

ARIEL DERECHO

Serie Derecho Penal

Asesor

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

315,46
B582 md
7389

39100 30 8436 970 3936

5

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

MANUAL DE DERECHO PENAL

Parte general

3.^a edición aumentada, corregida
y puesta al día



EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL OBJETIVO

1. Denominación. 2. Concepto y discusión del contenido: a) Medidas de seguridad posdelictuales; b) Predelictuales. 3. Las normas penales: a) Teoría monista; b) Teoría dualista; c) Teoría pura del derecho; d) Estructura del sistema jurídico y de la norma: d a) Hart; d b) Callies. e) Génesis de la norma: e a) Teoría del consenso; e b) Teorías del conflicto. f) Resumen conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA. *Lit. española:* BACIGALUPO, Enrique (1978): Significación y perspectivas de la oposición «Derecho Penal-Política Criminal», en RIDP, n.º 1; — (1986): La función del concepto de norma en la dogmática penal, en Rev. Fac. Do. Univ. Complutense de Madrid; BARBERO SANTOS, Marino (1978): La reforma penal española en la transición a la democracia, en RIDP, n.º 1; MUÑOZ MARINO, Ignacio (1977): Sanción penal y política criminal, Reus, Madrid; MUÑOZ CONDE, Francisco (1983): Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español, en Estudios Penales y Criminológicos, VI; — (1983): Medidas de seguridad en la reforma de 1983, en la PANCP: ¿monismo o dualismo?, en RFDM 6; — (1985): Derecho Penal y control social, Fundación universitaria de Jerez; PERIS RIERA, Jaime Miguel (1988): Aproximación a la victimología. Su justificación frente a la criminología, en CPC 34; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1980): Reflexiones sobre el monismo ante el proyecto de Código Penal, en La Reforma penal y penitenciaria, U. Stgo. Compostela; ROMEO CASABONA, Carlos María (1986): Peligrosidad y derecho penal preventivo, Barcelona, Bosch; TERRADILLOS, Juan (1981): Peligrosidad social y Estado de Derecho, Akal, Madrid; VIVES ANTÓN, Tomás (1986): Constitución y medidas de seguridad, en PJ n.º 3

Lit. comparada: ANCEL, Marc (1981): La Défense sociale nouvelle, 3.ª edic., Cujas, París; BIERLING, E. R. (1877): Zur Kritik der juristischen Grundbegriffen, II, Gotha; CALLIES, Rolf-Peter (1974): Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Fischer, Frankfurt a. M.; CHAMBLISS, W. J.: A sociological Analysis of the law of Vagancy, en Social Problems, n.º 12; DAHRENDORF, Ralf (1974): Pfade aus Utopia. Zu einer Neuorientierung der soziologischen Analyse, en Pfade aus Utopia, Piper, München; DURKHEIM, Emile (1967): De la division du travail social, 8.ª edic.; FERNECK, Hold v. (1903): Die Rechtswidrigkeit, t. I, Jena; HAFERKAMP, Hans (1980): Herrschaft und Strafrecht. Theorien der Normenstehung und Strafrechtssetzung, Westdeutscher Verlag, Opladen; HART, H. L. A. (1962): Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis (traduc. Genaro Carrió), Depalma, Buenos Aires; — (1980): El concepto de Derecho (traduc. Genaro Carrió), Editora Nacional, México; HERNÁNDEZ, Tosca (1977): La ideologización del delito y de la pena, U. Central Venezuela, Caracas; HIRSCH, Hans-Joachim (1960): Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn; KAUFMANN, Armin (1954): Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Otto Schwartz, Göttingen (versión castellana Bacigalupo y Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1978); Kelsen, Hans (1960): Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, 1923, Neudruck Scientia, Aalen; — (1934): Reine Rechtslehre, 1.ª edic.,

Leipzig und Wien; — (1960): *Reine Rechtslehre*, 2.ª edic., Wien; LUHMAN, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, I, Rororo Hamburg; — (1974): *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz; MAIER, Julio (1980): *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires; MAYER, Max Ernst (1903): *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau; MERTON, Robert (1964): *Teoría y estructuras sociales*, Fondo Cultura Económica, México; NOVOA MONREAL, Eduardo (1987): *Cuestiones de Derecho Penal y Criminología*, Conosur, Santiago de Chile; PLATT, A. (1969): *The Child Savers: The Invention of Delinquency*, Chicago; POPITZ, Heinrich (1968): *Prozesse der Machtbildung*, Mohr, Tübingen; RADBRUCH, Gustav (1930): *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, t. I, Mohr, Tübingen; SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1985): *Sistema Penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá; SCHNEIDER, Hans Joachim (1988): *La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal*, en CPC 35; SCHUMANN, Karl F. (1974): *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer konflikttheoretischen Kriminologie*, en *Kritische Kriminologie*, Juventa, München; PARSONS, Talcott (1967): *Ensayos de Teoría sociológica*, Paidós, Buenos Aires; THON, August (1878): *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar; WALDMANN, Peter (1979): *Zur Genese von Strafrechtsnormen*, en *Kriminologisches Journal*, n.º 2; WEINBERGER y otros (1977): *Société et perception des comportements déviants incriminés*.

1. DENOMINACIÓN

La historia del derecho penal no ha sido pacífica ni siquiera en lo referente a su denominación. Primitivamente se hablaba de *ius criminale* o *ius poenale*. En Alemania al deslaminar estos vocablos se empleó las voces «Kriminalrecht» y «*peinliches Recht*», lo cual denotaba diferentes significaciones respecto del derecho penal. «*Peinlich*» hacía referencia a la idea de expiación y expresaba la confusión existente entre religión y derecho, entre pecado y delito, problema que subsiste todavía en muchas sociedades actuales (así, hay países que no pueden suprimir totalmente la pena de muerte, pues ella va ligada a una disposición religiosa, por ejemplo del Corán). En cambio, «Kriminalrecht» tenía un sentido más descriptivo, pues englobaba todas las disposiciones referentes al crimen.

Posteriormente se populariza la expresión derecho penal, en especial con la promulgación del Code Pénal francés de 1810, en que se intenta una caracterización de este derecho por su nota más específica: la pena. Con ello se abandona un criterio puramente descriptivo (*ius criminale*, *Kriminalrecht*, derecho criminal), que tenía un carácter omnicompreensivo (por ejemplo abarcaba también el derecho procesal penal, así en España el «Plan de Código Criminal de 1787»), por uno sustantivo, pero sin caer en una interpretación determinada, como sucedía con la denominación «*peinliches Recht*», que daba a la pena un sentido de expiación.

No tiene mayor fundamentación alguna opinión en el derecho comparado (Maurach-Zipf, Str., p. 3) de que el cambio de terminología de derecho criminal a derecho penal va ligado al paso del estado absoluto al estado de derecho, ya que hoy se sigue utilizando la voz derecho criminal cuando se quiere dar una acepción descriptiva (así en el derecho francés) y, por otra parte, también Feuerbach, que sentó los principios de un derecho penal liberal, utilizaba no obstante la expresión derecho criminal. Más aún, hoy los autores tienden a utilizar la denominación derecho penal *criminal* para establecer la diferencia con el derecho penal administrativo, con lo cual la palabra criminal adquiere una connotación sustancial, aunque sea sólo cuantitativamente, en el sentido que la pena criminal es más grave que la administrativa, que se transmite al respectivo presupuesto (el delito en el primer caso, la infracción en el segundo).

