

ENRIQUE BACIGALUPO

**TEORÍA Y PRÁCTICA
DEL DERECHO PENAL**

Tomo I

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

Pág.

TOMO I

PRÓLOGO	17
---------------	----

I. PARTE GENERAL

CUESTIONES GENERALES

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN PENAL (VISTO DESDE LA TEORÍA DE LAS GENERACIONES DE ORTEGA Y GASSET)	23
SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA.....	29
DESCRIMINALIZACIÓN Y PREVENCIÓN.....	43
EMPIRISMO Y TEORÍAS JURÍDICAS	61
DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995.....	69
I. La reforma penal de 1995 en el marco de la historia de la legislación penal española	69
II. La reforma penal de 1995 en el marco de los movimientos de reforma del Derecho penal	69
III. El programa político-criminal del Código Penal de 1995: el sistema de doble vía.....	70
IV. Las penas: con especial referencia al problema de las penas cortas privativas de la libertad.....	73
V. Los fundamentos de la punibilidad.....	77
VI. ¿Nueva reforma penal en España?	81
TEORÍA DE LA INFRACCIÓN PENAL.....	83
SOBRE EL DERECHO PENAL Y SU RACIONALIDAD.....	97
I. Introducción: la ciencia y el método del Derecho penal europeo	97
II. La idea de sociedad.....	103
III. Las teorías de la pena en el marco de las nuevas concepciones de la sociedad .	106

	Pág.
IV. El problema político del Derecho penal en el marco de la racionalidad comunicativa. La cuestión del objeto de protección del Derecho penal.....	110
V. Final: intento de una respuesta a la pregunta inicial.....	114
EL DERECHO PENAL EN LA TRANSICIÓN DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA.....	117
GLOBALIZACIÓN Y JUSTICIA UNIVERSAL.....	131
ACERCA DE LA PROHIBICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LOS DELITOS DE ESTADO CONTRA LA HUMANIDAD.....	137
I. La especial naturaleza de los delitos de Estado contra la Humanidad y el principio de legalidad (<i>lex previa</i>).....	138
II. Los delitos contra la humanidad y la jurisdicción extraterritorial española.....	140
III. El carácter jurídico relativo del principio de irretroactividad de la ley penal en los delitos contra la humanidad.....	141
IV. Conclusiones.....	144
EL ORIGEN DE LA DOGMÁTICA ESPAÑOLA MODERNA Y LA SUPRALEGALIDAD DE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS.....	145
TEORÍA DE LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.....	163
CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL.....	165
DERECHO PENAL MATERIAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL DERECHO CENTROAMERICANO.....	179
CALIDAD: MODERNIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.....	195
LA «NACIONALIDAD» DE LA CIENCIA JURÍDICO PENAL.....	207
 REFORMA PENAL 	
NOTAS SOBRE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL.....	219
I. Garantías penales y aplicación de la Ley.....	219
II. Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal.....	221
III. Las consecuencias jurídicas del delito.....	230
IV. Los delitos en particular.....	232
REFORMAS PENALES Y ESTADO DE DERECHO.....	243
 SISTEMA Y MÉTODO DE LA DOGMÁTICA PENAL 	
LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ENTRE EL IDEAL CIENTÍFICO DE LAS CIENCIAS NATURALES Y EL DE LAS CIENCIAS DEL ESPÍRITU.....	247
LA TEORÍA DE LAS NORMAS EN EL DERECHO PENAL.....	257
I. Sobre la teoría de las normas y la dogmática penal.....	257
II. La función del concepto de norma en la dogmática penal.....	267
III. <i>Excursus</i> 2005.....	278
PROBLEMAS DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	283
SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	297
I. Introducción.....	297
II. Las concepciones clásicas.....	299
III. La revisión finalista.....	300
IV. La funcionalización del sistema desde la política criminal.....	302
V. El funcionalismo jurídico-penal a partir de la teoría de los sistemas sociales.....	305

	Pág.
VI. ¿Una nueva revisión funcionalista?	308
VII. El cambio del paradigma del delito básico del sistema	309
VIII. Consideraciones finales	311
EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL SIGLO XXI	313
I. Introducción.....	313
II. Problemática de la base del sistema.....	315
III. El fundamento normativo de la responsabilidad	319
IV. La distinción tipicidad/antijuricidad	322
V. La distinción objetivo/subjetivo	324
VI. ¿Culpabilidad?.....	326
VII. Conclusión.....	328

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

SOBRE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL	331
LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL.....	353
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO TAREA INCONCLUSA.....	367
SOBRE LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	385
LA REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY	393
I. Introducción.....	393
II. Estado de Derecho, seguridad jurídica e igualdad ante la ley.....	395
III. Sobre el efecto vinculante horizontal de la jurisprudencia.....	397
IV. Sobre el efecto vinculante vertical de la jurisprudencia.....	399
V. La seguridad jurídica y la función institucional de un Tribunal Supremo	401
LOS LÍMITES POLÍTICOS DEL DERECHO PENAL	407
LA IDEOLOGÍA DEL DERECHO PENAL.....	425

DELITO/INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

SANCIONES ADMINISTRATIVAS (DERECHO ESPAÑOL Y COMUNITARIO).....	437
I. Las sanciones administrativas no penales en el Derecho español. Las condiciones de su legitimidad constitucional	437
II. El principio de legalidad, la reserva de ley formal y el principio de culpabilidad respecto de las infracciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	443
III. Las características jurídicas del sistema de sanciones administrativas en España	452
IV. El procedimiento sancionador administrativo	470
V. La influencia del Derecho comunitario sobre el sistema de sanciones administrativas y penales.....	476
VI. La potestad sancionadora de los órganos de la CEE vista desde la perspectiva del Derecho español.....	483

ACCIÓN

SOBRE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA Y SU SIGNIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL	489
--	------------

	Pág.
I. La teoría finalista de la acción como superación de la concepción positivista de la dogmática penal	489
II. La teoría finalista de la acción como respuesta dogmática a la crisis de la concepción de la teoría del delito basada en la teoría causal de la acción.....	492
III. La teoría finalista de la acción en el contexto de la crítica a la teoría del Derecho penal del positivismo.....	496
IV. La teoría de la acción finalista y el sistema de la teoría del delito.....	499
WELZEL Y LA GENERACIÓN ARGENTINA DEL FINALISMO	505
Apéndice.....	526

