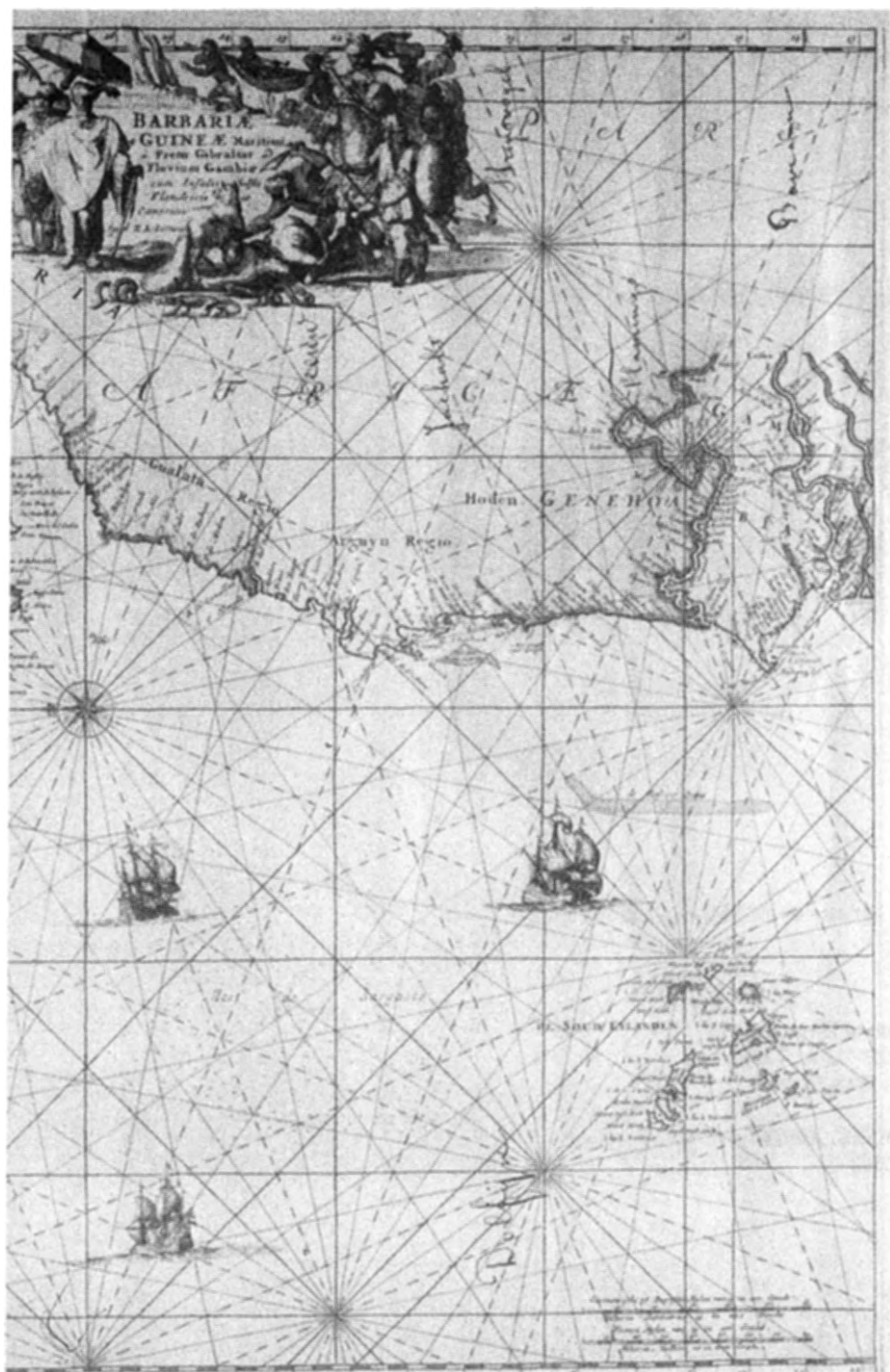


Revista del Foro Canario

83

Las Palmas de Gran Canaria, 1991



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

PRAXIS Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

JOAN J. QUERALT

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA. LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA COHERENCIA COMO NECESIDAD.
- II. CONSECUENCIA: LAS RELACIONES ENTRE DOGMÁTICA Y PRAXIS:
 - 1) Dogmática y crítica.
 - 2) Dogmática y realidad.
- III. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO DEL SISTEMA PENAL.

I. INTRODUCCIÓN: LA COHERENCIA COMO NECESIDAD

A estas alturas del desarrollo de la Ciencia que estudia el Derecho Penal resulta, banal incluso, recrearse sobre algo que, a mi juicio, está ya consolidado: responder a la cuestión de qué es el Derecho Penal, supone dar como respuesta que el Derecho Penal es el sector del ordenamiento jurídico que tiene como misión la protección de determinados bienes jurídicos mediante la prevención de la comisión de hechos punibles⁽¹⁾. En suma, *qué es el Derecho Penal* se responde con el *para qué* sirve el Derecho Penal. Tanto el método de determinación del objeto como la respuesta final parecen hoy en día fuera de cuestión. Ello se debe tanto a una orientación sistemático-teleológica de las ciencias sociales⁽²⁾ como al abandono del monismo retribucionista⁽³⁾.