El quiebre más importante en la denominación se produjo con la escuela positiva italiana a fines del siglo XIX, que al negar los conceptos de delito y pena y reemplazarlos por los de delincuente y medidas de seguridad, introdujo como denominación amplia sustitutiva

del derecho penal la de defensa social. En España asume estos planteamientos, pero con originalidad, Pedro Dorado Montero, quien por ello intitula su obra principal «Derecho Protector de los Criminales». Dentro de esta tendencia el legislador cubano de 1936 denominó al código «Código de Defensa Social». Sin embargo, si bien la escuela positiva italiana tuvo una enorme trascendencia y a partir de ella se acogen en todas las legislaciones las medidas de seguridad, fracasó en sus intentos de suprimir el derecho penal. Uno de sus representantes más importantes, Enrique Ferri que denominó su obra postrera «Principios de Derecho Criminal», trató de conjugar en ella los planteamientos propios del positivismo naturalista sociológico con la sistemática propia de la dogmática jurídico-penal. Por otra parte sus continuadores más cercanos, los partidarios de la «Nueva Defensa Social», encabezados por Marc Ancel, aceptan el derecho penal, aun su denominación, aunque sólo sea por lo habitual de ella, si bien como es lógico preferirían la de «derecho criminal» (Ancel, p. 18 y n.º 2), en cuanto aquí criminal hace referencia al sujeto delincuente.

En definitiva ha predominado la denominación de derecho penal, y las tendencias opuestas más recientes no han tendido a su sustitución, sino más bien a una renovación de su contenido, así claramente en el caso de la nueva defensa social y de la política criminal en general.

2. CONCEPTO Y DISCUSIÓN DEL CONTENIDO

El derecho penal puede considerarse desde un punto de vista objetivo, es decir, como sistema normativo, o bien, subjetivo, como potestad del Estado.

El derecho penal objetivo se puede definir como *aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad*.

El derecho penal objetivo tiene pues una finalidad de carácter sistemático, es decir, dar un desarrollo y explicación coherentes y racionales, con pretensión de validez universal, a las reglas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable (delincuente) y a las penas y medidas de seguridad. De ahí que uno de los aspectos básicos del derecho penal sea el referido a su estructura normativa, esto es, a la naturaleza y carácter de las reglas jurídicas que lo componen, sobre lo cual ahora no nos detendremos (vid. párr. 3).

La doctrina penal ha tendido desde v. Liszt (Tratado, I, p. 1) hasta ahora, así Welzel (D. P., p. 30/31), Cobo y Vives (D. P., p. 25, 27), Rodríguez Devesa (D. P., p. 10), a poner como exclusivo eje de sus consideraciones la acción o bien el hecho delictivo, con lo cual el sujeto queda absorbido por su realización, cosificado; y ciertamente las penas o las medidas no se imponen a actos o hechos, sino a sujetos. El derecho penal no puede quedar «reducido a la teoría del delito y de la pena, sino que entre estos dos términos hay un ámbito que ha quedado atrofiado en la dogmática clásica y neoclásica, esto es, lo relativo al individuo o mejor dicho al delincuente» (Bustos, Bases, p. 113). Para la dogmática tradicional el sujeto responsable (delincuente) aparece bajo una de las características del hecho (o acción) delictivo (el delito), esto es, la culpabilidad, con lo cual resulta totalmente minimizada su trascendencia dentro del problema penal. Ello resulta todavía peor cuando se sostiene la supresión de la culpabilidad y su sustitución por ejemplo por la necesidad de la pena, conforme a criterios preventivos generales consecuentes (vid. Gimbernat, Estudios, p. 61ss.), ya que entonces sí que sólo queda por una parte teoría del delito y por otra de la pena, desaparece todo atisbo de consideración del sujeto, aunque sea bajo la forma equivocada de la culpabilidad.

Tampoco se trata de volver al positivismo naturalista italiano del siglo pasado y pres-

cindiendo del hecho delictivo, configurar todo el problema sobre las características biológicas, antropológicas o sociales del sujeto. Pero sí, partiendo del hecho realizado, referir ese hecho a un sujeto con toda su complejidad al momento de su realización; y no al revés, referir el sujeto como una característica de su hecho, en definitiva sólo como una cuestión decisional, de voluntad al hecho. Una separación metodológica entre delito y delincuente permite una investigación más en profundidad de las características propias y autónomas que pertenecen a la teoría del delincuente (posición semejante, pero desde otra perspectiva, Bacigalupo, p. 27; ya antes Radbruch, p. 171).

Un punto de gran discusión en la evolución del derecho penal es si ha de contener las medidas de seguridad, lo que a su vez implica varias cuestiones, esto es, si ha de abarcar tanto las medidas de seguridad posdelictuales y las predelictuales, y si el principio de legalidad tiene aplicación respecto de las medidas (este último punto vid. infra párr. 12 b a).

a) *Las medidas de seguridad posdelictuales*

Hoy resulta casi indiscutible en la doctrina que pertenecen al ámbito del derecho penal y es por ello que aparecen incluidas en la casi totalidad de los códigos penales actuales (así en PPCP., 1980 y PPCP., 1983). En el derecho penal comparado dos autores tan dispares en sus planteamientos dogmáticos como Baumann (Str., p. 7, 32, 33) y Welzel (D. P., p. 333ss.) están, sin embargo, de acuerdo en la inclusión de éstas dentro del derecho penal. Ambos autores se puede decir que coinciden en que el presupuesto necesario para la pena y medida de seguridad posdelictual es la existencia de un hecho injusto, esto es, que participe de las características de tipicidad y antijuridicidad; por ello es que en virtud de este presupuesto común y básico (*y porque ambas afectan los derechos del individuo*), aunque se reconozca que no se puede decir lo mismo respecto de la culpabilidad, ya que las medidas posdelictuales no se fundamentarían en ella, sino sobre la peligrosidad, la mayoría de los autores actuales son partidarios de su inclusión dentro del derecho penal. Así Rodríguez Devesa (D. P., p. 11), Antón Oneca (D. P., I, p. 4, 583/584), Cuello Calón (D. P., I, p. 8), Rodríguez Mourullo (D. P., p. 17).

Esta configuración del sistema penal en penas y medidas de seguridad es lo que ha recibido la denominación de sistema dualista o de la doble vía. Sin embargo, en los últimos tiempos con razón se tiende a la construcción de un sistema monista, no como un retroceso al pasado, en que los códigos sólo contemplaban penas y sólo por excepción, en general respecto de los enajenados, medidas de seguridad, sino en miras a una revisión progresiva. Esto es, si hoy desde un punto de vista de los fines que ha de tener el sistema penal —en definitiva ofrecer alternativas de resolución de sus conflictos al individuo— no hay diferencia entre penas y medidas de seguridad, y por otra parte tampoco desde el punto de vista de las garantías para su imposición (como límite a la afectación de los derechos del sujeto), pareciera que un sistema dualista no tiene razón de ser. En tal sentido la propia culpabilidad aparecería hoy como una garantía y no como un problema ontológico de libre albedrío, tan indemostrable como la peligrosidad determinista; luego libre albedrío y peligrosidad determinista no podrían ser en modo alguno fundamento ni de la pena ni de la medida de seguridad. Pero en cambio, la culpabilidad en cuanto exigiría una referencia del hecho al sujeto en cuanto tal, sí que sería una garantía tanto para penas como medidas. Consecuencia de todo ello es el rechazo que es necesario hacer a la acumulación de penas y medidas, a plantear fines divergentes para unas y otras —manteniendo un criterio retributivo estricto par las penas— y en definitiva a seguir sosteniendo una separación ejecutiva entre ellas. En este sentido véase Quintero Oliva-

res (p. 571ss.), Muñoz Conde (p. 235ss.), Muñagorri (p. 206ss.), Bustos y Hormazábal (Bases, p. 150).