DOLO

PROBLEMAS ACTUALES DEL DOLO.....	529
I. La necesidad del tipo subjetivo: respuesta positivista y fundamento de la ley.	529
II. La noción de dolo	531
III. La objetivación del dolo en la dogmática actual.....	542
EL CONCEPTO DE DOLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO...	547

ERROR

TIPO Y ERROR	559
I. Desarrollo del concepto de tipo penal en la dogmática argentina.....	559
II. El tipo penal y el principio de legalidad.....	565
III. Tipo, dolo y error	569
IV. El tipo del error.....	574
V. Tipo de error y tipo sistemático	584
VI. El tipo penal en los delitos culposos	586
VII. Conclusiones	586
EL ERROR SOBRE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	589
LA DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1980	609
EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y EL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD O LA PROHIBICIÓN.....	617
I. La situación anterior a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.....	617
II. El antecedente inmediato del art. 6 bis.a), CP (el art. 20 del Proyecto de 1980): cuestiones político-criminales y dogmática del error	622
III. El error sobre los elementos del tipo (error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena)	626
IV. El error de prohibición (la creencia errónea de estar obrando lícitamente)	635
LA EVITABILIDAD O VENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.....	645
PROBLEMAS DEL ERROR EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL.....	659
SISTEMA DEL ERROR SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL CÓDIGO PENAL.....	663
I. Problemas jurisprudenciales	663
II. Las soluciones dogmáticas	665
III. Crítica de las soluciones dogmáticas	669
IV. Las normas del Código Penal en materia de error	671
V. El error sobre circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación (las llamadas eximentes putativas)	673
VI. Naturaleza dolosa del hecho a pesar del error sobre la antijuridicidad	676

	Pág.
VII. Resumen final sobre el sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal	681
VIII. Error de tipo y error sobre la antijuridicidad	682
LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL EUROPEO ACTUAL.....	685

CONSENTIMIENTO

CONSENTIMIENTO DEL LESIONADO EN EL DERECHO Y EN LA DOGMÁTICA PENAL ESPAÑOLES.....	707
---	-----

IMPUTACIÓN OBJETIVA

CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA	721
Apéndice.....	726

JUSTIFICACIÓN

ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.....	731
LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD EN LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA	741

CULPABILIDAD

SOBRE LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES, LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	753
CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y LATINOAMERICANO.....	765
I. Culpabilidad y prevención en la Edad Moderna	766
II. La culpabilidad y la prevención.....	771
III. La culpabilidad y la prevención en los tiempos de la moderna codificación...	774
IV. El movimiento de reforma y la llamada dirección de la política criminal	777
ACERCA DE LA PERSONALIDAD Y LA CULPABILIDAD EN LA MEDIDA DE LA PENA.....	783
EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, REINCIDENCIA Y DILACIONES INDEBIDAS DEL PROCESO	793

TENTATIVA

SOBRE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL DERECHO VIGENTE Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.....	809
---	-----

TOMO II

AUTORÍA

LA NOCIÓN DE AUTOR EN EL CÓDIGO PENAL	817
I. Desarrollo de la teoría del autor en Argentina	820
II. Puntos de partida para la elaboración del concepto de autor	828

	Pág.
III. La autoría y la participación en los delitos dolosos y en los culposos	829
IV. El dominio del acto	835
V. El dominio del acto en el Código Penal argentino	837
LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y EL NUEVO CÓDIGO PENAL ALEMÁN	841
RESPONSABILIDAD PENAL DE ÓRGANOS, DIRECTIVOS Y REPRESENTANTES DE UNA PERSONA JURÍDICA (EL ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO)	851
I. Introducción	851
II. Cuestiones de técnica legislativa	856
III. Problemática de la responsabilidad del órgano o representante en el Derecho vigente	859
NOTAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA COAUTORÍA EN EL DERECHO PENAL...	865
LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LAS TEORÍAS DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	875
LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	887
PRESCRIPCIÓN	
PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL (NOTAS SOBRE LA STC 63/2005)	899
PENA	
FILOSOFÍA E IDEOLOGÍA DE LAS TEORÍAS DE LA PENA	915
LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN LA REFORMA PENAL	929
ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVADA DE LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL EUROPEO ACTUAL	945
SOBRE LA RECLUSIÓN PERPETUA	959
LAS TEORÍAS DE LA PENA Y EL SUJETO DEL DERECHO PENAL	961
PARTE ESPECIAL	
CUESTIONES GENERALES	
BREVE INTRODUCCIÓN A LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL	979
I. La tarea de la Parte especial del Derecho penal	979
II. Tipo del texto y tipo de la interpretación	980
III. El sistema clasificatorio de la parte especial del Derecho penal	981
DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO	
LOS DELITOS DE HOMICIDIO	983
I. Los delitos de homicidio	983
II. Los delitos de homicidio en la reforma penal	1023
LOS PROBLEMAS PARTICULARES DEL HOMICIDIO Y LAS LESIONES	1025
I. Delitos cualificados por el resultado y principio de culpabilidad	1025
II. Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho penal	1034