En efecto, en lo que hace referencia a la determinación del concepto de Derecho Penal se ha pasado de atender a una configuración más bien abstracta, ahistórica y formal, a presentar un planteamiento que tiende a establecer el objeto de los problemas en atención a la función a la que la cuestión planteada tiene que servir. Carece hoy, pues, de sentido suscitar un debate en torno

- (1) Así, ya v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905 (reprint, 1970), pp. 145, 147, 163. Ahora, desde diferentes perspectivas, cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 48; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 91 ss.; el mismo, *Función*, 1982, p. 30; el mismo PG, 1990, p. 75; Arm. KAUFMANN, *La misión del derecho penal* (trad. S. Mir), en *La reforma del Derecho penal II* (S. Mir ed.), 1981, p. 9; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 256, 286; STRATENWERTH, *AT/I*, 1981, p. 35; JAKOBS, 1983, pp. 30, 37 s.; BUSTOS, PG, 1984, p. 39; HASSEMER, *Fundamentos*, 1984, pp. 36 s.; el mismo *Kommentar*, 1990, *intro § 1*, nn. mm. 293 s., 300; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, 1989, pp. 121 s.; CEREZO, 1985, pp. 15 ss.; MAURACH/ZIPE, *AT/I*, 1987, p. 256; WELZEL, *Derecho Penal*, 1987, pp. 15 s.; JESCHECK, 1988, pp. 1 s.; LUZÓN, *ADPCP*, 1989, p. 46; QUINTERO en QUINTERO/MORALES/PRATS, 1989, p. 60; BACIGALUPO, *Principios*, 1990, p. 13; COBO/VIVES, PG, 1990, pp. 31, 247; RUDOLPHI, SK, 1990, *intro § 1*, m. 2. La especificidad de centrar el objeto del Derecho Penal en la misión de impedir —o proteger más bien— de ciertos ataques —los humanos— a ciertos bienes jurídicos es más satisfactoria que considerar que el objeto del Derecho Penal lo constituye la protección del orden jurídico, tal como hacían nuestros clásicos decimonónicos; cfr., así, por ejemplo, SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente*, I, 1903, pp. 63 s.
- (2) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 352 ss.; antes ya v. LISZT, siguiendo a JHERING (*Zweck im Recht* —1877—), como el mismo reconoce, *Zweckgedanke* (n. 1), 1882, pp. 153, 161, 195, n. 2.
- (3) Cfr., por ejemplo, ROXIN, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto alternativo* (trad. J.J. Queralt), en *La reforma del Derecho Penal* (S. Mir ed.), 1980, p. 89; HASSEMER/MUÑOZ CONDE (n. 1), 1989, p. 151; de nuevo hay que señalar a v. LISZT como el iniciador de esta corriente; así cfr. su *Zweckgedanke* (n. 1), 1882, p. 153.

al objeto del Derecho Penal cuando es *communis opinio* que el Derecho Penal está llamado a prevenir la comisión de hechos punibles. El que con esta finalidad convivan otras colaterales o más o menos supervivientes del pasado ⁽⁴⁾ en nada empeece al cambio copernicano operado ya en la sistemática expositiva del propio concepto de Derecho Penal. Otra cosa será —y en la que aquí no se va a entrar— la corrección y coherencia internas de aquellas opciones que junto a la prevención impongan al Derecho Penal el cumplimiento de otros fines, tales como el aseguramiento de la justicia ⁽⁵⁾ o, para situarnos en las antípodas, el aseguramiento del status quo ⁽⁶⁾.

A reservas de lo que haya que entender por prevención, dado que se trata de un término multívoco, basta en estas líneas que fungen de pórtico poner de manifiesto el cambio en el punto de mira metodológico, con sus consecuencias sustantivas, en el aspecto concerniente al concepto del Derecho Penal. Puede ya afirmarse que subrayar el carácter esencialmente preventivo del Derecho Penal ha influido también, aunque no como única causa, en el cambio metodológico de exposición y conceptualización de la teoría del delito, singularmente en aquellos que no comparten las premisas del finalismo ortodoxo y fundacional. Prevención y finalismo tienden a darse la mano, aunque ciertamente no es la única pareja conceptual posible. De esta suerte, prevención y teorías no causales de la acción tienen que andar en común el camino de la creación de los pilares del sistema del Derecho Penal. Así las cosas, la teoría del delito, de origen finalista, dentro de todos los eclecticismos que se quieran, es la que parece casar más cabalmente con la función preventiva del Derecho Penal.