En otros términos, la pena (o sanción) ha de ser siempre una sola, no puede darse la llamada bifurcación entre penas y medidas. Otra cosa diferente es el contenido concreto de la pena o sanción (que naturalmente tiene que estar determinado de antemano), conforme al cual puede, por ejemplo, plantearse un período de deshabitación u otro tratamiento (que por tanto no puede superar el plazo previsto para la pena privativa de libertad y, más aún, finalizado dicho tratamiento antes del término de la pena privativa de libertad, debería provocarse la remisión del resto o bien su cumplimiento en libertad).

De todos modos hay que señalar que en el derecho penal comparado se ha sostenido la no inclusión de las medidas de seguridad posdelictuales dentro del derecho penal. Así la doctrina italiana mayoritariamente, para la cual tendrían un carácter puramente administrativo (por todos ver Bettiol, D. P., p. 756ss.), aun cuando en la actualidad hay voces en contra (por todos ver Nuvolone, p. 273, 277). En el derecho alemán H. Mayer excluía aquellas medidas de *pura* (¿?) «beneficencia», como las destinadas a los anormales (Str., p. 36ss.). Una posición semejante tiene en América Latina Zaffaroni: para él las medidas dirigidas a inimputables deben quedar fuera del derecho penal, por tener un carácter *sólo* (¿?) asistencial-administrativo (D. P., p. 103ss.).

b) *Las medidas de seguridad predelictuales*

Las medidas de seguridad predelictuales resulta imposible incluirlas dentro del derecho penal, pues ellas en modo alguno pueden sustentarse en el presupuesto fundamental de éste, que es la realización por lo menos de un injusto, esto es, de un acto típico y antijurídico (en este sentido Antón Oneca, D. P., p. 584; Rodríguez Devesa, D. P., p. 11). Así Rodríguez Mourullo expresa: «Las medidas predelictivas que se apoyan en la mera peligrosidad social “sin delito”, constituyen medios de policía pertenecientes al derecho administrativo» (D. P., p. 17). Pero en verdad las medidas de seguridad predelictuales atacan, por su arbitrariedad, no sólo los fundamentos del derecho penal, sino las bases mismas de un Estado de derecho, ya que se basan exclusivamente sobre una presunta peligrosidad del sujeto, conforme a la cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales. Se trata pues de una intervención intolerable del Estado sobre el individuo, ya que se basa en sus características personales, provocando una discriminación entre los ciudadanos. Es por eso que en la actualidad, conforme a la Constitución y en especial a los arts. 9.3, 14 y 25.1, las medidas de seguridad predelictuales, en cuanto indudablemente entrarían dentro de la potestad sancionatoria del Estado, implican una violación de la Constitución y su inconstitucionalidad se podría fundamentar en las disposiciones ya citadas. De ahí que ellas no aparecen en el PCP. 80 ni en el PPCP. 83, aunque en el primero el art. 149 entraba en una serie de confusiones, en que volvía a reaparecer el criterio puro de peligrosidad y de ahí que todos los grupos parlamentarios presentaran modificaciones a dicho artículo.

Sin embargo hay opiniones importantes que las incluyen dentro del derecho penal (del Rosal, D. P., p. 16/17; Cobo y Vives, D. P., p. 26s., 701ss.; Mir Puig, Intr., p. 23ss.). En verdad tales planteamientos son explicables tanto por una situación anterior a la Constitución del 78, como por el hecho de la existencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social (16/1970), que reemplazó a la antigua Ley de Vagos y Maleantes (1933), y que como ésta las contemplaba dentro de su texto. Luego, por razones de política penal, con el objeto, por lo menos, de introducir respecto de ellas la discusión de las garantías propias del derecho

penal, parecía plausible su inclusión dentro del derecho penal. Hoy, sin embargo, ello ya es innecesario, pues conforme a la Constitución las medidas de seguridad predelictuales aparecen contrarias al sistema jurídico estatal español (ver en ese sentido s. T. C. 14/2/86, sólo se imponen medidas a quien es declarado culpable de un ilícito penal; igual s. 19/2/87).

En el derecho comparado es Marc Ancel, el principal exponente de la Nueva Defensa Social, quien ha hecho mayores esfuerzos para conciliar las medidas de seguridad predelictuales con los principios garantizadores de un Estado de derecho en relación a la potestad sancionatoria (p. 271). Pero como muy bien ha señalado Terrañillos tales planteamientos no pasan de ser una declaración de buenas intenciones y nada más (p. 197).

3. LAS NORMAS PENALES

El planteamiento normativo del derecho surge del hecho incuestionable que está dirigido al hombre y en función de éste. Así, por ejemplo, el derecho no podría prohibir o mandar que lloviese. No tiene ningún sentido, el derecho no puede mandar o prohibir resultados. Frente a ello sólo hay dos posibilidades, ajenas al derecho penal. Una es el establecimiento de una determinada relación natural (física, química, meteorológica, etc.), que lleva al surgimiento de una ley de carácter natural; la otra puede ser la formulación de una relación entre el hombre y ese hecho físico material, es decir, la forma de manejarlo o manipularlo, lo que origina una regla técnica. En otras palabras, la ley natural nos dice lo que *es* o por lo menos pretende eso, la regla técnica lo que tiene que hacerse. El derecho penal, en cambio, tiene la pretensión de vincular las conductas de los hombres, lo que da origen no a una ley natural ni a una regla técnica, sino a una regla jurídica, a cuestiones valorativas. Ahora bien, las reglas jurídico-penales se pueden analizar desde diferentes puntos de vista: en relación a su carácter, en qué consisten, qué es lo fundamental de ellas; cuál es su ubicación y estructura dentro del sistema jurídico general o bien cuál es la estructura del sistema jurídico general; su génesis, esto es, cómo surgen las normas.

Estos tres aspectos son los que han llevado desde mediados del siglo pasado a la configuración de la teoría de las normas, si bien con acentuaciones diferentes y se puede decir que sólo en los últimos tiempos, desde un ángulo sociológico-jurídico, se ha puesto atención especial al último aspecto.

a) *La teoría monista de las normas o de los imperativos*

Para ella el derecho está compuesto sólo por normas con un carácter imperativo (véase Thon, p. 8ss., 345ss.; Bierling, p. 18; von Ferneck, p. 281ss.), luego en el ámbito jurídico sólo hay mandatos y prohibiciones (deberes de hacer y no hacer). Ello no quiere decir que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas; pero ellas no tienen autonomía y sólo cobran significación en su relación con los imperativos. Estas otras reglas jurídicas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente. Para una teoría monista consecuente o «ingenua», como la llama Rodríguez Mourullo (D. P., p. 78), no queda otra posibilidad que estimar toda otra regla jurídica existente que no es un imperativo —norma prohibitiva o de mandato— como una determinada limitación o circunscripción de la norma y, con ello, en definitiva entenderla como parte integrante de la norma desde un principio.

Esta formulación tiene evidentemente repercusiones inmediatas sobre la teoría del de-

recho penal y, por tanto, respecto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito, es lo que se ha llamado la teoría de los elementos negativos del tipo, con una larga tradición en la dogmática del derecho penal (sobre ello exhaustivo Hirsch, H. J.). Las reglas de permiso (p. ej. se permite matar en legítima defensa) aparecen como simples presupuestos de la norma formuladas negativamente (p. ej. se prohíbe matar, si no se actúa en legítima defensa...). Luego una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio. Sólo hay entonces comportamientos prohibidos y no prohibidos, relevantes jurídicamente e irrelevantes. Como señalaba v. Ferneck no hay diferencia entre la muerte de un hombre en legítima defensa y la acción indiferente jurídicamente de comer o pasear (p. 301). Es por ello que Welzel señala que la doctrina de los elementos negativos del tipo es un brote tardío de la antigua teoría de los imperativos (D. P., p. 119). Aunque ciertamente no hay relación totalmente directa entre una y otra, pues hay autores que rechazando la teoría monista de los imperativos, sin embargo se adhieren a la teoría de los elementos negativos (sobre esta teoría vid. infra párr. 25 b b).

