

## REVISTA DE LIBROS

**BACIGALUPO, Enrique: «Delito y punibilidad». Editorial Civitas. Madrid, 1983, 175 págs.**

Como señala el autor en la primera línea de su trabajo, nos encontramos ante el «intento de realizar una investigación básica en la dogmática penal actual». El término «investigación básica», de más frecuente uso en las ciencias experimentales, describe acertadamente el contexto en el que se desenvuelve esta obra. Limitándose de modo consciente a las posturas doctrinales que están en la base del ulterior desarrollo dogmático jurídico-penal, y a su relación con las teorías jurídicas más generales en que éstas se apoyaron, Bacigalupo reflexiona sobre las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito, así como sobre las diferentes teorías de la pena. La finalidad es comprobar si está justificada la distinción entre injusto culpable y punibilidad, o cuando menos, si procede seguir considerando irrelevante el conocimiento por el sujeto activo de la punibilidad de su acción. El autor, como no podía ser de otra manera en una investigación de estas características, muestra un profundo y envidiable conocimiento de las diversas teorías jurídico-penales, y en especial de los autores que han dado la pauta a la dogmática vigente, como se verá en lo que sigue.

La primera tarea que se establece es la de averiguar cuáles sean los «auténticos» dogmas de la Dogmática penal, en la medida en que, con ejemplo muestra la falsedad de la creencia de que los datos dogmáticos se deducen directamente de la ley, sin mediar decisiones personales del intérprete. Hay que determinar los puntos de partida de las cadenas argumentales dogmáticas, las decisiones previas a la argumentación, sea vistas como axiomas o como hipótesis.

La justificación de la decisión anterior le lleva inmediatamente a un análisis del método seguido por la dogmática penal actual, método que considera todavía estrictamente vinculado al ideal científico del positivismo. Tras su crítica, el autor expone la postura para él más correcta: Ser consciente de que los auténticos dogmas no son la ley positiva, sino las decisiones primeras de las cadenas argumentales, elementos que constituyen puntos de partida extralegales no fundamentales científicamente, aspecto este último que, sin embargo, no ha de llevar a dejarlos fuera de crítica, sino, por el contrario, a desarrollar el ejercicio de ésta. Verdaderamente interesante en este contexto es la idea de que tal actitud, en una Ciencia como la del Derecho Penal que aspira a eliminar de éste la arbitrariedad, implica cuestionar la oposición entre «conocimiento» y «decisión», concebido el primero como revelación de la razón o los sentidos, y la segunda como acto arbitrario o irracional, y no científico, lo que el autor realiza convincentemente de la mano de Albert, considerando el conocimiento como una parte de la praxis humana; se echa en falta, sin embargo, una mayor atención a este problema.

Concluye Bacigalupo esta primera parte del trabajo enumerando los tres grupos de auténticos dogmas, previos a la ley penal: Por un lado, los

fundamentos o axiomas que permiten fijar el significado y contenido de las reglas del Derecho positivo, destacando entre ellos el axioma sobre la esencia de la pena criminal. En segundo lugar, los criterios de selección entre los diversos axiomas o fundamentos posibles. Por último, las propiedades a poseer por una teoría jurídico penal para ser considerada científica.

A la exposición precedente sólo quisiera hacer una leve matización: El afán por resaltar la importancia del fundamento de la norma en la determinación de lo que sea el Derecho positivo lleva a Bacigalupo a dejar demasiado en segundo plano algo que él en todo caso no niega, que el fundamento ha de ser uno de los *posibles* según el *sentido* de la norma, y a no aludir a la interacción recíproca y «circular» entre la ley positiva y su fundamentación. Quizá con ello se haya querido conseguir una exposición más rotunda.

El capítulo inicial se cierra con unas consideraciones que pretenden, en primer lugar, poner de manifiesto que las categorías negativas que excluyen cada una de las categorías positivas del delito, o del delito punible, poseen una problemática relativamente autónoma, distinta de la de las categorías positivas, en especial en lo relativo a la distinción entre las que excluyen la antijuricidad, la culpabilidad o la punibilidad. Mientras la distinción de los elementos positivos no presenta problemas serios, éstos existen en la diferenciación de los negativos en especial por dos razones, su menor grado de abstracción respecto a las categorías positivas, y la identidad de efectos legales en todos ellos, la exclusión de la pena, lo que limita las posibilidades de actuación de un método como el tradicional que tiene vedado acudir a deducciones no contenidas en la ley. El problema es especialmente agudo respecto a las causas de justificación y de inculpabilidad por un lado, y las excusas absolutorias por otro, y tiene gran trascendencia dados los diferentes efectos en error, participación y defensa necesaria atribuidos.

En segundo lugar, tras rechazar otras alternativas, advierte que seguirá aquella que intenta analizar el significado de la categoría de la punibilidad, a partir de las excusas absolutorias, y en su sustantividad dentro de cada uno de los sistemas dogmáticos; en coherencia con lo dicho en la primera parte del capítulo, elemento fundamental de análisis será el influjo que en el sistema de conceptos de cada uno de esos sistemas ejerce la diversa fundamentación de la pena de la que parten.