Dicho esto, no obstante, ha de darse un paso más y resituar algunas cuestiones. Aun con la brevedad que se quiere conferir a estas líneas, ha de enfatizarse la *plena correlación* que debe existir entre todos los términos que componen la teoría dogmática del Derecho Penal, si ésta ha de actuar como una teoría global del Derecho Penal. Y, a mi modo de ver, esta teoría global es necesario diseñarla si se entiende, como se entiende aquí, el Derecho Penal como el Derecho del sistema penal y, por tanto, de alcance más amplio que lo que convencionalmente se entiende por Derecho Penal sustantivo.

(4) Cfr., por ejemplo, JESCHECK, ⁴1988, pp. 782 s., donde afirma que la pena es un *concepto complejo* (s.o.) y le asigna una función retributiva de la culpabilidad; en contra de este modo de entendimiento, vid., por ejemplo, LUZÓN, *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, pp. 11 ss.

(5) Una síntesis de los argumentos en contra de que el Derecho Penal pueda suponer la realización de la justicia verlos en MIR, *PG*, ³1990, pp. 75 s.

(6) Cfr. JAKOBS, 1983, pp. 3 ss.

En este contexto me refiero a que no puede operarse con cada uno de los elementos que conforman lo que cupiera denominar teoría del Derecho Penal como si de compartimentos estancos se tratara, sin influencia de unos sobre otros y sin, y esto resulta de la mayor importancia, que las conceptualizaciones y consecuencias derivadas que de un elemento se formulen y obtengan en uno de esos supuestos sirva para otro de los aquí denominados compartimentos. Así, por ejemplo, el concepto de delito que se utiliza en su teoría contiene, según los casos, todos los elementos de la definición beligniana y en otras ocasiones, las más, por delito se expresa exclusivamente el tipo de injusto, es decir, se utiliza el concepto de delito sin las notas de culpabilidad y de punibilidad⁽⁷⁾. Pues bien: dado que mayoritariamente se entiende que el concepto dogmático de delito hace referencia únicamente al tipo de injusto, de esta conceptualización ha de obtenerse alguna consecuencia teórica y práctica para otras secciones de la teoría del Derecho Penal. De este modo, como he propuesto en otro lugar, el crimen al que se refiere el brocardo latino que proclama el principio de legalidad es el tipo de injusto y no el concepto beligniano completo de delito.

Pero no sólo la identidad conceptual ha de preservarse entre las diversas secciones que componen el Derecho Penal, sino que dentro de la misma categoría ésta ha de significar lo mismo. Tomemos como ejemplo el término antijuridicidad en su definición general; si aceptamos como definición de antijuridicidad la contradicción normativa de comportamientos humanos por su capacidad lesiva o peligrosa para bienes jurídicos⁽⁸⁾, ello tiene como consecuencia, ligado a la función preventiva del Derecho Penal, que se adopte un planteamiento ex ante de la antijuridicidad, es decir, un planteamiento en el que la lesión o daño en sí no sea suficientemente relevante para poder hablar de injusto típico, dado que sería necesario que tal daño fuera producto de un comportamiento humano que, al momento de ir a actuar el sujeto, debiera tenerlo presente. Pues bien, si este planteamiento resulta sustentable y preferible⁽⁹⁾, para que pueda hablarse de una concepción sistemáticamente correcta,

(7) Además de MIR, *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, en ADPCP, 1973, pp. 325 ss., cfr., ahora, sobre los conceptos legal y dogmático de delito en BUSTOS, PG, 1984, pp. 176 s.; LUZÓN, *Alcance y función del Derecho Penal*, en ADPCP, 1989, p. 21.

(8) Cfr., por todos, BUSTOS, PG, 1984, pp. 186 s.; OTTO, *Grundkurs*, 1988, p. 55; MIR, PG, 1990, p. 136.

(9) Cfr., con detalle, GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 99 ss.; el mismo, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad* (1971), en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, p. 174, n. 40; Arm. KAUFMANN, *Teoría de las Normas* (trad. E. Bacigalupo/E. Garzón), 1977, pp. 93 ss.; el mismo, en *Welzel-Fest.*, 1974, p. 393; LUZÓN, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 253; STRATENWERTH, AT/1, 1981, pp. 70 s.; MIR, *Función*, 1982, pp. 65 ss.; el mismo, PG, 1990, pp. 142 ss.; BUSTOS, PG, 1984, p. 181; CERREZO, 1985, p. 319; WELZEL, *Derecho Penal*, 1987, pp. 50 s.; QUERALT, *Obediencia debida*, 1986, pp. 377 ss.; OTTO, 1988, p. 165 (antes ya en ZSTW (87), 1986, p. 565); BACIGALUPO, *Principios*, 1990, p. 112; RUDOLPHI, SK, 1990, intro a § 1, n. m. 17.

habrá que concluir que la irrelevancia per se del resultado será determinante para considerar de entre la doctrina y la jurisprudencia quiénes son seguidores consecuentes de este planteamiento y quiénes no, es decir, quiénes requieren la presencia de un resultado, confiriéndole una relevancia capital ⁽¹⁰⁾.