En suma, pues, la teoría monista de las normas se preocupa de averiguar el carácter de ellas y señalar su ubicación dentro del sistema jurídico general, con lo cual al mismo tiempo determina la estructura de éste. En cuanto a lo primero lo fundamental de las normas es su carácter imperativo. Respecto de lo segundo, las normas constituirían la esencia del sistema jurídico, por eso toda otra regla jurídica no tendría autonomía alguna frente a ellas, serían totalmente dependientes y pasarían a constituirse en simples presupuestos.

b) *La teoría dualista de las normas*

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo —prohibiciones o mandatos—; pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste sólo en normas, sino que además existe otro género de reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general). Estas reglas de permiso son de carácter independiente frente a las normas y no tienen entonces sólo por función cumplir una determinada delimitación o circunscripción de aquéllas.

Esta concepción dualista de las normas se remonta a Binding, quien atacó duramente la concepción imperativista monista como el «monstruo» dogmático más raro que se había dado en el mundo (Normen, III, p. 307ss.). Según este autor, el dominio exclusivo de la norma impediría el desarrollo de un sistema de derechos subjetivos. Si la única tarea de las reglas jurídicas se agotara en el deber, entonces desaparecería el concepto de derecho subjetivo y sólo quedaría frente al deber la categoría de lo que no tiene significación jurídica, es decir, que no está permitido ni prohibido, luego se niega un derecho subjetivo y también en general los derechos subjetivos.

Hay que destacar pues que para Binding, al igual que para los monistas, las normas están constituidas por un imperativo, implican una obligación, prohibición o mandato, respecto a la conducta del sujeto (lo motivan a actuar de determinada manera). Por eso que la norma está más allá de la ley penal, el delincuente contraviene la norma (se prohíbe matar, robar, etc.), pero no la ley penal, pues en este caso el delincuente lo único que hace es cumplir con la primera parte de ella (el que mate a otro... el que se apropie con violencia o intimidación o fuerza en las cosas de cosa mueble ajena..., etc.). Luego, la norma se deduce exclusivamente de la primera parte de la ley penal, en cuanto la acción realizada por el sujeto justamente cumple totalmente aquello que la prohibición quiere que se omita (Normen, III, p. 42ss.). En otras palabras, la fundamentación de la norma es completamente independiente

de la conminación con una pena, esto es, la regla «vosotros no debéis... en caso de pena» resulta totalmente contradictoria (Normen, III, p. 38ss.). Ello, por una parte podría significar poner simplemente al sujeto ante la opción de no llevar a cabo el delito o de realizarlo con el riesgo de la pena, lo cual evidentemente no se adecua a lo que es una prohibición o un mandato, que pretenden vincular obligatoriamente la conducta, establecer un deber ser. Por otra parte, si se considera la conminación penal exclusivamente como el señalamiento de una consecuencia, en ese caso como el delincuente siempre espera evadir la persecución penal, quiere decir que quedaría formalmente al margen de la obligatoriedad vinculante de la prohibición. Es por eso que Binding como comprobación de su planteamiento se remonta históricamente al decálogo, que justamente contenía sólo la norma, esto es, la prohibición o el mandato. Ello reafirma el carácter previo e independiente de la norma. Sólo muy posteriormente se encuentran juntas norma y ley penal, para por último sólo quedar ésta expresamente.

Estos planteamientos de Binding han sido en la actualidad profundizados por Armin Kaufmann. Para este autor «las normas no son ni las únicas reglas jurídicas ni todas las reglas jurídicas son normas» (p. 272). Las normas son sólo juicios de valor jurídico sobre actos, pero no, por ejemplo, aquellos juicios de valor sobre sucesos o sobre lo que constituye los bienes jurídicos que configurarían las reglas jurídicas. Ello quiere decir entonces, continuando el pensamiento de Binding, que no sólo los juicios de valor sobre actos —que pueden ser deducidos en su contenido de la primera parte de la ley penal, esto es, del tipo de la ley penal—, prescinden de la conminación con una pena, sino también los juicios sobre sucesos y bienes jurídicos. En otras palabras, no sólo las normas, sino las reglas jurídicas son independientes de la conminación penal (cfr. Kaufmann, p. 262-263). Más aún, como las normas presuponen esas otras valoraciones, las reglas jurídicas son el fundamento de las normas, ya sea mediata o inmediatamente. Hay, pues, una relación de dependencia de las normas respecto de las demás reglas jurídicas.

En suma, dentro de una concepción dualista, conforme al pensamiento de Binding y su posterior desarrollo por Kaufmann, las normas son juicios de valor sobre actos y por eso obligan al comportamiento humano, lo motivan en una determinada dirección, el imperativo prohibitivo o de mandato sólo es posible en virtud de esa valoración. De ese modo queda entonces definido el carácter y naturaleza de las normas. Pero no agotan el sistema u ordenamiento jurídico, junto a ellas en forma autónoma e independiente están las reglas jurídicas, en cuanto son productos de otras valoraciones (sobre sucesos o sobre lo que constituye los bienes jurídicos).

Como veremos más adelante (infra párr. 33, 34) un planteamiento dualista o mejor dicho, diferenciador, tiene repercusiones inmediatas en la teoría del delito, ya que consecuentemente se postulará en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo (que absorbe las causas de justificación —con ello la antijuridicidad— en el tipo, como simples elementos negativos), que la antijuridicidad y por tanto las causas de justificación constituyen un nivel autónomo frente a la tipicidad.

c) Teoría pura del derecho

Para dar una visión acabada de la teoría de las normas, es necesario también referirse al planteamiento de la teoría pura de Hans Kelsen, en cuanto este autor rechazó abiertamente la concepción de la teoría de las normas tanto en su extremo imperativista monista como en el diferenciador dualista. Para Kelsen, la esencia del orden jurídico está en la imposición de

deberes, una regla jurídica sólo puede ser aquella que imponga deberes (Kelsen, 1923, p. 238). Ahora bien, la imposición de este deber es sólo expresión de la voluntad del Estado en llevar a cabo una acción propia, que no es otra que la de sancionar. Luego la conducta humana sólo entra en consideración en cuanto constituye un presupuesto de esta acción propia del Estado de castigar o ejecutar forzosamente (1923, p. 227). Lo que quiere el Estado sólo pueden ser *sus propias acciones*, es esto entonces lo que desconocería la teoría de la norma, tanto en su versión monista como dualista. El problema no sería entonces de obediencia o desobediencia como plantea una posición imperativista, sino simplemente que la acción «ajena» (a la del Estado, esto es, entonces la que pertenece al individuo), se establece como condición de una imputación, esto es, a la acción del Estado. Por eso entonces este principio de imputación aparece como un juicio hipotético: si tú haces tal cosa el Estado actuará de tal modo (si tú matas tendrás tal sanción). Luego el deber de súbdito no es contenido sino sólo condición: no debes matar y si matas, te castigaré. Norma primaria es aquella que establece un acto de coacción como consecuencia, bajo la condición de un acto contrario, esto es, mediante la formulación de un juicio hipotético (si matas, *tendrás tal sanción*). La norma secundaria, en cambio, es la que estatuye el comportamiento que evita la coacción (*no debes matar, si...*) (cfr. Kelsen, 1934, p. 25 y 30).