	Pág.
EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA	1045
LOS DELITOS DE HOMICIDIO EN LA REFORMA PENAL	1061
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO EN LOS CASOS DE DESAPARICIÓN FORZADA O INVOLUNTARIA DE PERSONAS	1077
ROBO Y HURTO	
EL ROBO Y EL HURTO EN LA REFORMA PENAL DE 1983	1085
DERECHO PENAL DE LA EMPRESA Y LOS NEGOCIOS	
LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL DE LOS NEGOCIOS	1093
INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>	1099
LA REFORMA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO ESPAÑOL	1111
I. Introducción: presupuestos metodológicos	1111
II. El objeto de protección en la legislación proyectada	1114
III. El modelo constitucional de orden socioeconómico y los límites de su protección penal	1128
IV. Resultado del análisis realizado	1160
V. Propuestas alternativas para una legislación de los delitos contra el orden socioeconómico	1161
BUEN GOBIERNO EMPRESARIAL Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL (LA PENALIZACIÓN DE LA DESLEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES)	1183
SOCIEDADES MERCANTILES Y DERECHO PENAL	
LOS DERECHOS SOCIETARIOS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL	1197
EL NUEVO DERECHO MERCANTIL CONTABLE Y EL DERECHO PENAL (ART. 290 CP). LA FALSEDAD DE BALANCES	1211
I. El problema: crisis de confianza y seguridad jurídica	1211
II. Modelos penales europeos	1213
III. La estructura del tipo penal del art. 290 CP	1217
IV. Falsedad de cuentas anuales y falsedad documental	1218
V. El delito del art. 290 CP como delito de información. El tipo objetivo (1): Deber y posición de garante del autor	1222
VI. El tipo objetivo (2): La infracción del deber de garante y la «idoneidad para causar perjuicio»	1224
VII. El tipo objetivo (3): La noción de imagen infiel del patrimonio social y su significación típica	1226
VIII. El tipo subjetivo	1230
IX. Problemas de participación de administradores y auditores	1236
X. Breves consideraciones sobre la necesidad de reforma	1239
EL DELITO DE IMPOSICIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS (ART. 291 DEL CÓDIGO PENAL)	1241

	<u>Pág.</u>
DELITO FISCAL	
EL DELITO FISCAL EN ESPAÑA.....	1253
PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y DEL ERROR EN EL DELITO FISCAL	1269
EL NUEVO DELITO FISCAL.....	1281
DELITOS FISCALES Y FRAUDE DE SUBVENCIONES EN LA COMUNIDAD EUROPEA.....	1295
MEDIO AMBIENTE	
LA INSTRUMENTALIZACIÓN TÉCNICO-LEGISLATIVA DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE.....	1311
LIBRE COMPETENCIA	
LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBRE COMPETENCIA EN ESPAÑA Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1980	1323
LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA Y LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES	1331
Bibliografía.....	1337
DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	
CORRUPCIÓN POLÍTICA Y PROCESO PENAL.....	1339
I. Caracterización del fenómeno	1339
II. Repercusiones jurídico-procesales de los hechos de corrupción.....	1341
III. La falta de controles jurídicos eficaces de la actividad del Juez de Instrucción	1342
IV. Dificultades para garantizar la presunción de inocencia y la imparcialidad del Tribunal ante las campañas de prensa.....	1343
V. El vaciamiento de los controles políticos respecto de la inmunidad de los Diputados y Senadores.....	1344
VI. Preponderancia de los aspectos inquisitivos del proceso sobre los contradictorios	1345
VII. Corrupción y proceso penal.....	1346
LA REFORMA DE LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (COHECHO, PREVARICACIÓN, TRÁFICO DE INFLUENCIAS, MALVERSACIÓN)	1349
I. La sistematización legislativa de los delitos de funcionarios en el Derecho vigente.....	1349
II. La sistematización legislativa de la propuesta de Anteproyecto de Código Penal.....	1351
III. Sobre el bien jurídico protegido.....	1351
IV. El delito de cohecho	1353
V. El delito de prevaricación.....	1356
SOBRE LA «MALVERSACIÓN» DE FUNCIONARIOS DE RANGO INFERIOR.....	1361
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE JUECES Y FISCALES EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	1365

DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.....	1379
LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y EL ART. 344 DEL CÓDIGO PENAL	1383
PROBLEMAS PARTICULARES DEL TIPO DE LA TENENCIA DE DROGAS PARA EL TRÁFICO	1389

DELITOS CONTRA EL HONOR

DEL DELITO DE DESACATO A LA PROTECCIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....	1395
¿NECESITA EL DERECHO PENAL ESPAÑOL UN DELITO DE INDISCRECIÓN?.....	1405
PARA UNA REVISIÓN DOGMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR	1421
I. Desarrollo legislativo.....	1421
II. La calumnia. Tipos objetivo y subjetivo.....	1423
III. El delito de injurias.....	1429
IV. Tipo objetivo	1430
COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTIFICACIÓN EN EL DELITO DE INJURIA	1435
1. Introducción.....	1435
2. Tratamiento inadecuado del problema de la justificación en la dogmática tradicional de los delitos contra el honor.....	1436
3. Crítica de la teoría del <i>animus injuriandi</i>	1438
4. Efecto irradiante de los derechos de la libertad de expresión y de información en la cuestión del efecto justificante en relación con los delitos contra el honor.....	1440
5. Condiciones para que el derecho a la libertad de expresión y de información operen como causas de justificación (art. 20.7.º CP).....	1443
6. La <i>exceptio veritatis</i>	1446

PROPIEDAD INDUSTRIAL

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS INDUSTRIALES	1447
I. Introducción: consideraciones sobre la legitimidad de la protección penal de los derechos intelectuales e industriales	1447
II. La estructura de los tipos penales y su relación con los derechos protegidos.	1449
III. Protección penal de los derechos derivados de las patentes y modelos de utilidad registrados (art. 273 CP)	1451
IV. Los modelos legislativos de los delitos contra las marcas del art. 274 CP.....	1454
V. Los problemas dogmáticos del art. 274 CP.....	1455
VI. Las acciones individualmente consideradas	1456
VII. Posesión de productos con signos distintivos adulterados y la puesta en el comercio de los mismos	1459
VIII. Problemas comunes a los tipos de los arts. 273 y 274 CP.....	1459
IX. Consideraciones finales	1461
Bibliografía.....	1461
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN DELITOS CONTRA LAS MARCAS Y SU TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.....	1463

	Pág.
LOS MODELOS LEGISLATIVOS DE LOS DELITOS CONTRA LAS MARCAS Y SU INFLUENCIA EN EL CÓDIGO DE 1995.....	1475
I. Introducción.....	1475
II. Los modelos legislativos de los delitos contra las marcas del art. 274 CP.....	1476
III. Los problemas dogmáticos del art. 274 CP.....	1478
IV. Las acciones individualmente consideradas.....	1479
V. Posesión de productos con signos distintivos adulterados y la puesta en el comercio de los mismos.....	1482
VI. Consideraciones finales.....	1483