Una piedra de toque al respecto se da con la legítima defensa. En efecto, incluso entre quienes sostienen la configuración de la antijuridicidad que aquí se estima correcta, se afirma que una agresión es ilegítima y, por tanto, engendra la legítima defensa, si el que se ve agredido no tiene por qué soportar el ataque, incluso cuando éste no sea imputable a un comportamiento humano; otro sector, en cambio, es de la opinión contraria: la agresión ilegítima se dice desde la nota de la propia agresión ⁽¹¹⁾. Sin entrar ahora a terciar entre uno y otro planteamiento de la legítima defensa, no deja de ser cierto que sostener simultáneamente la, para entendernos abreviadamente, antijuridicidad ex ante y que procede la defensa cuando no se tenga el deber de soportar la agresión, supone una patente contradicción, pues en cada una de las situaciones se utiliza una concepción contrapuesta de dicha categoría delictual.

Valgan estos dos ejemplos, entre otros que pudieran mencionarse, para poner de manifiesto el intento, que estas líneas exteriorizan, de contribuir a una depuración conceptual. Ahora bien, esta depuración conceptual no lo es l'art pour l'art, sino orientada a la praxis y por ésta demandada. O dicho de otro modo: el edificio formal de la dogmática, si, aun teniendo el debido rigor intelectual, no tiene un horizonte práctico, está condenado al fracaso y no sólo al ostracismo entre los operadores jurídicos.

II. CONSECUENCIA: DOGMÁTICA Y PRAXIS

Llegados a este punto y antes de concluir este exordio a modo de intro-

(10) Así las cosas, entiendo que es totalmente suscribible la posición de MIR, *Función*, ²1982, pp. 67 ss.; el mismo, *PG*, ³1990, pp. 145 s., en el sentido de que el resultado puede condicionar la punibilidad, pero no el injusto, dado que el injusto no está integrado por el resultado; de este modo se marcan las diferencias entre el tipo legal, que sí incluye el resultado en la medida en que incluye todos los elementos relevantes para la punición de un hecho, y el tipo de injusto que contiene sólo lo que es susceptible de prohibición: la conducta humana; cfr., en sentido similar, STRATENWERTH, *AT/I*, ³1981, pp. 69 s.; BACIGALUPO, *Principios*, ²1990, p. 102. Por su parte, MAPELLI, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, 1990, p. 93 —siguiendo a JAKOBS, 1983, p. 274 (ahora, ²1991, pp. 337 ss.)—, no considera que dichas condiciones formen parte del tipo legal penal, dado que parece criticar la imposibilidad de inclusión dentro del tipo de injusto dogmático, pues habla de *falta de significación penal de la imputabilidad subjetiva* (p. 91, s.o.).

(11) Con todo detalle, vid., LUZÓN (n. 9), pp. 200 ss.

ducción a lo que considero abarca el concepto de Derecho Penal, debo poner el acento sobre la idea central del párrafo anterior: *la relación entre pensamiento dogmático y práctica*. Ciertamente, ésta será siempre una relación llena de conflictos y, quizás, de no pocos malentendidos. Lo que está fuera de toda duda es la mutua necesidad de ambas facetas del quehacer humano. Típica obviedad es afirmar la necesidad de que la praxis disponga de un instrumentarium teórico y conceptual que le permita afrontar razonablemente el caso concreto; por otro lado, no es menos cierto —aunque esto, en ocasiones, se olvide— que no sólo ha de hacerse justicia en el caso concreto, sino que se ha de ser coherente con los casos análogos que el operador tenga, haya tenido o vaya a tener planteados ante sí o conozca que otro operador se encuentre, se haya encontrado o vaya a encontrarse ante situaciones igualmente análogas. La interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) así como, en buena medida, el principio de igualdad (art. 14 CE), imponen al operador tal coherencia consigo mismo y con el resto del sistema; en el bien entendido que el disenso o el autodisenso, si es advertido y, además, razonado y razonable, resultará inatacable⁽¹²⁾. No menos tópico y obvio resulta recordar que la dogmática, a diferencia de las ciencias exactas y formales, requiere de justificación, justificación que se computa en atención a su capacidad de conocer la realidad que se ventila ante los operadores y en su capacidad consecuente de formular vías de solución.

Pudiera objetarse desde posiciones, entiendo que acastilladas en la tradición, que la dogmática no necesita justificarse por su rendimiento, sino sólo por su profundidad y coherencia, es decir, por lo depurado de sus construcciones y por su pureza sistemática, que ha de ser ajena a contradicciones internas. Sin embargo, tal posible crítica sucumbiría a un doble orden de objeciones: por un lado, se pasaría por alto el carácter mismo de la dogmática como pensamiento problemático y, de otro, no se habría reparado en el carácter no formal, sino práctico del Derecho y, consecuentemente, de la Ciencia que lo estudia.