Si consideramos la teoría de Kelsen en relación a la de los imperativos (monista o dualista), encontramos que se diferencia en forma radical. Para Kelsen lo definitorio de la norma es la sanción o acto de coacción, que como hemos visto en las otras posiciones no tenía importancia alguna para la existencia de la norma. Ello resulta evidente dentro del pensamiento de Kelsen, pues esa norma, fundamental para los imperativistas (no debes matar, robar, etc.), sólo adquiere importancia para la teoría pura bajo el presupuesto de existencia de la norma que si se hace el comportamiento opuesto se producirá un acto de coacción. De partida, pues, todos los esfuerzos de la teoría de los imperativos quedan relegados a un segundo plano, a una completa irrelevancia jurídica.

Pero, sin embargo, hay una cierta semejanza entre la teoría pura y el imperativismo monista. En efecto, no ya en cuanto al carácter de la norma, que como vemos sería sólo sancionatorio o bien coactivo, sino en cuanto a la estructura del sistema jurídico, ya que todas las normas tendrían la misma formulación. Todas se distinguirían por el acto de coacción y cuando así no sucede es porque se trata de normas dependientes, «que determinan sólo una de las condiciones a la cual se liga —en una norma independiente— el acto coactivo» (Kelsen, 1960, p. 57). Es decir, la teoría de las normas de Kelsen es de un doble monismo. Por una parte sólo reconoce dentro del orden jurídico la actividad del Estado y desconoce completamente la de los ciudadanos, que jugarían un rol completamente intrascendente. Por otra, sólo reconoce dentro del orden jurídico normas de sanción, desconociendo cualquier otro tipo, como por ejemplo las «reglas o normas de competencia» (Maier, p. 5, 113ss.).

En definitiva, este doble monismo de la teoría pura ha implicado que en el campo del derecho penal haya sido predominantemente rechazada para explicitar el orden jurídico y que se haya preferido ya sea el imperativismo monista o el imperativismo diferenciador. Ambos, en menor medida el primero y en mayor el segundo, reconocen la importancia o trascendencia jurídica de la actividad humana, como contenido esencial del ordenamiento jurídico y ello concuerda con el carácter humanizador o personalizador del derecho penal moderno, en otros términos, concuerda con el llamado principio de culpabilidad y con las garantías al ciudadano respecto de la intervención del Estado. Sólo una teoría de la pena fundada radicalmente en la prevención general, esto es, en la actividad coaccionadora o intimidante del Estado, podría basarse en el planteamiento de Kelsen para construir una teoría del delito y de la pena,

dentro de la cual la actividad humana y el hombre en definitiva, serían un mero presupuesto, lo único esencial sería la finalidad intimidante del Estado.

d) *Planteamientos sobre la estructura del sistema jurídico y sobre la estructura de la norma*

Hay algunas posiciones que centran su investigación no en el carácter o naturaleza de las normas y reglas jurídicas, sino en la estructura del sistema y de la norma misma. En el primer caso tenemos la posición de Hart y en el segundo, la de Callies.

d a) *Posición de Hart* (cfr., 1962, p. 104ss., 107ss., 126; 1980, p. 51, 99ss.). Para exponer el pensamiento de Hart resulta muy útil su ya muy conocido ejemplo sobre el cricket, que con el objeto de hacerlo más inteligible hay que transformarlo en uno sobre el fútbol. Si un teórico analizara las reglas que rigen el fútbol podría llegar a la conclusión que todas ellas en verdad son reglas para que la autoridad haga ciertas cosas bajo ciertas condiciones. Así, por ejemplo, podría entenderse que todas las reglas que señalan que el hecho que la pelota pase entre los postes más allá de la raya de demarcación constituye un gol, se reducen en último término a una directiva al árbitro para que señale que en tal caso hay un gol. Del mismo modo se podría proceder con cada una de las reglas del fútbol. Pero al uniformarse de este modo las reglas, evidentemente, no se tiene una comprensión de lo que es el juego de fútbol, se oculta totalmente el modo cómo las reglas operan y cómo son usadas por los jugadores en sus actividades. En otras palabras, se está en presencia de un complejo de reglas, en un proceso complejo de obligaciones y autorizaciones. Del mismo modo ha de entenderse entonces el orden jurídico. En definitiva, se trata de una fuerte crítica a Kelsen y a su planteamiento que el orden jurídico está constituido sólo por actos coactivos; pero con ello al mismo tiempo se realiza una crítica a todos los monismos normativos.

d b) *Posición de Callies* (p. 15ss., 80ss.). De especial interés es su planteamiento sobre la complejidad de la estructura de la propia norma penal, que la define como un proceso comunicativo interactivo (con claras influencias del funcionalismo y del interaccionismo simbólico). Su pensamiento lo hace explícito partiendo del sencillo ejemplo del hurto en el C. P. alemán: «*Quien sustrae una cosa mueble ajena a otro con la intención de apropiarse de ella antijurídicamente, será castigado por hurto.*» Esto quiere decir que la norma penal no se refiere a sujetos aislados unos de otros, sino a personas o grupos dentro de un contexto de interacción específica. Este contexto de interacción se caracteriza porque un sujeto (Ego) se conduce activamente y su acción está referida a otro sujeto (alter) y hay un tercero que responde con una acción «reactiva» a la conducta de Ego (sanciona o castiga). Con ello se produce entonces una compleja red comunicativa, tanto de conductas como de expectativas. Ahora bien, estos procesos de interacción y comunicación según su contenido son catalogados de hurto, estafa, delitos del tránsito, y vienen a constituir un sistema, al establecerse sus conexiones sociales de sentido.

Este modelo lo aplica Callies a todo el derecho, tanto material como formal y del mismo modo al derecho civil como al penal. El derecho es entonces una estructura procesal de comunicación, un «intermedio» entre sujeto y objeto, una estructura dialogal de sistemas sociales y por ello señala que los modelos tradicionales utilizados en la teoría jurídica son los propios de una cultura agrario-campesina, muy ajena a la actual (p. 83). Sin perjuicio de señalar que Callies nuevamente tiende a un cierto monismo en la comprensión de las reglas jurídicas, es decir, a uniformarlas a todas en su estructura, evidentemente ha realizado un gran aporte en el desvelamiento de la estructura de la norma penal.

Ciertamente la norma (de mandato o prohibición), aunque se concibiera como un imperativo, implica de todos modos una estructura comunicativa. El «no debes matar» implica al sujeto que impone el deber, al sujeto sobre que recae y a aquel que está en relación a su contravención (que tiene una expectativa fundada que ese deber se cumpla). Es decir, la norma en modo alguno es un fenómeno simple y absoluto en cuanto tal, sino que de todos modos aparece como un proceso complejo, conforme a la interacción que se produce entre los sujetos en juego. Sin este proceso dialogal no hay normas jurídicas (sólo religiosas o morales), por eso el no castigo de los llamados «delitos sin víctima» (autolesión, consumo de estupefacientes, suicidio).

Estos planteamientos tienen evidentemente repercusión en la teoría del delito. La tipicidad en cuanto recoge la valoración de la norma, ha de recoger también la estructura de la norma. Así, por ejemplo, el matar es siempre dar muerte a otro, luego ese otro también juega un rol en el proceso comunicativo que se origina y con ello surge todo un proceso de significación social, que establece un ámbito situacional entre ambos y que aparece fijado por el tipo al encontrar concreción en la realidad. Por eso los tipos determinan siempre un ámbito situacional, no una simple directiva de acción (cfr. Bustos-Valenzuela, D. P., p. 137/138). Y esto que se predica respecto de las normas es aplicable, con las correspondientes matizaciones, a todas las reglas jurídicas.

e) *Planteamiento sobre la génesis de la norma*

Como ya hemos dicho en el ámbito propiamente jurídico-penal casi no existen trabajos sobre este punto, pero sí desde un punto de vista sociológico-jurídico, aunque notable excepción fue la obra de Max Ernst Mayer ya en 1903 sobre teoría de las normas y normas de cultura (Rechtsnormen und Kulturnormen), donde justamente el autor sustenta la tesis que las normas jurídico-penales tienen su origen (y legitimación) en las normas de cultura (p. 16ss.): «La justificación del derecho y en especial la fuerza vinculante de la ley se basan en que las normas jurídicas coinciden con las normas de cultura, cuya fuerza vinculante el individuo conoce y reconoce» (p. 16).