DELITOS ALIMENTARIOS

PROTECCIÓN PENAL EN MATERIA DE DERECHO ALIMENTARIO EN LA COMUNIDAD EUROPEA.....	1485
---	------

III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, ARTÍCULOS DE PRENSA Y ENTREVISTAS

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LAS UNIVERSIDADES ALEMANAS EN LOS AÑOS SETENTA.....	1497
I. La universidad alemana en general.....	1497
II. La enseñanza del Derecho en las universidades alemanas.....	1501
III. ¿Qué puede aprovecharse en una futura reforma de las facultades de Derecho en nuestro medio? Un caso: la Universidad de Buenos Aires.....	1508
LA TÉCNICA DE RESOLUCIÓN DE CASOS PENALES.....	1515
Prólogo.....	1515
I. Breve introducción.....	1516
II. Aprendizaje de la resolución de casos.....	1517
III. La elección del sistema de la teoría del delito para la resolución de casos.....	1521
IV. Subsumir y argumentar en la resolución de casos penales.....	1523
V. Esquema para la solución de casos penales.....	1540
VI. El dictamen (art. 34.2 del RD 1924/86).....	1544
VII. Los problemas procesales del caso penal.....	1549
VIII. Modelos de resolución de casos.....	1551

ARTÍCULOS DE PRENSA

EL ETERNO RETORNO DEL DELINCUENTE PELIGROSO.....	1557
EL CASO <i>FRITZL</i> : ¿TENÍA RAZÓN LOMBROSO?.....	1563

ENTREVISTAS

ENTREVISTA a Enrique Bacigalupo en la <i>Revista Club Argentino</i> , núm. 30 (2003).....	1569
ENTREVISTA a Enrique Bacigalupo en la <i>Revista Electrónica</i>	1575
ENTREVISTA a Enrique Bacigalupo en el periódico <i>La Nación</i> , de Buenos Aires.....	1593
El jurista percibe dificultades en la región.....	1593

PRÓLOGO

En octubre del año 2000 en Bamberg, la ciudad en la que FEUERBACH había presidido el Tribunal de Apelación desde 1814, Enrique BACIGALUPO pronunció una conferencia sobre las aportaciones de la teoría a la práctica del Derecho penal¹, en la que concluyó, luego de señalar las complejas relaciones de la jurisprudencia con la teoría, con una cita de Hans-Georg GADAMER que podría encabezar la presentación de estos trabajos: «¿Es la teoría, en última instancia, una práctica, como ya apuntó Aristóteles, o es que una práctica, si sólo es humanamente verdadera, es al mismo tiempo siempre teoría?». La cita expresa un punto de partida que es posible considerar como la premisa de todos sus trabajos aquí recopilados. Revela que todos los trabajos que ahora presentamos son el resultado de un esfuerzo por dar a la práctica una sólida base teórica en forma análoga a la idea expresada por KANT, también citada en la conferencia de Bamberg, según la cual «hay una teoría del derecho público, que invalida toda práctica no coincidente con ella».

En esa cita parece reflejarse, además, la propia biografía del autor: porque BACIGALUPO es, sin duda, un jurista teórico que, sin embargo, ha estado permanentemente vinculado a la práctica del derecho, como abogado, como asesor jurídico de la administración del Estado e incluso cuando ocupó el cargo (eminente jurídico) de Procurador del Tesoro de la Nación en Argentina². Luego en España como Letrado del Tribunal Constitucional y, nada menos que durante veinte años, como Magistrado del Tribunal Supremo.

Los presentes volúmenes reúnen los artículos y estudios publicados por Enrique BACIGALUPO a lo largo de poco más de cuatro décadas. Sin embargo, no es ésta la

¹ BACIGALUPO, «Gewicht der heutigen strafrechtadogmatischen Diskussion in der Praxis aus spanischer Sicht», en H.-J. HIRSCH (ed.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, 2001, pp. 208 ss.

² El Procurador del Tesoro es el asesor jurídico del Gobierno, en ciertos casos, su representante ante los tribunales y el Jefe de la Abogacía del Estado.

recopilación de una obra completa, sin perjuicio de que sea «bastante completa», sino la presentación de un momento de una obra en marcha, porque el autor continúa investigando y escribiendo.

Es necesario aclarar, además, que no han sido incluidos todos aquellos trabajos referidos al Derecho procesal y los centrados en el Derecho europeo, que en un futuro espero que puedan ser recopilados. Asimismo, tampoco se han incluido los artículos que aparecen en su reciente libro Justicia penal y Derechos fundamentales³ ni los incorporados en la edición de 2005 de Delitos impropios de omisión⁴; igualmente, aunque en algunos casos se ha incluido la versión castellana de trabajos publicados en revistas alemanas, en general, sin embargo, dichos artículos⁵, se han dejado fuera de esta publicación. Tampoco han sido incluidos los artículos que se refieren a D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, su biografía y sus ideas sobre el Derecho penal, que están publicados como «Prólogo» y como «Epílogo» en la publicación facsimilar de la Teoría Jurídica del Delito (1931) de JIMÉNEZ DE ASÚA. Finalmente no ha sido posible incorporar algunas de sus primeras publicaciones, aparecidas en la revista del Centro de Derecho y Ciencia Sociales y en los Estudios del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Se trata de las recensiones de la traducción al castellano de Carlos FONTÁN BALESTRA y Eduardo FRIKER de La estructura de la teoría del delito de Alexander GRAF ZU DOHNA⁶ y de las monografías de Antonio QUINTANO RIPOLLÉS La falsedad documental, publicada en Madrid en 1952, y Derecho penal de la culpa, aparecida en esa misma ciudad en 1958.