1) Dogmática y crítica

En relación a la primera de las dos eventuales objeciones, ha de afirmarse que, pese a su denominación y origen, la Teología⁽¹³⁾, la dogmática puede

(12) Cfr., por todas, SSTC 125/1986 —f.j. 1—, 27/1988 —f.j. 2—; vid., también, con un resumen de posiciones, OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, 1989, pp. 89 ss., REQUEJO PAGÉS, *Juridicidad, precedente y jurisprudencia*, en *REDC* (29), 1990, pp. 229 ss.

(13) Cfr. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, 1973, p. 7; LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. I. de Otto), 1983, p. 17; por su parte,

ser entendida como una manifestación del pensamiento problemático. En efecto, la dogmática jurídica, a diferencia de la dogmática teológica, no busca el establecimiento de verdades o dogmas, y que, de otra parte, tienen que ver con la verdad revelada, sino que es el instrumento intelectual más refinado que poseemos para abordar el estudio, ordenación y crítica del Derecho Positivo. Y no puede ser objeto de la dogmática jurídica la formulación de verdades, toda vez que su método es el razonamiento y su objeto es un mundo normativo, producto también de un comportamiento intelectual y que, por tanto, no es susceptible de verificación empírica sino de convencimiento. De ahí que no siendo propiamente el Derecho un objeto empíricamente mensurable o abordable, la actividad intelectual que pretende dotar su estudio y, por ende, como se verá más abajo, su practicidad de sistemática, está directamente abocada a la crítica del sistema jurídico vigente en cada momento de las soluciones ofrecidas. Esta vertiente crítica de la dogmática jurídica, que pasa frecuentemente desapercibida, resulta, a mi modo de ver, fundamental⁽¹⁴⁾.

Ello se debe a que el método de ordenación que emplea la dogmática no es otro que el del razonamiento. Dado que sus afirmaciones, o mejor dicho, sus conclusiones, no pueden ser, por lo general, demostradas empíricamente, sólo la capacidad de convicción mediante unas reglas de razonamientos que excluyan torcimientos del mismo y fomenten su controlabilidad externa puede ser admitida⁽¹⁵⁾. No se trata, pues, de razonamientos falsos o verdaderos, sino de razonamientos absurdos, convincentes o más convincentes. No es éste, desde

(...) NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1974, p. 17, al recordar que el dogma tiene que ver con la fe; sin embargo, como acertadamente señala ZULETA PUCEIRO, *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, 1981, p. 14, cada etapa histórica tiene su propia dogmática, y la actual se encuentra ligada al positivismo (*op. cit.*, pp. 15 ss.; NINO, *op. cit.*, pp. 21 ss.; aunque, ciertamente, como modo de sistematización arranca de la Escolástica medieval; así MEYER-CORDING, *op. cit.*, p. 9), habiendo perdido su carácter de intento de racionalizar la verdad revelada para los creyentes.

(14) Vid., al respecto, STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, 1953, pp. 104 ss.; GARCÍA-PABLOS, *Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico*, en *RGLJ* (1981), p. 150. De ahí cabe seguirse que las conclusiones a las que llega el dogmático pueden divergir de las de otro, siendo esta divergencia una consecuencia del pluralismo actual; así, MEYER-CORDING (n. 13), 1973, p. 18. De este modo, las críticas a la dogmática por pretender presentarse como un instrumento neutro, dejan de tener sentido si el dogmático descubre todas sus cartas; vid., un resumen de estas críticas en GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* (1971), en *Estudios*, 31990, pp. 158 ss.; LAMARCA, Posibilidades y límites de la dogmática penal, en *CPC* (33), 1987, pp. 532 ss.; por ello MIR (*Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 301 ss., *Dogmática creadora y política criminal*, en *RJC*, 1978, pp. 661) exige la explicitación del fundamento político del dogmático.

(15) Cfr. MIR, *Sobre la posibilidad y límites de una Ciencia social del Derecho Penal*, en *Derecho Penal y ciencias sociales* (S. Mir ed.), 1982, p. 22; ALEXV, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza/I. Espejo), 1989, p. 253.

luego, el lugar para entrar en la discusión de la teoría de la argumentación; sin embargo, sí ha de resaltarse algo de extremo interés: a la vista de que un razonamiento puede ser desbancado o corroborado por otro razonamiento, *la conclusión obtenida siempre es frágil y provisional*. Y lo es hasta tal punto, tal ha de ser la modestia del dogmático, que ni tan sólo de verdades provisionales, al modo en que se habla en el mundo de las ciencias experimentales, puede hablarse en dogmática jurídica. Incluso, las ciencias formales, como las matemáticas, que no requieren de verificación empírica, pueden ver desplazadas sus hipótesis por otras nuevas basadas, eso sí, en nuevos cálculos, es decir, en procesos plenamente formalizados que permiten un control extrasubjetivo independiente de la empatía del operador ⁽¹⁶⁾. Esto, desde luego, no ocurre con las formulaciones dogmáticas, en las que, junto a la mejor o peor calidad de los razonamientos empleados, la empatía del receptor del mensaje que contiene el razonamiento es esencial para la creación del consenso. Éste, no se olvide, incluso en el ámbito científico, es fruto primigenio de un concierto de voluntades y no tanto de calidades intelectuales.