En el ámbito sociológico actual habría que distinguir principalmente dos grandes grupos de posiciones: las del consenso y las del conflicto.

e a) *Posiciones del consenso.* El modelo consensual de la sociedad plantea que en todas las instituciones jurídicas y políticas de una sociedad y también por tanto en el derecho penal, encuentran su expresión las convicciones de la mayoría predominante de una comunidad (cfr. Waldman, p. 103). En otras palabras, que las reglas jurídicas en general y las normas en particular aparecen aceptadas en forma general, es decir, que hay una integración de expectativas diferentes, que hacen que la sociedad a pesar de las contradicciones que se puedan presentar, en virtud de este proceso de integración, funcione con la misma armonía que la de un organismo.

Este tipo de concepción surge con el funcionalismo y ya con sus precursores. Así para Durkheim «el conjunto de creencias y de sentimientos comunes a la media de los miembros de una misma sociedad forma un sistema determinado que tiene su vida propia...» (p. 46). Es lo que él llama conciencia colectiva y en la que entonces habría que buscar la génesis y legitimación de las reglas jurídicas. Tales planteamientos fueron continuados por Talcott Parsons, quien no concibe el orden jurídico, así como el orden social en general, como un conjunto de decisiones aisladas, sino siempre como un «sistema», como una empresa en marcha,

que implica entonces claramente la idea de integración en un proceso común de todas las condiciones que contribuyen a su mantenimiento o desarrollo (p. 188-189). En el mismo sentido se expresa también Merton (p. 35ss.) y en Alemania Luhman, quien justamente concibe el derecho como un sistema y conforme a este modelo lo analiza, entendiendo las normas como expectativas de comportamiento estabilizadas fácticamente, en virtud de una mutua reciprocidad de las expectativas en los sujetos (1972, p. 31ss.; 64ss., 94ss., 132ss.; 1974, p. 24ss., 49ss.).

El modelo del consenso pretende pues explicar la génesis de las normas en una sociedad democrática, en un Estado de derecho. Para lo cual parte de la posibilidad de intercambio de las aspiraciones y expectativas que genera una sociedad democrática, lo que permite llegar a un compromiso generalizado —de carácter eminentemente fáctico— sobre las normas que han de regir a la sociedad. Esto es, que a pesar de que se las contravenga, de todos modos existe un consenso respecto de ellas, lo que justamente permite concebir el orden jurídico como un sistema, como un proceso orgánico en constante realimentación. La contravención pues no implica en modo alguno una falta de consenso y no afecta por tanto al sistema.

e b) *Posiciones del conflicto.* Para el modelo del conflicto el orden social no surge sobre la base de un acuerdo generalizado, sino por la coerción del grupo o grupos sociales triunfantes dentro de las luchas que se promueven en la sociedad para imponer sus pretensiones. Luego, las normas no aparecerían como generalmente aceptadas, sino más bien serían instrumentos de poder del grupo social triunfante, con cuya ayuda puede coaccionar y controlar conforme a sus intereses (cfr. Popitz).

Uno de los principales autores de la teoría del conflicto ha sido Dahrendorf, para el cual el conflicto surge de la relación de dominio, que hay que entenderla en el sentido de relación política de dominación, y ello se expresa en una sociedad industrializada, que es la que analiza Dahrendorf, en el conflicto que surge entre obreros y empresarios por la dominación política de unos u otros (p. 242ss.). En otras palabras el conflicto no surge en virtud de intereses materiales, la relación de enfrentamiento entre capital y trabajo, sino de una manera formal, por una razón de dominación política, que hace entonces enfrentarse en una sociedad industrializada a empresarios y obreros.

Desde el punto de vista netamente penal, ciertamente ha habido estudios que tienden a demostrar que una norma penal surge en torno a intereses concretos de determinados grupos de poder (cfr. Hernández, Chambliss, Platt). Pero en todo caso tales investigaciones han sido muy limitadas y no se les puede dar una validez general. Ahora bien, ello mismo ha hecho que desde un punto de vista penal las teorías del conflicto hayan derivado a la posición todavía más formal, que es el poder estatal en cuanto tal el que genera y legitima la norma, prescindiendo de lo que piense el hombre de la calle (Schumann, p. 69ss.).

En esa dirección se encuentran las conclusiones de la reciente investigación de Haferkamp sobre la reforma de los delitos contra la propiedad en Alemania (p. 182ss.). Para este autor, la influencia de grupos dominantes o de apoyo en la configuración de la ley penal, es débil en relación a la fase política propiamente tal. Es decir, en una democracia se produciría una institucionalización del poder político, que en lo que a la configuración de normas se refiere se expresaría dentro del marco del juego de las fuerzas parlamentarias. Son ellas entonces, en el fondo, las que vendrían a predominar con bastante autonomía respecto de grupos de intereses en particular. Estos resultados aparecen en cierto modo ratificados por una investigación francesa sobre el consenso (cfr. Weinberger y otros, p. 182ss.), que justamente aporta como conclusiones que las normas jurídico-penales no reposan en un consenso, ya que el disenso aparece mucho más extendido, y que tampoco aparecen como fruto de una

ideología dominante en la sociedad. Todo lo cual tendría su base en procesos de hístéresis, es decir, de retardo en la propagación de un efecto (ya sea desde la ley o hacia la ley) y por la autonomía de la instancia política. En definitiva, la génesis y legitimación de la norma penal tiende a verse en una teoría del conflicto más reciente sólo como un proceso político parlamentario autónomo. Luego, el conflicto surgiría a partir de esa imposición de fuerzas, al afectar determinada ideología o bien grupos de intereses, con la consecuente falta de universalidad de la norma jurídico-penal y con ello su crisis.

Dentro de un sistema democrático representativo actual, construido en forma piramidal y en que la decisión normativa se da en la cúspide y en que se produce entonces un intervalo mayor o menor con la base, que impide considerar que lo que sucede en la cúspide se refleje (o sea un reflejo) inmediatamente en (o de) la base, pareciera que los procesos de consenso, de conflicto y grupal-interactivos, se dan sólo en la cúspide, y habría que presumir el consenso hacia abajo, aun cuando haya pocas expectativas al respecto, por lo que ya sucede en la cúspide. Esto es, el problema normativo se decide en comisiones, donde están representados diferentes intereses y concepciones vitales; allí se da el conflicto (tanto interno como de presiones externas), pero ello dentro de un clima de interacción grupal que en general lleva a un determinado compromiso, en el cual en definitiva pocos están de acuerdo, unos porque estiman que es poco lo conseguido, otros porque estiman que es mucho y también los hay y quizá los que predominan en el compromiso, que el resultado es el mal menor o lo único que se podía lograr. De ahí que generalmente el resultado sea más ideológico que otra cosa, tanto en el sentido peyorativo del término (de encubrimiento) como también en el cultural (de un determinado avance o retroceso de posiciones).