Como teórico BACIGALUPO pertenece a los autores de una generación que renovó la dogmática penal escrita en castellano y su nombre estará siempre ligado a la recepción, en los años sesenta del siglo anterior, de la teoría finalista de la acción de Hans WELZEL como fundamento de la interpretación del Derecho penal positivo, cualquiera que sea la nacionalidad del Derecho interpretado. Jiménez DE ASÚA, que se refirió a él como el «más aventajado de mis jóvenes discípulos»⁷, lo destacó ya al prologar su primer libro, La noción de autor en el Código Penal (Buenos Aires, 1965), donde no olvidó mencionar las simpatías por la teoría finalista de su antiguo discípulo de Madrid, Mariano JIMÉNEZ HUERTA, exiliado en México, ni a José CERESO MIR, que ya había comenzado a investigar y difundir la teoría finalista en España algunos años antes⁸. En la generación receptora del finalismo tuvo también un papel singular Juan BUSTOS⁹ en Chile con su monografía Culpa y finalidad (Santiago de Chile, 1967). La renovación de la dogmática penal de los años sesenta y setenta, sin embargo, fue más amplia que la del movimiento inspirado en el finalismo, pero éste tuvo, aunque sea de forma indirecta, una influencia decisiva en la

³ BACIGALUPO, *Justicia penal y Derechos fundamentales*, Madrid/Barcelona, 2002.

⁴ BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 2.ª ed., Madrid, 2005.

⁵ Así, por ejemplo, BACIGALUPO, «Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht», en *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, pp. 477 ss.

⁶ GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., 1950.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, III, Prólogo.

⁸ CERESO MIR, «El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal», *ADPCP*, 1959, III, pp. 561 ss.

⁹ Recientemente fallecido en Santiago de Chile, el 7 de agosto de 2008.

obra de los autores no finalistas como Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Enrique GIMBERNAT y Juan CÓRDOBA RODA¹⁰, que introdujeron nuevas problemáticas probablemente inexplicables sin tener en cuenta su confrontación con la concepción de WELZEL sobre la teoría final de la acción.

No se debería olvidar el contexto histórico y vital de esta obra, de la que una parte procede de su vida en Argentina y otra muy importante ha sido escrita en Alemania (en 1968-1969, Delitos Impropios de Omisión y donde en 1971-1972, comenzó a reelaborar las relaciones entre la teoría del delito y la pena). BACIGALUPO regresó a Alemania, el país con cuya cultura sigue teniendo una muy estrecha relación, en 1974, cuando comenzó su exilio.

Después de la muerte de Perón, bajo el gobierno aparentemente constitucional de su viuda, María Estela (a) «Isabel» Martínez, con la complicidad de su Ministro José López Rega, se desató la persecución paramilitar de la llamada «Triple A» (Alianza Anticomunista Argentina), apoyada desde el Estado, contra profesores, intelectuales y políticos opositores¹¹. Fue entonces cuando comenzaron los asesinatos selectivos (en alguna ocasión hasta fueron publicadas listas de futuras víctimas adelantadas por algún periódico), los secuestros, las torturas y tuvieron lugar las primeras desapariciones de personas; en una palabra, se estableció subrepticamente el terror y la impunidad de sus autores.

Evidentemente Enrique BACIGALUPO no había pasado desapercibido y la encarcelada cacería que se inició también le tuvo por objetivo. En ese clima de persecución que vivía Argentina en agosto de 1974 tuvo lugar su expulsión de la Universidad de Buenos Aires (sin procedimiento administrativo ni expresión de motivo alguno en la resolución)¹², contra la que protestaron inmediatamente todos los catedráticos españoles de Derecho penal. Evidentemente, la razón inmediata de su expulsión de la Universidad fue, ante todo, haber ocupado el cargo de Procurador del Tesoro de la Nación en el Gobierno constitucional anterior, en el que expuso en diversos dictámenes su convicción sobre la vigencia de la Constitución y la ilegitimidad irremediable de los golpes de Estado, separándose claramente de la jurisprudencia de la Suprema Corte que, desde 1930, legitimaba, con argumentos basados en la teoría de los gobernantes de hecho, los gobiernos surgidos de un golpe de Estado. Se comprende entonces que no bastó con echarle de las aulas y con el hostigamiento al que se lo sometió inmediatamente después. Afortunadamente pudo eludir el amenazante cerco, consiguiendo abandonar Argentina rumbo a Alemania en los primeros días de octubre de 1974. Enrique Bacigalupo no pudo regresar a Argentina, por razones de seguridad personal hasta pasados once años.

¹⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966.

¹¹ La teoría finalista de la acción fue confundida por las Juntas Militares en Argentina y Uruguay con el marxismo, como también ocurrió con las matemáticas «modernas», con el que evidentemente ninguna de las dos teorías tienen la menor afinidad. Un ejemplo de esta reacción inculca es el libro *Dogmática Penal, reformulación y perspectivas*, 1983, de Fernando BAYARDO BENGEOA (Ministro de Justicia de las Juntas Militares genocidas de Uruguay y catedrático entonces de la Universidad de la República), donde se dice, entre otras difamaciones, que «quizás una de las manifestaciones más palmarias de la búsqueda de la politización de la dogmática penal se halla en el finalismo argentino» (p. 28).

¹² La decisión fue declarada nula durante la Presidencia de Raúl Alfonsín.

Desde 1979 hasta hoy su obra se desarrolla en España y tiene una considerable difusión en Europa y en América Latina. En estos años ha pronunciado múltiples conferencias en España, Francia, Alemania, Austria, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Taiwan, así como en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela y ha tomado parte en importantes proyectos de investigación, entre los que se debe destacar los de la Comisión de la Unión Europea para la armonización del Derecho penal en Europa. Sus publicaciones han visto la luz en dieciocho países y en siete lenguas distintas. Su Manual de la parte general, Principios de Derecho Penal, se ha convertido en una de las obras de mayor difusión en América Latina, que incluso ha sido traducida al portugués. Ha sido investido Doctor Honoris Causa por cuatro Universidades.