Siendo, pues, tan frágil la conclusión dogmático-jurídica, no puede extrañar a nadie que tanto en su formulación como en la propuesta de superación de una nueva conclusión el *pensamiento problemático* represente un papel preponderante, dado que estamos siempre ante cuestiones permanentemente abiertas: fluidez —o, según se mire, inestabilidad— que es hija, también, del hecho de la propia fluidez del ordenamiento jurídico y de los procesos sociales en los que incide o ha de incidir. La vía por la que ha de entrar la problematización de las conclusiones obtenidas es la de la crítica, es decir, enjuiciamiento y ponderación, del ordenamiento objeto de estudio, entendiendo por ordenamiento algo —si no vivo, que es mucho decir—, sí dinámico; por tanto, las resoluciones judiciales habrán de ser consideradas en idénticos términos, es decir, críticamente, a como lo son las normas legales en la medida que aquéllas cierran puntualmente el programa que éstas configuran.

2) Dogmática y realidad

Otra razón a la que se aludía más arriba para no dejar de abogar en favor de la validez del método dogmático era su *conexión ineludible con la realidad*;

(16) Lo decisivo es, pues, la posibilidad de generar consenso; cfr. MEYER-CORDING (n. 13), 1973, p. 20: el consenso mismo sustituirá a la Ley (p. 19), que es a quien corresponde guiar los problemas sociales; sin embargo, la dogmática tiene función de ayuda para quien, en definitiva debe tomar la decisión, es decir el juez (p. 18). O lo que es lo mismo, la diferenciación de soluciones enriquece la decisión a adoptar; así, LUHMANN (n. 13), 1983, pp. 40/1.

y con ello, además, daremos respuesta a la segunda posible objeción a una dogmática orientada a la praxis.

La razón de que esta orientación sea obligada y no una opción censurable reside, a mi juicio, en el objeto mismo de la dogmática. Éste no es otro que el ordenamiento vigente; y el ordenamiento jurídico, en tanto que realidad social, es un objeto fluido, variable, flexible y en constante modificación: es todo lo contrario de un fenómeno estático y permanentemente invariable. Ello tiene como consecuencia que el dogmático al encarar una determinada institución deba, no sólo analizar su vertiente formal, es decir, el conjunto de reglas que la norma, sino, además, su vertiente de plasmación real, es decir, su desarrollo ante los tribunales u otros operadores jurídicos. Ahora bien, dado que los tribunales confrontan retazos de la vida real misma con el ordenamiento preexistente, no es de extrañar que, superada la estabilidad normativa que subsiguió a la codificación y reconocida la inestabilidad social, que hace del conflicto el motor de la sociedad, el legislador sea mucho menos remiso a actuar que antes y dé respuestas constantes, en ocasiones de modo casi interactivo, o en otras se mantenga y porfíe en su silencio o formulaciones vituperadas —lo cual es indudablemente una respuesta, poco clara y tácitamente polisémica, pero respuesta al fin y a la postre—. Con lo cual, *si el propio objeto de estudio y de sistematización es cambiante, sería un absurdo intentar diseñar una dogmática que no fuera igual de flexible y sensible a la fluidez de su objeto*. Y es más: ante esta mutación normativa —legislativa⁽¹⁷⁾ y jurisprudencial⁽¹⁸⁾— sería censurable que el científico del Derecho no confeccionara sistemas útiles para el encauzamiento de las demandas sociales, entiéndase de aquellas demandas que suponen un desarrollo del sistema jurídico-social, no su amputación o vuelta atrás.

Así las cosas, la ineluctable relación del *sistema teórico* con la realidad social hace que aquél deba ser sometido a una *evaluación de su rendimiento*. Y ello es así, por la sencilla razón de que supondría un contrasentido la creación

(17) El que haya que legislar sobre nuevos aspectos sociales, es decir, el que nos hallemos ante una laguna, es una cuestión que no puede i) afirmarse apodícticamente e ii) el recurso al Derecho Penal, caso de existir la laguna, no es a fortiori el mejor remedio; nos hallamos, en una palabra ante la huida hacia el Derecho Penal. A este respecto, y en relación con la última reforma sufrida por el CP, la LQ 9/1991, sobre tráfico de influencias, hay que preguntarse si todos los tipos reformas y/o introducidos eran necesarios desde un punto de vista sistemático y si, desde una perspectiva político-criminal no era más correcto acudir a otros mecanismos de transparencia en la gestión pública.