En todo caso, desde el punto de vista de la repercusión de estas doctrinas en el derecho penal y en la teoría del delito, aparece claramente, cualquiera que sea la posición que se sustente, que la norma penal no es el acto de un sujeto, sino un proceso complejo, en el que participa sea la mayoría, sea un grupo hegemónico o una instancia-institucionalizada, lo que a su vez implica un juego de diferentes fuerzas. Luego la norma penal no es por génesis y legitimación un fiat absoluto, una directiva pura y simple del Estado, sino que implica siempre un orden relativo, un vasto entramado social; su imposición resulta siempre de un determinado compromiso (en la teoría del consenso entre los sujetos de la sociedad en forma interactiva; para la teoría del conflicto un compromiso del grupo social derrotado a aceptar su derrota y del grupo social triunfante a aceptar su derrota futura). En definitiva, las normas penales surgen dentro de un sistema democrático como valoraciones relativas y de compromiso. Ello evidentemente tiene que traducirse también en la estructura misma del orden jurídico y de la norma misma; en el fondo se vienen a confirmar los planteamientos diferenciadores respecto a la estructura del sistema jurídico y de las propias normas o bien reglas jurídicas. Todo esto habrá de reflejarse entonces en la configuración de la teoría del delito, de la tipicidad (que recoge el carácter y estructura de la norma), de la antijuridicidad (que recoge el carácter y estructura de las demás reglas jurídicas y del sistema jurídico en general) y también en la teoría del delincuente, en cuanto al sujeto habrá que considerarlo desde un sistema jurídico, cuya estructura es relativa y abierta, y no absoluta y cerrada. Delito y delincuente son un problema de definición política, de poder político.

f) *Resumen de las conclusiones y aportes*

f a) Conforme al análisis realizado, para una teoría global de las normas, hay que considerar tanto el problema de su carácter o naturaleza, como también el de su estructura

y así como su ubicación dentro del sistema jurídico, lo que implica averiguar la estructura del sistema y el carácter y estructura de las demás reglas jurídicas, para finalmente también considerar la génesis o legitimación de las normas y el propio sistema jurídico, aspecto este último que repercute en todos los anteriores.

f b) En cuanto a las normas propiamente dichas, quedarían definidas por su destinatario, los actores sociales, ya que se trata justamente de regular su comportamiento y cómo éste se relaciona dentro del entramado social. La norma implica una valoración respecto de actos (en vista o dentro de una relación social y en ese sentido es objetiva, desde la relación social, no subjetiva o desde el sujeto actuante).

Es importante que se trate de una valoración objetiva, pues en otro caso llevaría posteriormente a una subjetivización de la tipicidad y la antijuridicidad. Por otra parte, en cuanto a la estructura de la norma, ella es de carácter comunicativo o dialogal, ya que está inmersa en una relación social, y por ello siempre ha de tenerse en cuenta al otro, respecto del cual se señala un determinado comportamiento («se prohíbe matar... a otro») y también hay que considerar la expectativa de un tercero, el Estado, que impone una pena al acto contrario.

La estructura entonces de la norma es siempre abierta, *abarca una situación*, no se basta a sí misma, sólo aparece comprensible dentro de un modelo dialogante y comunicativo. Por eso la tipicidad, que está referida a la norma, ha de comprender el ámbito situacional que lleva consigo su estructura.

La norma es un proceso comunicativo dentro de un conflicto social, su finalidad es la resolución de ese conflicto social, y por eso dentro de los intereses en juego contrapuestos, señala cuál es el valor del sistema y en ese sentido instruye respecto de cuál es la forma cómo no debe resolverse el conflicto, dejando entonces abiertas diferentes y amplias opciones de resolución. En este sentido solamente se puede decir que la norma previene de modo general (tiene como función prevenir), en cuanto señala anticipadamente cuál es la forma de resolución de un conflicto que no debe utilizarse por los actores sociales (de ello se desprende el principio garantista de la no retroactividad de la ley; si su función es prevenir, en el sentido de instruir, la ley tiene que ser previa). No por lo tanto en el sentido específico que plantean las llamadas teorías de la prevención general (intimidatoria, o bien, positiva), para las cuales la norma previene en cuanto motiva a los actores sociales, lo que ciertamente es una presunción; con lo cual aquí prevenir no implica una garantía para los actores sociales, sino todo lo contrario, ya que establece una presunción inatacable (en este caso la función preventiva de la norma aparece desde el principio como contradictoria con un Estado de derecho).

Es por eso que en el delito o injusto es necesario destacar el rol que juega la víctima, su determinación no es posible (ni de la tipicidad ni de la antijuridicidad) si no se examina cuál ha sido el papel que ha desempeñado. Pero no sólo en este plano es necesario destacar a la víctima, sino además en el proceso, en cuanto el Estado tiene que garantizar también a la víctima (para impedir una segunda victimización —la primera ha sido la del delito y la segunda si no se da la suficiente protección, la del proceso penal—) y además permitirle una participación activa, esto es, que el proceso sea entre partes y que ellas puedan entonces también intervenir en la resolución de su conflicto. Es por eso que el Estado no sólo tiene que considerar como expectativa la imposición de una pena, sino además, posibilitar que en el proceso penal se den formas diferentes de su terminación; esto es, su suspensión o no inicio y, por tanto, la no imposición de una pena, en razón de la comunicación establecida entre las partes.

f c) Respecto ahora al sistema jurídico en su totalidad, éste ha de reflejar el complejo social y de vinculaciones entre los sujetos y, por tanto, también de otras valoraciones, no sólo en relación a un determinado comportamiento, así la interacción y expectativa que surge del otro, de hechos o sucesos trascendentes dentro de la relación social. De ahí entonces que junto a las normas jurídicas hay todo un conjunto de reglas jurídicas, con carácter autónomo, el sistema jurídico en su totalidad, y que condicionan la existencia de las normas. El sistema jurídico es pues un proceso complejo, cambiante, relativo, abierto, en constante revisión interna, en la medida que se produce un cambio en las valoraciones (como reflejo de los procesos de génesis que le sirven de sustentación y que son plurales y diversificados). Ello necesariamente implica, desde el punto de vista de la teoría del delito, considerar un segundo nivel valorativo y global, que es el de la antijuridicidad. Y por otra parte, que en la teoría del sujeto responsable haya también que considerarse esta relatividad y diversidad del sistema en relación al sujeto y desde el sujeto.

CAPÍTULO III

EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

9. El derecho penal subjetivo (Estado y pena): *a)* Del Estado absoluto al advenimiento del Estado liberal; *b)* El Estado intervencionista; *c)* El Estado social y democrático de derecho. 10. Los límites materiales al Jus Puniendi: *a)* Principio de la necesidad de la intervención (última ratio y carácter fragmentario); *b)* Principio de protección de los bienes jurídicos: *b a)* Evolución de la teoría del bien jurídico: *b a a)* Concepción trascendentalista de corte jusnaturalista; *b a b)* Concepción inmanente jurídico-positiva: *b a b a)* Binding; *b a b b)* Jakobs (Str., p. 27ss.); *b a c)* Concepción trascendentalista político-criminal; *b a d)* De la espiritualización a la negación del bien jurídico; *b a e)* El resurgimiento mediatizado del concepto trascendente de bien jurídico; *b a f)* Las tendencias actuales político-criminales: *b a f a)* Tendencias jurídico-constitucionales y *b a f b)* Tendencias sociológicas o sociales; *b b)* Conclusiones y posición crítica de bien jurídico: *b b a)* Conclusiones; *b b b)* Concepto crítico de bien jurídico; *c)* Principio de la dignidad de la persona.

