— a las teorías absolutas y desechar, condenándolo, al utilitarismo en las concepciones de la pena? Sobre todo habría que haber tenido en cuenta hasta qué punto—como lo sostiene Hart actualmente— las teorías absolutas no son sino una forma de encubrir fines utilitarios que no se expresan (cfr. *Recht und Moral*, 1971).

Fuera de esta crítica fundamental, que es la que impedirá seguramente que este libro se convierta en una obra básica, es preciso señalar aquí que la edición al castellano del mismo viene a cubrir un hueco que hace tiempo se podía percibir. La concepción de la teoría de las normas, que juega un papel tan decisivo en muchísimos aspectos de los problemas dogmáticos, ha sido prácticamente ajena a las investigaciones realizadas en nuestra lengua y la magnífica exposición contenida en el libro comentado brinda un inapreciable material informativo que estimulará, sin duda, su profundo conocimiento. Conocimiento que obviamente, ha de ser crítico y no meramente receptivo, entre otras razones, porque el esquema de pensamiento que subyace tras toda la obra no corresponde a la evolución de la dogmática jurídico-penal española (que hoy más que nunca debería preocuparse por el tema de lo vivo y lo muerto en el pensamiento de Dorado Montero), simplemente porque en España no se han atravesado las circunstancias socio-políticas que se han atravesado en Alemania en lo que va de siglo. La obra tiene, además, la virtud de poner en relación al pensamiento y las soluciones de Binding

con las corrientes en la dogmática alemana de mediados de este siglo y brinda muchos elementos para comprender sus desarrollos.

En la primera parte del libro, Armin Kaufmann hace una exposición de la teoría de las normas y de la dogmática de Binding (en págs. 1 a 46). Allí se ocupa de las bases de la teoría, pero con las limitaciones antes señaladas. Su tratamiento no supera nunca los aspectos internos del sistema de Binding. Su objetivo principal es demostrar la existencia de normas, así como el hecho de la sanción (págs. 4 y ss.). Contenido, carácter jurídico y eficacia de la norma son también analizados en esta parte del libro. En la parte C. de este primer capítulo se presenta la teoría del delito y en la D. la teoría del crimen, es decir, en la terminología de Binding, del delito punible.

El capítulo segundo se hace cargo de las críticas a los fundamentos de la teoría de las normas. Se toman en consideración las críticas de Kelsen, von Hippel, Binder y Laun, llegándose a la conclusión sorprendente de que estos autores no habían atacado los fundamentos de la teoría de las normas. Si se tiene en cuenta que de una u otra manera aquellas críticas son el producto de posiciones diversas con respecto a la cuestión del libre albedrío (punto fundamental en la teoría de Binding), resulta difícil entender la conclusión de Kaufmann como correcta. La última parte de este capítulo se ocupa de las relaciones entre el juicio de valor y la norma. Aquí llega Kaufmann a la conclusión de que el objeto del juicio de valor que precede lógicamente a la norma y el objeto de la norma son coincidentes. Esto le permite afirmar fácilmente que la existencia de la norma depende de los mismos presupuestos que brindan validez al juicio de valor que en ella subyace (páginas 87 y ss.).

Los capítulos tercero y cuarto se ocupan de los problemas de lo injusto y de la culpabilidad en la teoría del delito. El capítulo tercero se refiere al objeto de la norma y a su efecto obligante (págs. 135 y ss.) y el cuarto a la reprochabilidad y a la pena. Comentario merecen aquí las conclusiones a las que llega Kaufmann en materia de destinatario de la norma (capítulo tercero, parte B.). A su juicio las normas se dirigen a todos, pero —y en esto está la originalidad de la solución planteada— sólo tienen efecto obligante respecto de aquellos sujetos en relación a los cuales se concreta en deber. El verdadero problema del destinatario es, a su juicio, la cuestión de la concreción de la norma en deber. Si esto es así, habrían que preguntarse qué quiere decir «que las normas se dirigen a sujetos a los que, sin embargo, no obligan». Kaufmann no aclara este punto, verdaderamente oscuro, de su argumentación. La concreción de la norma en deber depende de la clase de norma de que se trate: si se trata de normas generales, la concreción del deber dependerá sólo de la capacidad de acción del destinatario (págs. 184 y ss.). Si, en cambio, se trata de normas especiales, la concreción en deber requerirá que el destinatario de la norma presente además los elementos de la autoría. Es evidente que con ello, Kaufmann quiere demostrar que es correcta la posición de Welzel, que entiende que el error sobre estos elementos es un error de prohibición. Con la solución de Kaufmann tales elementos pertenecerían indudablemente al deber, y el error sobre ellos sería un error sobre el mismo y no sobre el tipo. La compatibilidad de la afirmación de que las normas se dirigen a todos y la existencia de otras que, sin-

embargo, se dirigen solamente a ciertos sujetos determinados es, por lo demás, problemática.