Permítaseme añadir que las dificultades de delimitación que padecen las diversas causas de exclusión no deben hacernos olvidar la persistencia de «serias» dificultades de delimitación también entre las categorías positivas: Basta con aludir a la problemática asignación de determinados elementos subjetivos a lo injusto o a la culpabilidad, una vez generalizado el concepto personal del injusto; las doctrinas alemana o española ofrecen un sinnúmero de vagos criterios al respecto (Vid. Cerezo, «Curso...», páginas 449-450), pese a la indudable repercusión que ello tiene para el error, la participación y para el propio concepto de culpabilidad como elemento del delito. Por otro lado, cabe preguntarse si es posible, incluso a la vista del discursar argumental ulterior de Bacigalupo, un tratamiento aún rela-

tivamente autónomo de la problemática de las categorías negativas del delito punible, en relación a las positivas.

Dados los anteriores puntos de partida, procede el autor a estudiar la distinción injusto culpable-punibilidad tal como se formuló en los dos sistemas dogmáticos de los que han derivado todos los demás, los de Binding y v. Liszt. Pero antes no se olvida de recordar que la dogmática actual es el resultado del enfrentamiento entre las teorías absolutas y preventivo especiales de la pena a las que respondían, respectivamente, los sistemas de Binding y v. Liszt, y del compromiso, además de impedir el desarrollo de teorías unitarias de la pena; tal compromiso, además de impedir el desarrollo del sistema basado en la prevención especial, que aún se encontraba sólo esbozado, trajo la idea de que el sistema fundado en la teoría de las normas de Binding, basado a su vez en la teoría de la retribución, era el más eficaz para garantizar la seguridad jurídica, de modo que los elementos preventivo especiales que se aceptaban lo eran en cuanto susceptibles de integración en el sistema propio de las teorías absolutas de la pena.

En el estudio de Binding destaca la claridad con que el autor demuestra la correspondencia entre la distinción destinatarios de la norma y destinatarios de la amenaza penal (los súbditos y el Estado, respectivamente) y la distinción injusto culpable y punibilidad con los distintos efectos para el error a ella asignados: Si sólo las normas se dirigen a la generalidad, está claro que los elementos de la punibilidad no necesitan ser conocidos por el autor, ya que no van a él dirigidos; asimismo, si, a tenor de Binding, es a la norma a la que corresponde la función preventiva, motivándole debido a su fuerza obligatoria, y no a la amenaza penal, el error sobre los elementos de la norma, al impedir el efecto de motivación, será relevante, mientras que no lo será el error sobre los elementos de la punibilidad, simplemente dirigidos al Estado limitando su poder punitivo. Del mismo modo, así como hay excepciones a las normas, que eliminan su violación y con ello condicionan la aplicación de la pena, hay otras «segundas condiciones» de aplicación de la pena que, sin alterar la violación de la norma, inciden sobre la punibilidad, excluyéndola.

Decisivas son las observaciones que Bacigalupo hace al planteamiento de Binding: En primer lugar, señala que las consecuencias dogmáticas hubieran sido muy diversas si Binding, en lugar de preguntarse por a quién obliga la ley penal (con su amenaza penal), se hubiera cuestionado a quién amenaza la pena, pues hubiera tenido que responder que al obligado por la norma, y habría exigido cuando menos que éste conociera la punibilidad. En segundo lugar, la distinción entre destinatarios de la norma y de la amenaza penal podrá dar pie para justificar la distinción entre injusto culpable y punibilidad, pero lo que no explica es cuándo una determinada causa de exclusión ha de integrarse en el injusto culpable o en la punibilidad; ello no se logra ni con deducciones sistemáticas, ni apelando a reflexiones de prevención especial que no desempeñan ningún papel en el marco de la teoría de las normas, ni acudiendo a los confusos criterios propuestos por Binding y que Bacigalupo describe; como él dice, sólo

cabe atender a la amplitud con que el legislador quiso excluir la pena (abarcando o no a partícipes, dando o no relevancia al error...). Finalmente, en lo concerniente a la participación, la teoría de las normas no da una respuesta obligada sobre el carácter personal o no de las excusas absolutorias; Bacigalupo estima que la difundida opinión de su carácter personal procede de Liszt, con una fundamentación de la pena y un sistema dogmático diversos.

Liszt, por su parte, ofrece la contrafigura de Binding. Siendo el representante más significativo de la alternativa basada en la prevención especial accede al conocimiento jurídico científico desde dos puntos de partida bien distintos; por un lado, atribuyendo a la pena una función social, la de adaptar al delincuente a la sociedad, o bien separarlo de ella; por otro, declarándose determinista. En ese contexto, critica el método de Binding, que lo ve todo a través de la norma, concibiendo el delito como su transgresión, y perdiendo contacto con la realidad exterior, de la que la norma y su transgresión no son más que abstracciones. Los elementos decisivos del concepto de delito ya no serán la contravención a la norma, que por lo demás presupone la libertad de su destinatario, y la culpabilidad entendida como mal uso de esa libertad, sino la lesión del bien jurídico protegido y una culpabilidad entendida como la actitud asocial expresada en el hecho cometido.