(18) La mudanza jurisprudencial, si por tal se entiende la casacional es, por demás, muy significativa cuando se carece de criterio respecto al significado del propio precedente y a la interdicción de la arbitrariedad; recuérdese, a este respecto, recientes resoluciones sobre accesos carnal intimidatorio que han recibido varias calificaciones, en principio, contrapuestas.

de un instrumentarium intelectual exclusivamente teórico, es decir, formal, elaborado a partir de un objeto esencialmente práctico como es el Derecho. De todo lo dicho, pues, se deduce, en mi opinión, *una exigencia de rentabilidad social al pensamiento teórico*. Ello no supone, claro está, que toda construcción doctrinal haya de tener un reflejo práctico; ello es literalmente imposible, a la par que innecesario e indeseable. Lo que se pretende derivar de lo antedicho es que la mera construcción teórica en sí misma resulta poco satisfactoria si no tiene en su origen o como meta echar luz sobre un problema real y no un metaproblema o cuestión exclusivamente especulativa. Esa tendencialidad práctica, entiendo, ha de estar presente en cualquier construcción dogmática por elevado que sea su nivel teórico, puesto que, de lo contrario, no podrá incidir en la transformación del ordenamiento, ya sea en el nivel legislativo ya sea en el nivel jurisprudencial.

III. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO DEL SISTEMA PENAL

Visto lo que antecede, me parece consecuente no limitar, de entrada, el ámbito normativo que debe ser calificado de Derecho Penal, es decir, lo que convencionalmente se entiende por Derecho Penal objetivo o *ius poenale*.

En efecto, si bien más abajo habrá que centrarse en el concepto académico que en España se le da al Derecho Penal, no es menos cierto que si tal no se aborda desde la perspectiva más amplia de la normativa del sistema penal, se corre el riesgo de incurrir en un formalismo excesivo, desligando de la realidad la concepción de las diversas instituciones que forman el Derecho Penal en su vertiente académica.

Aunque hayan de ser tomadas cum grano salis los intentos de introducir en el sistema jurídico lo que lato sensu cabría calificar de parámetros sociológicos, dado el riesgo de desdibujamiento de las garantías que comportaría, no es menos cierto que el Derecho forma parte de los sistemas sociales, en la medida que coadyuva a la dinámica de la convivencia comunitaria con su pretensión de regular y solventar desde parámetros de justicia las relaciones y los conflictos interpersonales y, por decirlo de un modo gráfico, orgánico-políticos. Siendo así las cosas, el Derecho Penal, desde el punto y momento en que versa sobre la protección de bienes individuales y colectivos esenciales, y desde el punto y momento que lo hace afectando bienes personales de pareja intensidad, es el sector jurídico que más fácilmente cabe entender sensible a su función social.

A la vista de ello no es de extrañar que empiece a ser moneda común el que, no sólo monografías o artículos científicos, sino también los manuales y tratados de nuestra disciplina, inserten el Derecho Penal como un elemento —no interesa ahora la importancia que se le atribuya dentro del conjunto— que integra lo que se denomina, tan plástica como vaporosamente, control social ⁽¹⁹⁾. Ahora bien, la significación de esta resituación del Derecho Penal dentro de la epistemología social, en sí misma interesante mientras no comporte un desleimiento del haz de garantías tan trabajosa como secularmente confeccionado, debe traducirse en el abandono de un enfoque poco interdisciplinario del objeto de estudio.

No me refiero a que resultaría impensable abordar el estudio dogmático del Derecho Penal sin contar con el concurso imprescindible de la Criminología, de la Sociología e, incluso, de la Criminalística, o de otras Ciencias Sociales como la Psicología Social, la Economía Política o Financiera, sino que al insertar el Derecho Penal dentro del subsistema de los controles sociales formalizados ⁽²⁰⁾, cabe esperar un replanteamiento del concepto tradicional del Derecho Penal. La *interdisciplinariedad*, que es del todo indispensable, no opera el cambio al que se alude aquí, porque permite, pese a todo, seguir considerando el Derecho Penal, al modo habitual, como Derecho formalmente destinado a determinar las penas y los delitos. Sin embargo, al inscribir el Derecho Penal dentro de los mecanismos de control social se opera una mutación significativa en el propio concepto de este sector del ordenamiento jurídico; en efecto, pasa

(19) Sobre el sistema de control social en el que se incluye el control formalizado que presenta el Derecho Penal, cfr., por todos, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción* (n. 1), 1989, pp. 113 ss.; con amplias referencias bibliográficas.