Ésta es, en consecuencia, una obra en la que es notoria la gran influencia que ha tenido en su autor el hecho de formar parte, día a día, de un tribunal de casación. Nada hay en ella que esté alejado de la realidad, incluso cuando topa, como dijo JHERING, con el cielo de los conceptos. Así pues, Enrique BACIGALUPO también es, sin duda, un jurista práctico.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

CUESTIONES GENERALES

EL ESTADO DE LA CUESTION PENAL (VISTO DESDE LA TEORÍA DE LAS GENERACIONES DE ORTEGA Y GASSET)*

Vivimos tiempos de cambios generacionales impuestos por el Derecho administrativo de las universidades. Es un tiempo de balances y de proyectos futuros. La teoría de las generaciones de ORTEGA Y GASSET es adecuada para configurar el marco de un ensayo de exposición del estado de la cuestión en el Derecho penal y en la filosofía de la pena en el devenir de mi generación. De todas sus explicaciones al respecto, prefiero referirme sobre todo a las de *El tema de nuestro tiempo* (1923), publicado al llegar a los cuarenta años, pues allí se desarrollan puntos sustanciales de su pensamiento y se percibe una verdadera transformación de la filosofía española: la idea de las generaciones, que venía exponiendo desde 1914, se desenvuelve en el contexto temporal del pensamiento y consecuentemente con la distinción entre épocas de «filosofía pacífica» y épocas de «filosofía beligerante», entre «épocas acumulativas» y «épocas eliminatorias y polémicas». La palabra «filosofía» puede ser reemplazada por la palabra «pensamiento». En realidad, son épocas del pensamiento. Es discutible si estas categorías temporales son totalmente contrapuestas o si en una misma época pueden convivir varias actitudes generacionales, pero los conceptos son útiles.

Siempre he pensado que estas nociones de la filosofía de ORTEGA provienen de la reflexión sobre su propia experiencia vital. Él fue un modelo de intelectual español de una gran parte del siglo XX: el intelectual formado fuera de España, principalmente en Alemania y que regresa a España para intentar entender su realidad con categorías de una cultura científica surgida en otro país y expresada en otro idioma.

* Discurso pronunciado en el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset con ocasión de la imposición de la medalla de Doctor *Honoris Causa* por la Universidad del Aconcagua (Mendoza, Argentina). Posteriormente, publicado en *Circunstancia* (<http://www.fog.es/circunstancia/>), año VI, núm. 6, mayo de 2008.

Su paralelo en el Derecho penal fue Luis JIMÉNEZ DE ASÚA: quien también podría haber dicho como ORTEGA: «Yo he anexionado todo el mundo de habla española al magisterio de Alemania» (*Prólogo para alemanes*, publicado póstumamente en 1958).

El tema del tiempo de mi generación de penalistas, la que comienza a participar de la vida científica del Derecho penal en la segunda mitad de los años sesenta del siglo XX, en definitiva, ha sido precisamente el de cómo elaborar la recepción de la cultura jurídico-penal alemana y su aplicación a nuestra realidad. A mi generación correspondió completar la tarea iniciada por JIMÉNEZ DE ASÚA.

Al cabo de los años tengo la impresión de que hemos reflexionado poco sobre esta cuestión. La recepción de una cultura espiritual como la jurídica o la literaria es extremadamente compleja. Se corren peligros no insignificantes. En su exilio de París escribía Heinrich HEINE en 1852: «Los franceses creyeron en el último tiempo haber llegado a una comprensión de Alemania conociendo las producciones de nuestra literatura. A través de ella, sin embargo, se han elevado del estado de total ignorancia al de la superficialidad. Pues nuestras producciones literarias son para ellos sólo flores mudas; todo el pensamiento alemán les seguirá siendo un auténtico dilema indiscifrable mientras no conozcan el significado de la religión y la filosofía en Alemania»¹.

Nuestra problemática ha sido la del jurista que se forma y estudia en Alemania (en algunos casos, como en el mío, no sólo estudia, sino que además vive), y regresa a su propio ámbito cultural. Siempre creí que éste es el gran tema que ORTEGA enfrentó en *Las meditaciones del Quijote*, cuando, recién venido de Alemania formuló la conocida frase de «yo soy yo y mis circunstancias».

En ese libro Ortega planteaba el gran problema de lo que yo llamaría el «intelectual dividido», dividido en una zona categorial y en una realidad supuestamente determinante de las categorías de su pensamiento, en nuestro caso jurídico. El intelectual que piensa con categorías de otra cultura y expresadas en otro idioma del de la propia realidad de su medio cultural. Es claro que ORTEGA percibió el problema del idioma cuando en 1937 publicó un breve ensayo en *La Nación* de Buenos Aires sobre «Miseria y esplendor de la traducción», en el que señalaba que las lenguas se forman en paisajes y experiencias diferentes y subrayaba que «es falso, por ejemplo, suponer que el español llama bosque a lo mismo que el alemán llama *Wald* y, sin embargo, el diccionario nos dice que *Wald* significa bosque». Si desarrollamos la idea hasta el final cabe preguntarse: ¿Es posible ser kantiano o hegeliano en un ámbito que no ha sido ni el de KANT ni el de HEGEL? En una cultura de recepción, todo regreso puede ser una revolución científica: el de ORTEGA, el de JIMÉNEZ DE ASÚA, el de NEGRÍN y, en general, el de la generación del 14 lo fue.

¿Cómo superar esa dualidad? ORTEGA se enfrentó con el prejuicio de las «nieblas germánicas» y la «claridad latina» (*Obras III*, p. 773) que surgía de la obra de MENÉNDEZ PELAYO.

¹ Heinrich HEINE, *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland*, 1.ª ed. 1834, 2.ª ed. 1852, en *Beiträge zur deutschen Ideologie* [Ullstein Buch, 1971, con introducción de Hans Mayer], pp. 1 ss. (9)].

Y concluía: «No hay tales “nieblas germánicas”, ni mucho menos tal “claridad latina”» (p. 773).

Lo ejemplificaba convencido cuando sostenía que en la cultura mediterránea «encontramos sólo dos cimas [ideológicas] capaces de emular las magníficas cumbres de Germania: el pensamiento renacentista italiano y Descartes [...] hemos de reconocer en ellos todas las virtudes, salvo la claridad —dice ORTEGA—. Leibniz o Kant o Hegel son difíciles, pero son claros como una mañana de primavera; Giordano Bruno y Descartes tal vez no sean del mismo modo difíciles, pero, en cambio son confusos» (777).