Bacigalupo, sin embargo, es consciente de lo pronto que se detuvo Liszt en el desarrollo sistemático de estos puntos de vista. Por ello realiza una aleccionadora descripción de la evolución de la concepción de los dos pilares del delito en Liszt.

En cuanto al concepto de bien jurídico, también utilizado por Binding, pero como mero presupuesto de la norma, Liszt parece haber querido vincular estrechamente lesión de bien jurídico y lesión de la norma: Eso es evidente en 1891 cuando, en clara oposición a la teoría de las normas, sostendrá que toda agresión a un bien jurídico es antijurídica, sin que sea precisa una prohibición especial del orden jurídico. En 1919 su opinión, aun en la misma línea, ya ha variado sustancialmente: Distingue entre antijuricidad formal y material; la primera es contravención a la norma, la segunda comportamiento socialmente dañoso. Y lo que es más importante, en caso de conflicto prima la antijuricidad formal.

Bacigalupo parece lamentar este repliegue de Liszt: Sin duda es difícil, dado el principio de legalidad, limitar la antijuricidad a la lesión de un bien jurídico, pero Liszt hubiera podido exigir que para justificar la pena estatal habría de concurrir siempre, junto a la antijuricidad formal, la antijuricidad material, negándose con ello a optar en casos de conflicto, pues harían falta ambas. Por otro lado, si el daño social ya no es presupuesto de la norma, carece de una función capaz de diferenciar el concepto de antijuricidad de Binding de otro destinado a sustituirlo.

La culpabilidad con Liszt, partiendo de la acción culpable como síntoma de las cualidades del autor, pasa a ser la actitud asocial del autor. Parece que las diferencias con el concepto de Binding son aquí notables. Sin embargo, Bacigalupo advierte que Liszt utiliza para caracterizar la conducta sintomática elementos que no permiten juzgar la personalidad del autor, como

exigiría un punto de partida preventivo especial moderno. Sólo más tarde, otros autores desarrollaron el concepto de Liszt hasta sus correctas consecuencias, introduciendo el elemento de la peligrosidad.

Bacigalupo concluye que Liszt se «contentó» con un formalismo progresivo respecto al hecho, y la inclusión de los aspectos personales del autor, relevantes para la prevención especial, en la culpabilidad. Con ello estimó que se lograban las exigencias preventivo-especiales en el marco de un Estado de Derecho.

Y en estas circunstancias, ¿qué actitud adopta Liszt hacia la categoría de la punibilidad?: Los dos pivotes fundamentadores de la distinción injusto culpable y punibilidad en Binding carecían de sentido en Liszt. Por un lado, la dicotomía entre destinatarios de la norma o de la ley estaba fuera de lugar desde el determinismo de Liszt y su concepción utilitarista de la motivación. Por otro, aunque atribuye a la *amenaza penal* una función motivadora, no deduce de ello que el autor haya de conocer la amenaza penal; pero es que tampoco la conciencia de la antijuricidad la considera elemento del dolo.

Sin embargo, mantuvo la categoría de la punibilidad alegando que en las excusas absolutorias la pena no se aplica debido a la personalidad del autor. Sin duda, dice Bacigalupo, su argumento permite explicar mejor que el de Binding el carácter personal de las excusas absolutorias, pero si la culpabilidad reside en la asocialidad de la personalidad del autor, no parece lógico decir primero que una personalidad es asocial (culpabilidad), y luego alegar que la pena no es adecuada para esa personalidad (no punibilidad), siendo así que el fin de la pena es corregir esa asocialidad. En realidad, la mayoría de las excusas absolutorias serían causas de no asocialidad, y en tal sentido se identificarían con las causas de inculpabilidad, no procediendo la existencia separada de la primera de las categorías.

Bacigalupo, agudamente, señala que una punibilidad como algo diferenciado de la culpabilidad exigiría en Liszt un juicio diferente al de ésta, lo que probablemente sólo sería posible si concibiera la culpabilidad éticamente y dejara las reflexiones preventivo especiales para la punibilidad, lo que supondría aceptar las teorías unitarias de la pena. En suma, la categoría de la punibilidad es en Liszt una nueva concesión a la teoría de las normas.

En el tercer capítulo se ocupa el autor de profundizar en la naturaleza de la distinción entre injusto culpable (delito) y punibilidad, a través del análisis de las cuestiones teórico-jurídicas en ella implicadas y las soluciones aportadas por la doctrina posterior. Menciona en primer lugar las críticas realizadas a la diferenciación entre el destinatario de la norma y el de la ley: Estudia, entre otros, las de Binder, quien, tras negar la existencia de deberes jurídicos, y por tanto de su creación por las normas, concluye que el destinatario de la norma es también la autoridad, por lo que no tiene sentido distinguir entre lesión de la norma y punibilidad, y el error será irrelevante en todo caso; postura ésta que, al decir de Bacigalupo, lleva a sus últimos extremos, al prescindir de la teoría del deber jurídico, la dogmática de las teorías absolutas, convirtiendo la pena en una compensación totalmente abstracta de un mal por otro.