(20) Sin ser éste el lugar para polemizar respecto a las diversas concepciones de lo que haya que entender por control social (vid., desde una perspectiva crítica, BUSTOS, *Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*, en BERGALLI y BUSTOS dirs., *El pensamiento criminológico*, II, 1983, pp. 11 ss. (32); MUÑOZ CONDE, *Control social y Derecho Penal*, 1985, pp. 37 ss.), lo cierto es que en todo caso aquél se presenta como el fruto de Leviatán omnipotente e inaccesible, que, en definitiva, reduce a los hombres a la calidad de peones, o lo que es peor, de juguetes. Ciertamente existen motivos y experiencias personales más que sobradas para pensar y argumentar así; pero no es menos cierto que, paradójicamente, la formalización y normalización del poder comporta un acceso inusitado —e impensable hace pocos lustros— de esos mismos peones o juguetes a las instancias sociales de control, es decir, del poder. El entrecruzamiento social es tan complejo que las explicaciones lineales tienen cada vez menos peso en cuanto se desprenden —las que alguna vez la tuvieron— de su brillantez formal. O dicho de otro modo: *el tema no es el del control social, sino de quién controla al control social*: si se produce, con todas las insuficiencias que se quiera, pero se produce, una interacción entre controladores y controlados, la carga, ciertamente poco grata que hace del control social un estigma, puede empezar a ser entrevista de otro modo.

a primer término el *Derecho del sistema penal*, es decir, el Derecho que contempla los delitos y las penas como un todo social.

De esta suerte, lo que se entiende tradicionalmente por *ius poenale* sólo constituye una parte, la central ciertamente, que sateliza las demás, pero no la única. Así las cosas, la denominación Derecho Penal cabe ser utilizada en *dos acepciones*, una *amplia* y referida al Derecho que regula el sistema penal, y otra *estricta* o tradicional que se refiere, exclusivamente, a uno de los elementos de dicha esfera normativa ⁽²¹⁾. Ello nos lleva a que bajo el rótulo de Derecho Penal, en sentido amplio, haya de acogerse, no sólo al Derecho Penal en sentido estricto, sino al Derecho procesal penal, al Derecho policial y al Derecho penitenciario, como mínimo ⁽²²⁾.

Ciertamente, saber *qué se castiga* y *con qué*, siendo esencial, se presenta como insuficiente para establecer cuál es la respuesta jurídica al delito, al menos frontalmente. Es también necesario saber *cómo*, es decir, sirviéndose de qué métodos, se castiga, y cómo se seleccionan las conductas típicas en la práctica. De lo contrario no obtendremos una imagen realista del sistema jurídico que se opone al delito, con lo que, al descuidar otros sectores normativos interdependientes, se corre el riesgo de actuar en el vacío y caer en el formalismo, por más que las construcciones dogmáticas sean, desde el punto de vista conceptual, dignas de elogio.

En suma, si el Derecho constituye un sistema más o menos logrado de reglas prácticas para solventar conflictos y encauzar la convivencia desde perspectivas valorativas, es decir, desde la pretensión de justicia, la Ciencia que lo estudie, tanto en su conjunto como sectorialmente, no puede desprenderse de esa nota de vocación de practicidad. Y esta nota viene dada no, como ya se ha anunciado antes, por la obligación de ofrecer siempre y en todo momento soluciones hácibles ante problemas concretos, sino teniendo en el punto de mira que el Derecho Penal, tanto en sentido amplio como restringido, es la respuesta

(21) Vid., con toda claridad, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989 (n. 1), pp. 122 ss., 133 ss.; sobre la importancia del Derecho policial dentro del sistema penal, vid. BUS-TOS, *El control formal: policía y justicia. La instancia policial*, en *El pensamiento criminológico*, II, 1983 (n. 20), pp. 65 ss.

(22) Y digo como mínimo, puesto que, como por otro lado resulta obvio, no son impensables incursiones o entrecruzamientos con otros sectores normativos como el Derecho Civil (inimputables, menores, su acogida, guarda y custodia, tanto como prevención del delito como consecuencia del mismo, resulten aquéllos o no sus sujetos activos); Derecho social (prestaciones, contribuciones a la inserción social —educación especial o no, de recuperación, vacaciones, alojamientos, rehabilitación—); Derecho administrativo (reordenación y rehabilitación urbana, concesión de licencias y permisos para determinadas actividades, consumo); etc.

estatal a una conducta disfuncional socialmente que calificamos normativamente de delito ⁽²³⁾. Desde este punto de vista, el Derecho Penal debe de estar orientado —y la Ciencia que lo estudia y desarrolla con igual o mayor interés— a ese nuclear fin. De ahí que un planteamiento exclusivamente formal de la asignatura esté destinado al fracaso: ni motivará su desarrollo académico ni tendrá relevancia social digna de interés.

Dicho lo que antecede, puede abordarse al modo académico tradicional el concepto del Derecho Penal. Abordar en profundidad una teoría del concepto del Derecho Penal global, del que aquí se parte, supondría un esfuerzo que resultaría desproporcionado a los efectos que este trabajo ha de servir.

(23) La colaboración por íntima que sea entre la ciencia del Derecho Penal y otras ciencias sociales no debe pasar por alto que lo que es delito lo determina el Derecho Penal y que sólo es lo que puede ser considerado delito; otra consideración sería constitucional y científicamente errónea. Ello no quita para que el legislador tenga en cuenta los análisis de la desviación para formular sus prescripciones legislativas, tanto en el sentido de ampliar como de reducir el catálogo de tipos penales.