En el capítulo cuarto, como se ha dicho, se desarrolla la teoría de la culpabilidad. Reprochable es aquel que puede motivarse de acuerdo con la norma, el que posee la capacidad para comportarse de acuerdo con el mandato. Interesante es aquí el desarrollo de su argumentación respecto a las clásicas causas de «inculpabilidad». Kaufmann entiende que éstas no excluyen la culpabilidad. La dogmática alemana ha seguido esta argumentación en forma prácticamente dominante en los últimos años. Por cierto que en algunos casos, de la comprobación de que el estado de necesidad disculpante no excluye la capacidad de obrar de otra manera—que es el punto de partida de la tesis de Kaufmann—, se han extraído también conclusiones diversas. Es el caso de Roxin, que considera que este hecho es una demostración acabada de que el poder obrar de otra manera no es el fundamento de la categoría llamada culpabilidad. Las causas de inculpabilidad, entendidas simplemente como elementos de la cuantificación del juicio de reproche, determinan de una manera fáctica la exclusión de la pena, pero no de la culpabilidad en sí misma. Tal exclusión de la aplicación de una pena se fundaría, según Kaufmann, en el reducido contenido de reproche de culpabilidad en estos casos.

El capítulo quinto está dedicado a la norma en el sistema del Derecho. Lo más importante es aquí su separación de la teoría de los imperativos siguiendo el ya clásico argumento de que además de imperativos, esto es, órdenes, el ordenamiento jurídico está compuesto también por otras proposiciones jurídicas, como son las que establecen autorizaciones. Esto lleva directamente al problema de la teoría de los elementos negativos del tipo. Kaufmann combate las conclusiones de esta teoría vinculando nuevamente la autorización para realizar determinado comportamiento típico con el deber. Las autorizaciones impiden, a su juicio, la concreción de la norma en deber. Luego es preciso concluir que el error sobre sus circunstancias es un error sobre el deber y ello vendría a dar razón a la teoría estricta de la culpabilidad defendida por Welzel. Partiendo de que la justificación sólo se da si la realización del tipo era necesaria, porque la necesidad es un elemento esencial de la misma, llega Kaufmann a la conclusión de que la realización o no realización del tipo no puede depender de la inexistencia o existencia, respectivamente, de causas de justificación.

La lectura de esta obra permitirá, sin duda, disponer de una buena sistematización de los argumentos con que se ha defendido la teoría de la acción finalista de Welzel y sus conclusiones en lo que respecta a la teoría del delito. El conocimiento de toda esta problemática es, sin duda, imprescindible incluso para aquellos que creamos que «son equivalentes los términos de norma penal y ley penal, pues en Derecho Penal, por imperativo del principio de legalidad sólo puede considerarse como norma vinculante la ley penal positiva... por lo que parece innecesario acudir a la distinción de Binding entre norma y ley penal, pues toda la ley penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella, que en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor la ley penal» (cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*, 1975, pág. 11,

nota 1). Es por ello un acierto que esta colección iniciada por la Editorial Dapalma, de Buenos Aires, anuncie ya la traducción de una obra de Roxin en la que se discuten críticamente muchas de las soluciones propuestas por Kaufmann, pues de esa manera el lector en lengua castellana tendrá un panorama más completo de la problemática que la obra comentada analiza.

Mención aparte merece la acertada traducción realizada por los directores de la colección, Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Quienes tengan la posibilidad de leer el original alemán podrán juzgar el esfuerzo y el logro de los traductores por mantenerse con fidelidad dentro del estilo del autor, procurando siempre no rinterpretarlo, sino simplemente traducirlo (lo que supone reflejar fielmente el pensamiento de la obra). Se trata de un libro sumamente difícil por la densidad y complejidad de su contenido y por la circunstancia de que el lenguaje desarrollado en esta problemática todavía no había sido objeto de traducciones que fueran acuñando expresiones adecuadas para vertirlas en nuestro idioma. Tanto el autor como los traductores pueden estar, por lo tanto, satisfechos: la obra llegará al público de habla hispana con el mayor grado de fidelidad que era de esperar.

AGUSTÍN ZUGALDÍA ESPINAR,
Profesor Adjunto interino.
Granada

McDONALD, L.: «*Social Class and Delinquency*», Londres, 1969, 240 págs.

Se ocupa el autor del debatido tema de la relación que pueda existir entre clase social y criminalidad, ya que tradicionalmente se ha venido manteniendo que la delincuencia se da en mayor proporción entre las clases humildes que en la media y alta.

Se recogen una serie de resultados sobre la criminalidad en base a cuatro grupos sociales que van desde la clase alta, pasando por la media y a la clase superior trabajadora, hasta la baja laboral. Prácticamente en todos los delitos los resultados son los mismos, el menor índice de delincuencia se da en las clases altas y el mayor en las más humildes del mundo laboral; conforme desciende la categoría social se incrementa su participación en el mundo del delito; también en el uso de la violencia se mantiene la misma tónica. Se le dedica atención especial a la delincuencia juvenil, por lo que también se considera la relación que pueda haber entre la escuela a la que asisten los sujetos de las distintas clases sociales y la criminalidad.

También se plantean una serie de factores que justifican esa desigual participación en el mundo del delito de sujetos pertenecientes a distintas clases sociales. Se consigna la problemática de la anomia, la cultura en que se desenvuelven los jóvenes, así como su mundo circundante, que sin duda tiene notable importancia en su comportamiento, ya que en no pocos casos condiciona la conducta del sujeto. La formación de grupos juveniles es importante, en cuanto que puede arrastrar a algunos de los componentes