Se ocupa luego de los criterios materiales buscados para distinguir entre excepciones a la norma y a la punibilidad. Especial interés suscita el análisis y crítica de la postura de Armin Kaufmann: Este, tras afirmar que aunque las normas se dirigen a todos no obligan a todos necesariamente, estima que, a diferencia de las excepciones a la punibilidad, las causas de justificación impedirían la concreción de la norma en deber. Bacigalupo desestima este criterio, pues si Armin Kaufmann considera que el juicio de valor que determina la necesidad de la acción justificada presupone lógicamente que se ha realizado ya la acción típica, y considera a la tipicidad como contravención a la norma, ¿cómo puede preceder lógicamente la contravención de la norma a la concreción de esa norma en deber? Además, si la tipicidad es infracción de la norma, toda excepción a la pena será ajena a la norma misma, sin que sea preciso distinguir entre ellas, pudiendo ser consideradas las causas de justificación causas de exclusión de la punibilidad. Los criterios de Gimbernat y Mir, basados en que en las causas de justificación se parte de la renuncia a motivar a una persona en principio motivable, son confrontados por Bacigalupo con el artículo 564 de nuestro Código, que debería pasar a considerarse causa de justificación y no excusa absolutoria, en difícil concordancia con su carácter personal legalmente exigido.

El autor hace aquí un alto y se pregunta, dada la insuficiencia de los criterios propuestos para distinguir entre excepciones a las normas o a la punibilidad, por qué se precisa tal distinción. La respuesta la encuentra, por un lado, en una tendencia moralizante aún implícita en el Derecho penal, que busca expresar de algún modo que las causas de justificación han de regirse por principios ético-sociales, y las de la punibilidad por razones político-criminales; y por otro, reflexiones basadas en el sentimiento jurídico y en suposiciones históricas, de poca convicción como lo muestran los vaivenes sufridos por el estado de necesidad. En todo caso, lo que prima no son razones surgidas de la ley o del sistema dogmático, sino de axiomas previos a las construcciones dogmáticas.

En cuanto a la distinción entre causas de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad, argumenta el autor que si se sigue la opinión hoy dominante que considera que las causas de exculpación no excluyen la culpabilidad, sino que la reducen considerablemente, al igual que, indirectamente, el injusto, la distinción deviene imposible: También en las excusas absolutorias se atenúa el injusto y la culpabilidad como lo prueba los problemas de diferenciación con que tropezamos; y en ambos grupos de casos, si se excluye la pena pese a cierto grado de culpabilidad, el fundamento de la exclusión estará fuera de la culpabilidad.

Sin negar la cierta cercanía que entre ambos grupos de causas de exclusión puede derivar de la nueva y ya mayoritaria opinión de que las causas de exculpación no excluyen la culpabilidad, y la existencia de ciertas tendencias doctrinales que tienden a una parcial confusión de ambos grupos, estimo los argumentos de Bacigalupo insuficientes: El primero, porque da por sentado lo que precisamente se trata de demostrar, que no cabe lograr un criterio de distinción para las excusas absolutorias al margen del injusto

o la culpabilidad; y el segundo, porque no está claro que una exclusión de la pena basada en una fuerte disminución de la culpabilidad, como en las causas de exculpación, haya de encontrar necesariamente su fundamento fuera de la culpabilidad.

Otro apartado está orientado a mostrar cómo la distinción entre elementos del tipo y elementos de la punibilidad no es tan sólida como parece, siendo posible que elementos de la punibilidad se transformen por vía de definición en elementos del tipo, y a la inversa. Entre los ejemplos analizados resulta especialmente convincente el referido al encubrimiento de parientes, mostrando las posibilidades de encuadrarlo como elemento negativo del tipo (sin relación con la teoría del mismo nombre) o como excepción a la norma, y no como elemento de la punibilidad, con las diversas consecuencias respecto al error que ello implica; de hecho, cita a autores que han dejado de considerarlo excusa absolutoria.

Se ha intentado igualmente identificar las causas de exclusión de la antijuricidad, y distinguirlas de las restantes, a partir de criterios, ya no basados en la estructura de las diversas causas de exclusión, sino en principios prelegales, no extraíbles de la ley misma, y deducidos de la naturaleza de lo injusto. La tesis monistas, que ven el fundamento de las causas de justificación en la «mayor utilidad que daño social», o en el «medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico», utilizan criterios que, además de vagos, pueden también predicarse de las causas de exclusión de la punibilidad. Las tesis pluralistas no aciertan a explicar adecuadamente, a partir del «interés preponderante», la legítima defensa; y el otro criterio de la «falta de interés» no ofrece argumentos para limitarlo a los casos de titular del bien jurídico *individual*, por lo que cabría considerar el encubrimiento de parientes como una causa de justificación en la medida en que con él el *Estado* demuestra una ausencia de interés.