Pero, como la dualidad de todos modos persiste ORTEGA redefinió la diferencia y reconoció que «para un mediterráneo no es lo más importante la esencia de una cosa, sino su presencia, su actualidad: a las cosas preferimos la sensación viva de las cosas» (779).

Lo nuestro —concluía Ortega— es «sensualismo»: «el predominio de los sentidos arguye de ordinario falta de potencias interiores. ¿Qué es [el] meditar comparado al ver?» (781).

Algunos aspectos de estas ideas pueden haber devenido discutibles. Pero, en lo esencial, siguen siendo, a mi modo de ver, válidas: ¿Cómo meditar allí donde el ver las cosas es preferible al pensamiento sobre las cosas?

Los penalistas de mi generación se enfrentaron a la primera renovación del pensamiento dogmático-penal posterior a la guerra. Es una generación que, como la anterior, creció y se desarrolló en medio de dos culturas. No sé si sobre esta cuestión se había reflexionado suficientemente cuando se elaboraron los planes de la Junta de Ampliación de Estudios. Probablemente faltaron en aquel tiempo las experiencias que hubieran dado lugar a esa reflexión.

Nosotros llegamos al derecho Penal en los tiempos finales de una época, precisamente una época que, en parte al menos, había sido el telón de fondo del pensamiento de ORTEGA Y GASSET y JIMÉNEZ DE ASÚA.

En España y en América se percibía el agotamiento de un pensamiento jurídico dominado por el Derecho penal del positivismo; primero, y por el del neokantismo alemán después, que proponía superar el carácter amorfo del mundo material y definir el objeto a través del método. El tiempo del neokantismo tuvo manifestaciones simbólicas en cuatro obras: la lección inaugural de JIMÉNEZ DE ASÚA en 1931, fuertemente influida por Max Ernst MAYER; la publicación de las notas de RODRÍGUEZ MUÑOZ a la traducción del *Tratado* de MEZGER, el *Derecho Penal* de Antón ONECA de 1949, en cierto sentido, la parte general del Derecho penal de Sebastián SOLER, publicada en 1940 en Buenos Aires. También fueron tiempos dominados por la idea de la pena como prevención especial.

En Alemania, este estilo de pensamiento ya había sido puesto en duda en los años cuarenta y cincuenta: en los años de la discusión en torno a la teoría finalista de la acción de Hans WELZEL, que estaba inspirada en la filosofía y la ética de un compañero de reflexiones filosóficas de ORTEGA en los días Marburg: Nicolai HARTMANN. La tesis de WELZEL, que no aceptó que el método definiera el objeto del

conocimiento y postuló lo contrario, implicaba también una revisión del método del Derecho penal y al mismo tiempo la introducción de nuevos valores que modificaron radicalmente la estructura de la teoría del delito y la concepción de la culpabilidad. También la teoría de la pena se vio afectada: en este terreno la restauración de la retribución fue vista como una forma de huir de los horrores de los que se responsabilizaba al positivismo; la prevención especial como fundamento legitimante de la pena fue seriamente relativizada por los límites que imponía al Derecho penal la dignidad de la persona de KANT y HEGEL, que en los años inmediatamente posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, adquirió singular importancia, especialmente a causa del repudio generado por el genocidio.

Esta visión del Derecho penal estaba en su fase final cuando en la segunda mitad de los sesenta llegaron a Bonn, a Hamburgo, a Heidelberg o a Múnich los penalistas españoles y latinoamericanos de mi generación (entre otros: José CEREZO y Enrique GIMBERNAT desde Madrid; Juan BUSTOS desde Chile; Juan CÓRDOBA RODA, desde Barcelona; Marino BARBERO SANTOS desde Salamanca; Fabio SUÁREZ MONTES, desde Oviedo; Francisco MUÑOZ CONDE, desde Sevilla, y yo mismo desde Buenos Aires).

El sistema de la teoría finalista no fue abandonado, pero sus bases filosóficas dejaron de ser el fundamento del sistema de la teoría del delito. Su teoría de la pena, por el contrario, fue seriamente puesta en duda con la crítica del Proyecto gubernamental alemán de 1962. Cuando el finalismo comienza a difundirse en España y en América, ya era cuestionado en Alemania. Su principal preocupación, la de fijar lo constante de la ciencia jurídica frente a lo relativo y pasajero de la misma, ya no preocupaba especialmente a los penalistas.

Mi generación, fue, por lo tanto, vista desde la perspectiva alemana, una generación de transición y como toda generación de transición su problema central fue el descubrimiento de su norte científico. Pero, desde el punto de vista de la cultura hispanoparlante fue una generación beligerante que tuvo a su cargo la revisión total de la ciencia del Derecho penal de nuestro medio.

Introdujimos nuevos temas y tratamos temas conocidos de otra manera. Nuestra atención se dirigió al sistema de la teoría del delito, al error, a la conciencia de la anti-juridicidad, al principio de culpabilidad, a los delitos de omisión, a la imprudencia, a la autoría y a la participación, pero no dedicamos estudios especiales a la teoría de la pena. Tampoco lo hizo la brillante generación que siguió a la nuestra por las universidades y los institutos alemanes.

Vivimos, en suma, la fase histórico-dogmática que hoy se denomina «postfinalismo». Pero es necesario aclarar que el postfinalismo no es una escuela. Fue un tiempo de difícil orientación teórica y de plurales ensayos.

Entre 1970 y 1990 el marco científico cambió. Nuestro problema fue la política criminal: pasamos de la preocupación por la *lege lata* a otra por la *lege ferenda*. Si la ley penal no es un imperativo categórico, como sostenía KANT, su contenido debe ser una decisión política dirigida a obtener ciertos fines. Queríamos, por lo tanto, saber qué nuevas ideas debían llevarse a cabo en las leyes penales; cómo reformar el derecho penal en el marco constitucional del Estado social y democrático de Derecho.

La salida de una dictadura configuraba un ámbito histórico muy apropiado para esta nueva actitud.

La preocupación por la política criminal, sin embargo, no fue sólo eso; tuvo también una repercusión en el método: en 1970 ROXIN publicó su famoso escrito *Política criminal y sistema del Derecho penal (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem)* en el que retomaba y modernizaba ideas expuestas por RADBRUCH en 1930. Las soluciones dogmáticas debían orientarse —al contrario de lo que sostenían los finalistas— teleológicamente, por lo tanto, a satisfacer el fin de la pena, que básicamente seguía siendo la prevención especial, aunque limitada por la gravedad de la culpabilidad.