Este último argumento pienso que ha de tomarse con cuidado: En primer lugar, porque como parece indicar el propio Bacigalupo, sólo puede jugar en aquellos casos en que el titular del bien jurídico sea exclusivamente el Estado, de lo contrario incurriríamos en la confusión entre titular del bien jurídico y titular del «ius puniendi»; en segundo lugar, el ejemplo del encubrimiento de parientes no es acertado, pues el razonamiento ha de considerarse limitado a casos en que estemos ante una causa excluyente de pena ligada a una figura de delito concreta, ya que en preceptos genéricos, referidos a una pluralidad de delitos, como en el encubrimiento de parientes, resulta dudoso decir con carácter general que falta todo interés, pues si el precepto específico al que se aplique esa norma general tiene un bien jurídico individual y disponible, no siempre podrá hablarse de la falta de interés.

Concluye este apartado el autor poniendo de relieve cómo las causas de justificación no se deducen de los principios antedichos, sino que el proceder es el inverso; las causas de justificación no se seleccionan a partir de la naturaleza de lo injusto, sino de una *decisión* cuyos fundamentos son relativamente desconocidos; ya que el elemento decisorio es ineludible, hay que procurar esclarecer y discutir críticamente los fundamentos de esa decisión.

Brillante colofón de este capítulo puede considerarse el apartado en el que el autor, recordando acertadamente que las categorías del delito no han de tener sólo significado teórico, sino que fundamentalmente han de satisfacer necesidades prácticas de la Administración de Justicia, se pregunta por cuáles sean las razones prácticas que están motivando la distinción injusto culpable (delito) y punibilidad.

Pero antes plantea una tesis realmente sugestiva: Estima que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad nace como consecuencia de la incorporación al Derecho penal de las medidas de seguridad. Aduce que no es casual que la antijuricidad en su concepción objetiva surja entonces; pena y medida necesitaban un fundamento común para luego exigir cada una presupuestos distintos, la culpabilidad o la peligrosidad, y tal fundamento común no lo daba la teoría subjetiva de la antijuricidad, que requería previamente la imputabilidad e imposibilitaba con ello aplicar medidas de seguridad a un inimputable. A su vez, se reformula la teoría de las normas asignando el momento objetivo de valoración a la antijuricidad, y el momento subjetivo de determinación a la culpabilidad, desplazando así el imperativo, preciso para la pena, pero no para la medida, a la culpabilidad. La distinción nace para satisfacer una función del Estado.

No es éste el lugar para pronunciarse extensamente sobre las afirmaciones precedentes. Sólo quisiera hacer dos observaciones: Por una parte, destacar cómo la exposición pretende palmariamente, en coherencia con la postura inicial del autor hallar la última explicación de las categorías dogmáticas en función de la teoría de la pena y/o las medidas de seguridad. Por otra parte, aclarar que en mi opinión la argumentación no es lo suficientemente comprensiva, pues se basa en las medidas de seguridad impuestas a los inimputables peligrosos, sin tener en cuenta las de los imputables, sea en un sistema monista o dualista. Contra ello no puede alegar que originariamente las medidas de seguridad se pensaron para los inimputables, pues aunque pueda decirse que así las concibieron los positivistas (para quienes propiamente todos eran inimputables), su argumentación parte de la fase ulterior de las Escuelas intermedias, donde se propugna la coexistencia de pena y medida (Bacigalupo parte de tal coexistencia), y en tal fase la medida ya no se reserva a los inimputables (quienes, por lo demás, ya no son todos). Así, pues, en los imputables la medida de seguridad no queda en el aire con la teoría subjetiva de la antijuricidad, pues, al satisfacer la exigencia previa de imputabilidad, no se ciega el paso a la calificación de su conducta como subjetivamente antijurídica.

Volvamos a las razones prácticas de la distinción injusto culpable-punibilidad: Peters las ve en que con el injusto culpable se expresa el rechazo ético-social de la conducta, rechazo que es preciso expresar, aunque luego, por otras razones, se declare la conducta no punible; como dice Bacigalupo, tal postura implica una actitud ideológica hoy muy cuestionada, la de que el Estado debe tutelar moralmente a los ciudadanos. Rechazable igualmente es la pretensión de justificar la distinción en la necesidad de, aun excluyendo la responsabilidad penal, exigir la civil o administrativa, pues no se ve qué relación pueda tener la culpabilidad con consecuencias no penales

basadas en la reparación del daño, y ajenas a la retribución o resocialización.

Por último el autor se ocupa de un fenómeno paralelo al de la distinción aludida, y tratado generalmente de modo muy confuso por la doctrina, la dicotomía merecimiento o necesidad de pena: Tal dicotomía presupone dos órdenes normativos distintos; como el único que constitucionalmente puede decidir sobre la necesidad de pena es el jurídico, el merecimiento de pena queda en manos del otro orden normativo disponible, el ético. Así, las excepciones a las reglas éticas irían a las causas de justificación e inculpabilidad, y las otras a la punibilidad. Esta dicotomía, señala Bacigalupo, no es más que una nueva formulación de concepciones clásicas y muestra la rechazable persistencia de la ligazón entre Moral y Derecho. El intento de Jescheck de referir el mantenimiento de pena al valor del bien jurídico protegido, sustrayendo el concepto a nociones prejurídicas, está condenado al fracaso: Los criterios de selección de los bienes jurídicos sólo podrán ligarse a fundamentaciones éticas, si para la necesidad de pena se acude a fundamentaciones político-criminales.

Como conclusión señala el autor que la dicotomía a que aludimos está vinculada a las teorías unitarias de la pena, pues ni la teoría de la retribución, para la cual toda conducta merecedora de pena también la necesita, ni la de prevención especial, con razones mutatis mutandi similares, necesitan una doble fundamentación. Y en todo caso sigue sin resolver la cuestión de cómo asignar las concretas causas de exclusión a una de las categorías del delito. A la exposición precedente, tan clarificadora, sólo cabría plantear la duda de si realmente al merecimiento de pena no le resta otro orden normativo que el ético.

La conclusión final de este capítulo es para Bacigalupo la de que la distinción injusto culpable (delito) y punibilidad presupone una doble valoración desde dos instancias diferentes, la Moral y el Derecho.

En el capítulo IV continúa el autor profundizando en la distinción entre injusto culpable y punibilidad, pero ahora a partir de autores que incluyen la punibilidad en el concepto de delito, sea como categoría independiente, sea disuelta en las restantes.

En el primer sentido estudia la postura de Beling, que rechaza unas «primeras» condiciones de la punibilidad (injusto culpable) constitutivas de un todo cerrado, previo a las «segundas»; él quiere incluir los elementos del Derecho penal subjetivo (punibilidad) en el concepto del delito, para lo que ha de sustituir el concepto de «norma», de donde surge tal distinción entre condiciones de punibilidad, por el de «tipo», en la determinación de lo injusto. Sin embargo, todo se queda en nuestro tema en una pura distinción terminológica, pues sigue manteniendo que el dolo sólo ha de abarcar a lo injusto culpable, ya que la no punibilidad, a diferencia de las causas de exclusión del injusto culpable, se basa en la falta de interés del Estado en la punibilidad. Bacigalupo, tras cuestionar que en las causas de exclusión del injusto culpable no se pueda hablar de falta de interés estatal, señala que a la postre la única diferencia con Binding es que, sin punibilidad, no hay delito. Además, los criterios concretos propuestos por Beling para

identificar los elementos del tipo de los que no lo son tienen la misma vaguedad que los de Binding para precisar los elementos de la norma. De hecho sólo la relevancia o no del error distingue, y sin fundamentar por qué, los elementos del injusto culpable y de la punibilidad.

En el segundo sentido cita a Sauer, quien opta por disolver la categoría de la punibilidad entre el injusto y la culpabilidad. Así incluye las condiciones objetivas de la punibilidad en la antijuricidad tipificada, por más que señala que esos elementos, a diferencia de los restantes allí incluidos, no son abarcables por la culpabilidad, siendo irrelevante su error. A su vez, las excusas absolutorias, que considera la contrapartida negativa de las positivas condiciones objetivas de punibilidad, se encuadrarían en la culpabilidad. Bacigalupo señala cómo nuestro problema sigue inalterado al predicarse la irrelevancia del error respecto a las condiciones objetivas de punibilidad, además de incurrirse en la contradicción de que el correlato negativo de un elemento de la antijuricidad (excusas absolutorias frente a condiciones objetivas de punibilidad) pertenecería a otra categoría, la culpabilidad. Posturas posteriores de Sauer admiten las mismas críticas.

Recuerda también el autor las cambiantes opiniones de Mezger, así como su conclusión teórica de que un principio de culpabilidad consecuente debería considerar la conciencia de la punibilidad como elemento del dolo, conclusión que, injustificadamente, según Bacigalupo, abandona tras un análisis de lege lata del Código penal alemán.

Este capítulo ha mostrado al autor cómo la redefinición de las categorías del delito no es más que un problema aparente si respecto a la punibilidad, o a los elementos hasta entonces incluidos en ella, se sigue considerando irrelevante el error.

En el último capítulo el autor, quizá con excesiva brevedad, intenta exponer su postura. Los capítulos precedentes le han enseñado que los criterios que asignan un elemento negativo a una determinada categoría positiva del delito o del delito punible son tan confusos que admiten todo tipo de correspondencias. Afirma que lo que procede no es buscar nuevos criterios de pertenencia, sino preguntarse si las consecuencias ligadas a esos criterios son necesarias; en concreto, si es precisa en la punibilidad la irrelevancia del error y la caracterización personal.