En la política criminal en sentido estricto la idea de la resocialización del autor tuvo tanta fuerza que en España fue incorporada al art. 25.2 CE. Pero, lamentablemente, entre nosotros las repercusiones no fueron extraordinarias en la reforma del CP 1995, que no es un código moderno ni mucho menos. Como consigna político-criminal la resocialización del autor del delito se manifestaba en la liberalización de la libertad condicional, de la condena condicional, en los nuevos institutos de terapia social, en la ejecución penal como tratamiento, etcétera.

La redefinición de los límites trazados por el positivismo entre lo social y lo político y lo jurídico, que caracterizó esta época del Derecho penal, fue, en no pocas ocasiones, mal entendida entre nosotros: hubo una cierta tendencia a suponer que implicaba que la legalidad debía retroceder ante las valoraciones que los tribunales consideraran político-criminalmente correctas. Esta tendencia —que borra los límites entre la creación y la aplicación del Derecho— se manifiesta en el recurso, frecuentemente desacertado, al llamado principio del «Derecho penal mínimo». Pero lo cierto es que en sus orígenes nadie sostuvo una tesis semejante, como la que acabo de exponer, y que el tradicional valor de la legalidad no debió ser afectado por las nuevas tendencias de la dogmática alemana.

A partir de 1990 este panorama cambió nuevamente. Al optimismo de los años sesenta siguió el pesimismo. La legitimación de la pena en la resocialización del autor era evidentemente desmentida por los resultados.

Por esta razón en la reforma alemana de los setenta ni siquiera los avanzados penalistas que elaboraron el Proyecto Alternativo en 1966 se habían arriesgado a prescindir de la prisión perpetua o de la custodia de seguridad, aunque en la ejecución de esta medida acentuaron notablemente los aspectos de tratamiento socio-pedagógico intensivo bajo el cambio de rúbrica del internamiento en los institutos de terapia social y admitieron la libertad anticipada para la prisión perpetua.

La nueva actitud, «la variedad de la sensibilidad vital», diría ORTEGA, determinó un cambio que puede ser considerado el gran tema de mi generación y de las dos que le siguieron. Se manifiesta en dos ámbitos diferentes: el de la teoría de la pena y el del sistema de la teoría del delito. Estos temas no son sólo beligerantes respecto de las generaciones pasadas, son también la materia de nuestros desacuerdos. Una generación, podríamos decir, no es un partido, sino un conjunto de opiniones individuales diversas sobre un objeto común.

En el ámbito de la teoría de la pena la teoría de la prevención general positiva redefine la finalidad de la pena: ésta tiene la función de ratificar la norma violada por el autor y poner de manifiesto que esa norma sigue vigente. Sólo ciertas consideraciones superficiales pueden hacer creer que esta nueva concepción excluye el principio de humanidad y alienta una renuncia al tratamiento en la ejecución penal. Sólo se trata de una nueva consideración de la finalidad de la pena, que no excluye la reeducación, en lo posible, del autor del delito.

Quien analice la discusión actual comprenderá rápidamente que esta nueva concepción abre una problemática que permitirá una revisión profunda del sistema penal actual: desde GROTIUS nadie dudó que la pena es un mal que debe sufrir el autor. El problema actual no da por supuesto ni acepta como evidente que la reprobación de la conducta contraria a la norma, la ratificación de la norma vulnerada, legitime, sin más, la aplicación de un mal. En la discusión actual no se cuestiona el reproche; nuestro problema actual es justificar el mal inherente a la pena. Es obvio, por otra parte, que esta concepción de la pena no implica el llamado y mal entendido Derecho penal del enemigo, es decir, como se ha dicho, el «Derecho penal ensuciado por el derecho de policía». En todo caso, el Derecho penal del enemigo no es la propuesta de un programa, sino también una denuncia del estado del Derecho vigente, cuyas instituciones penales tratan en ciertos casos al autor no como una persona culpable, sino como una fuente de peligro para la sociedad. Cuestión aparte es la legitimidad de este Derecho existente.

En el sistema de la teoría del delito el cambio de la fisonomía es notable: las categorías que aprendimos como estudiantes ya no fueron las que enseñamos como jóvenes docentes primero y como profesores más tarde. Las que enseñamos en un tiempo tampoco son las que hoy postulamos. Cuestiones básicas como la distinción entre acciones y omisiones, como la relación de causalidad y la posición de garante han sido fuertemente transformadas por nuevas visiones de la imputación objetiva, que ya no es sólo una teoría de la relación entre la acción y el resultado, sino una teoría de la tipicidad. Los límites entre el dolo y la imprudencia ya no son los mismos. Yo no sé muy bien cómo se resolverán los problemas de la teoría de la justificación con la introducción del principio de proporcionalidad, cómo se armonizará, si es posible, la imputación objetiva con la distinción entre tipicidad y antijuridicidad ni cuál será la configuración futura del concepto de culpabilidad. En suma: el prototipo del delito al que se refiere la dogmática actual no es el del homicidio, las lesiones, el aborto o el daño, es decir, no es el de los delitos «visibles». La dogmática de hoy tiene otro prototipo: el de los delitos «invisibles», como la mayoría de los de la criminalidad económica, por ejemplo. El prototipo del delito de la teoría actual de hecho punible lo constituyen probablemente los delitos imprudentes de omisión .

Permítaseme, para concluir, imaginar ahora explicarle a D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA todo lo ocurrido desde que nos dejó en 1970. Imagino proponerle nuestras cuestiones y las soluciones actuales, nuestra forma de ver las cosas. Creo no equivocarme respecto de su reacción. Me escucharía atentamente. Luego, el hombre erguido que era me miraría fijamente y levantando el arco de su ceja derecha en señal de duda me diría: «¿Está Ud. seguro?» Yo le contestaría: «Don Luis: Ud. me enseñó que en la ciencia no hay conclusiones definitivas».