Opina que la irrelevancia del error sobre la punibilidad se debe al hecho de que, a través de Kant y Hegel, se extendió en la ciencia penal la idea de que tomar en cuenta la motivación del ser humano por el temor a la amenaza penal, como fundamento de la responsabilidad penal, sería lesivo de la dignidad de la persona. Kant negaba que una motivación procedente de una amenaza y no de una conciencia del deber, tuviera sentido moral, y por tanto jurídico, por más que pudiera tenerlo práctico; Bacigalupo crítica la ligazón entre lo moral y jurídico que ello supone, y recuerda con certeza que la separación entre Moral y Derecho se ha vinculado por lo general a la idea de que el Derecho no ha de penar todo lo inmoral, pero no ha avanzado en la línea de depurar de contenido ético a los conceptos dogmáticos.

Hegel destacaba, por un lado, que todas las referencias a la relación

de la pena con la conciencia individual y su representación presuponen que sancionar es objetivamente justo, y de ello se sigue que el punto de vista moral es el esencial, y por otro, que fundar la pena en la amenaza es partir de que el hombre no es libre, mientras que el Derecho y la justicia se basan en la libertad y en la voluntad, de ahí que una pena basada en la amenaza atente al honor y a la libertad. Bacigalupo critica de nuevo el referir las exigencias penales necesariamente a la ética. Asimismo, si se estima que el Derecho penal sólo ha de proteger los valores elementales para la vida comunitaria, y se concuerda en las diversas formulaciones que pueden tener en una sociedad pluralista, habrá que atenerse a lo que digan los órganos de control social. *Ahora bien*, en tales condiciones exigir que la pena se imponga con independencia del conocimiento de su amenaza (conocimiento de la punibilidad) no sólo no implica respeto de la dignidad humana, sino todo lo contrario, pues supone obligar al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado considera valores elementales de la vida comunitaria; sólo una pretensión tal justifica un deber jurídico sin referencias a amenazas penales. Pero al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber se debe a la conciencia del mismo o a la fuerza coactiva de una amenaza.

A continuación recuerda la vigencia del principio de legalidad en un Derecho penal liberal, como garantía de una aplicación del Derecho a tenor de lo establecido previamente en una ley, y como medio de posibilitar al ciudadano el orientar sus acciones a tenor de la ley; a su vez, lamenta las restricciones que ha sufrido tal principio al hacerle dependiente del principio de culpabilidad. La situación inversa es la correcta, pues el principio de culpabilidad no expresa por sí mismo su contenido; así, si el principio de legalidad abarca las consecuencias jurídicas, el de culpabilidad, dependiente de aquél, ha de abarcar la conciencia de la punibilidad. Frente a ello no cabe alegar ya, como se vio, que se lesiona la dignidad de la persona; además el principio de legalidad abarca también el interés del ciudadano en saber no sólo lo que está prohibido penalmente, sino que le amenaza una pena en caso de violar la prohibición. Ello implica la relevancia de su error si, por ejemplo, sabiendo que viola la prohibición, cree que concurren circunstancias de no punibilidad.

Pero hay que ver los fines de la pena antes de tomar una decisión: La prevención general no exige necesariamente la conciencia de la punibilidad; aplicar penas a quienes no supieran de la amenaza podría justificarse como medio de estimular a los ciudadanos a esforzarse en averiguar las conductas prohibidas con pena. Distinta es la conclusión a partir de la prevención especial: Si el orden jurídico ha de ser un orden exterior, y sólo son consideradas insoportables socialmente aquellas lesiones del orden exterior amenazadas con pena, sólo cabe intervenir frente al autor incapaz de inhibirse frente a la amenaza de una pena. La menor distancia existente entre sus postulados y su posible verificación obliga a optar por las conclusiones obtenidas de la prevención especial y no de la general.

En cuanto a la instrumentación práctica de la conciencia de la punibilidad se procedería como en el error de prohibición, siendo impunes sólo

los casos de error invencible; Bacigalupo no estima más difícil probar la conciencia potencial de la punibilidad que la de la antijuricidad. En todo caso las razones preventivas especiales no exigen que sea relevante el error sobre la «magnitud» (especie de pena o cuantía) de la punibilidad.

Alude, por fin, a la otra cara del problema, la naturaleza personal de las excusas absolutorias, mencionando las nuevas corrientes que pretenden extender a los partícipes el efecto excluyente de la pena de algunas de ellas. Ello le sirve para recordar que el carácter personal o no de una eximente ya no se liga a la categoría positiva en la que ésta está inserta.

Concluye este estimulante capítulo afirmando que la relevancia o no del error y el carácter personal o no en las eximentes es más bien una cuestión de Derecho consuetudinario, siendo en las eximentes en las que no se da relevancia al error ni se aplican a los partícipes un caso de Derecho consuetudinario contra el autor, que choca con el principio de legalidad.

Quisiera, antes de terminar, hacer unas observaciones personales a los razonamientos precedentes que no pretenden agotar, ni mucho menos, el amplio número de sugerencias que la brillante exposición de Bacigalupo brinda: Al innegable peso que posee el argumento referido al principio de legalidad se oponen tres objeciones referidas a razonamientos previos y posteriores a él que no sé hasta qué punto le afectan.

Así, Bacigalupo parece entender que el pluralismo en una sociedad pluralista abarca igualmente a sus valores elementales; sin embargo, creo que cuando se habla de pluralidad valorativa en una tal sociedad se está aludiendo fundamentalmente a los valores no estimados inequívocamente imprescindibles para la convivencia plural; es precisamente el deseo de lograr el mayor pluralismo posible lo que lleva a tales sociedades a reducir los valores elementales a lo imprescindible. Por otro lado, no se pretende en una tal sociedad que esos valores elementales se compartan «íntimamente»; esto es, que el sujeto los haga «suyos»; se aspira a que se vea su necesidad o a que, aun no viéndola, se reconozca la legitimidad de la decisión de la gran mayoría social sobre su necesidad, y no hay que olvidar que, en principio, los órganos de control social en una sociedad pluralista han de reflejar las opiniones de esas mayorías. A su vez, el efecto troquelador de las opiniones sociales por parte de las normas penales no es rechazable sin más en una sociedad pluralista, siempre que se mantenga en los límites adecuados, como he intentado mostrar en otro lugar; en realidad, con ello se crea una base segura para el mantenimiento de la sociedad pluralista. En suma, cabe reformular la tesis criticada por Bacigalupo diciendo que justificar la pena en la intimidación desconoce la capacidad racional del individuo para comprender las necesidades sociales, o para conocer y reconocer legitimidad a las opiniones de la gran mayoría de la sociedad al respecto.

Asimismo, el argumento utilizado para justificar el conocimiento de la punibilidad a partir de la prevención especial no me resulta convincente. En línea con críticas similares formuladas por Cerezo y Córdoba cabría pensar que hay mayores necesidades preventivo especiales respecto a quien ni siquiera es capaz de captar la amenaza penal, careciendo por

ello del conocimiento de la punibilidad, por no citar al que no es capaz de captar el injusto (inimputables).

Finalmente, es discutible que la prueba de la conciencia de la punibilidad no sea más difícil que la de la conciencia de la antijuricidad, en especial dado el carácter más contingente, menos ligado a lo esencial para la convivencia, de los elementos de la punibilidad.

Nos encontramos, con esta obra de Bacigalupo, ante una de las más ambiciosas, abarcadoras y originales monografías dogmáticas que se han realizado recientemente en nuestro país. Pienso que se inserta en el interés, ya manifestado en otro lugar por el autor («Significado y perspectivas de la oposición Derecho penal-Política Criminal») de desarrollar hasta el final un sistema dogmático basado en la prevención especial. En tal sistema se habrían de unificar todas las causas de exclusión en una sola categoría. Sin duda no se ha pretendido en este trabajo realizar tal tarea, que implica reformular todas las categorías del delito, pero en esa tendencia unificadora va la propuesta de dar relevancia al error sobre el conocimiento de la punibilidad.

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS

**BLECUA FRAGA, Ramón: «El delito de traición y la Defensa Nacional». Editorial Edersa. Madrid, 1983, 216 págs.**

Tiene por objeto este libro el estudio completo del delito de traición, tanto en la versión que dicha figura ofrece en la legislación penal común—Código Penal— como la que presenta en el Código de Justicia Militar.

El autor inicia su obra estudiando ampliamente los antecedentes históricos de esta figura delictiva. Para ello, y sin escatimar esfuerzos, va introduciendo al lector en el proceso de evolución a lo largo del devenir histórico. Iniciando el análisis en el Derecho Romano se brinda una visión detallada del tratamiento que la traición recibió en el Derecho germánico-visigótico, en la Edad Media, Edad Moderna, y que culmina en la etapa Codificadora. Esta primera parte, pieza fundamental para comprender la problemática que la traición presenta en la actualidad, incluye desde el punto de vista sustancial un estudio del *perduellium* en Roma, de los delitos contra la persona del monarca, contra la tierra y gente goda y la huida del territorio nacional en el Derecho germánico-visigótico, de la traición regia y la traición entre iguales en la Alta Edad Media, así como las conductas que se enmarcaron bajo el término «traición», desde el Ordenamiento de Alcalá hasta la Ley para Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941.

Con certera visión jurídica se analizan, en el capítulo tercero del libro, los preceptos que el Código Penal (arts. 120 a 125) dedica a la traición. Como cuestión previa se afronta la importante cuestión de la distinción entre seguridad exterior y seguridad interior del Estado, como conceptos comprensivos de los bienes jurídicos tutelados en los títulos I y II del libro segundo del Código Penal. Después de señalar que la bipartición se justificó teniendo en cuenta la contemplación del Estado bajo el doble