BIBLIOGRAFÍA. *Lit. española:* BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1980): Una respuesta a ciertas críticas sobre el contenido dogmático del bien jurídico, *en* Rev. Colegio Abogados penalistas del Valle (Colombia), n.º 3; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1983): Estado y Control: la ideología del control y el control de la ideología, *en* Pensamiento Criminológico II, Península, Barcelona; — (1987): Los bienes jurídicos colectivos, *en* Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona; CÓRDOBA RODA, Juan (1977): Culabilidad y Pena, Bosch, Barcelona; ESCRIVÁ, José María (1980): Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución, *en* Papers, n.º 13; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1970): ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, *en* Libro Homenaje Jiménez de Asúa, Buenos Aires; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal), *en* Rev. Fac. Derecho U. Complutense Madrid, n.º 69; GONZÁLEZ RUS, Juan José (1984): Teoría de la pena y Constitución, *en* Estudios Penales y Criminológicos VII, U. Stgo. Compostela; — (1983): Bien jurídico y Constitución, Madrid; HORMAZÁBAL, Hernán (1984): Política penal en el Estado democrático, *en* ADP; — (1984): Il bene giuridico, *en* DDDP 1; MIR PUIG, Santiago (1982): Función de la Pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2.ª edic., Bosch, Barcelona; POLAINO NAVARRETE, Miguel (1974): El bien jurídico en el Derecho Penal, Sevilla.

Lit. comparada: AMELUNG, Knut (1972): Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Athenäum, Frankfurt a.M.; BECCARIA, C. (1968): De los delitos y las penas, Alianza Editorial, Madrid; BIRNBAUM, J. M. F. (1934): Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, *en* Archiv des Criminalrechts, N.F.T. 1, 2.ª parte; BLOCH, Ernst (1977): Naturrecht und menschliche Würde, Suhrkamp, Frankfurt a.M.; BRICOLA, Franco (1973): Teoria Generale del Reato, *en* Novissimo Digesto Italiano, t. XIX, UTET, Torino;

CALLIES, Rolf Peter (1974): Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Fischer, Frankfurt a.M.; FOUCAULT, M. (1978): Surveiller et Punir, Gallimard; HAFFKE, Bernhard (1976): Tiefsen Psychologie und Generalprävention, Sauerländer; HASSEMER, Winfried (1973): Theorie und Soziologie des Verbrechen, Fischer, Frankfurt, a.M.; — (1984): Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale, *en* DDDP 1; HONIG, Richard (1919): Die Einwilligung des Verletzten, Mannheim-Berlin-Leipzig; JÄGER, Herbert (1957): Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Ferdinand Enke, Stuttgart; LISZT, Franz von: Der Begriff des Rechtsguts in Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, *en* ZStW 8; MARX, Michael (1972): Zur Definition des Begriffes «Rechtsgut», Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München; NOVOA MONREAL, Eduardo (1980): Causalismo y finalismo en derecho penal, Juricentro, San José, Costa Rica; NOZICK, R. (1974): Anarchy, State and Utopia, Basil Blackwell; PADOVANI, Tullio (1984): La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, *en* DDDP 1; ROCCO, Arturo (1933): Sul concetto del diritto subjetivo di punire, *en* Opere Giuridiche, vol. III, Foro italiano, Roma; — (1932): L'Ogetto del reato a della tutela giuridica penale, *en* Opere Giuridiche, vol. primo, Foro italiano, Roma; ROUSSEAU, J. J. (1966): El contrato social, Taurus, Madrid; — (1976): Sentido y límite de la pena estatal, *en* Problemas básicos del derecho penal, Reus, Madrid (traduc. Luzón Peña); — (1976): Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo, *en* Problemas básicos del derecho penal, Reus, Madrid (traduc. Luzón Peña); RUDOLPHI, H. J. (1970): Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutsbegriffes, *en* Festschrift für Richard Honig, Otto Schwartz, Göttingen; SAX, Walter (1972): Grundsätze der Strafrechtspflege, *en* Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Dunkler und Humblot, Berlin; SINA, Peter (1962): Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, Helbing und Lichtenhahn, Basilea; SCHAFFSTEIN, Friedrich (1935): Das Verbrechen als Pflichtverletzung, *en* Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin; SCHWINGE, Erich und ZIMMERL, Leopold (1937): Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, Ludwig Röhrscheid, Bonn.

9. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO (Estado y pena)

Así como en el derecho penal objetivo el centro de la preocupación académica gira en torno a la sistematización de las normas jurídico-penales, en el caso del derecho penal subjetivo es la potestad punitiva del Estado. El derecho penal objetivo es el jus poenale, el derecho penal subjetivo es el jus puniendi. Para algunos, el jus poenale es una emanación del jus puniendi (Maurach-Zipf, Str., p. 4), para otros ha sido todo lo contrario (Berner, Str., p. 4). Evidentemente se trata de conceptos completamente interdependientes uno de otro, como señalara con razón Del Rosal (D. P., p. 17); pero en todo caso el nudo de la problemática del derecho penal está justamente en la potestad punitiva del Estado. Negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar del Estado es cerrarse el camino para entender los fundamentos de todo el sistema del derecho penal (Rocco, 1933, p. 128, n.º 1). Ciertamente durante mucho tiempo y quizá por efecto del gran desarrollo de la teoría del delito se produjo una gran despreocupación por este tema, lo que llevó a decir que constituía un recuerdo histórico (Stampa Braun, Intr., p. 21, n.º 10). Pero pasado el entusiasmo por la teoría del delito, o bien porque reducido el análisis sólo a ella había límites y contradicciones insalvables, los juristas han vuelto a colocar su atención en la pena y en la potestad del Estado de carácter punitivo.

En suma, el derecho penal subjetivo o jus puniendi lo podemos definir como la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquélla. Ahora bien, ello

de por sí implica un orden jurídico positivo, esto es, que el Estado es una organización surgida de los hombres y para los hombres; por tanto, cuando se plantea el problema del derecho penal subjetivo, no se trata de situar la discusión metajurídicamente o en el plano del derecho natural (igual Cobo y Vives, D. P., p. 41), aunque haya autores que así lo hagan o períodos de la historia en que esto fue lo preponderante.

Una tal consideración realista y positiva del derecho penal subjetivo nos lleva necesariamente a considerar su evolución conforme al desarrollo del Estado moderno (Bustos, p. 11ss.; Bustos-Hormazábal, Bases, p. 115ss.).

a) *Del Estado absoluto al advenimiento del Estado liberal*

Los orígenes del Estado moderno están en el Estado absoluto, ya sea que lo planteemos como Estado originario o de transición, en cuanto consiste en la centralización total del control y del poder legítimo. Esta legitimidad era de carácter absoluto, pues provenía de Dios. Por eso mismo, los reyes absolutos utilizaron abundantemente la epístola de San Pablo a los romanos, conforme a la cual las autoridades existentes han sido establecidas por Dios y serían ministros de Dios para castigar al que obra mal. En esta concepción el jus poenale era clara y concluyentemente una expresión del jus puniendi y, además, sobre éste no había posibilidad de mayor discusión, pues no sólo era metajurídico, dentro de lo cual todavía podía haber una discusión ética o bien moral, sino que era divino.

No es raro entonces que la cuestión de la legitimidad del jus puniendi sólo se venga a plantear con los autores del Iluminismo, es decir, ya con los pregoneros del Estado moderno, es decir, del Estado de derecho democrático. Éstos, sin embargo, tuvieron que recurrir también a una instancia metajurídica, de carácter ético-social, ya sea sobre la base del derecho natural, del utilitarismo o de categorías racionales absolutas.

Rousseau es el autor que mejor sintetiza las direcciones iluministas con su teoría del contrato social, conforme a la cual el delincuente es aquel que se coloca en contra del contrato social, es un traidor en cuanto rompe el compromiso de organización, producto de la libertad originaria o natural; con lo cual deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde (p. 21, 26, 39ss.). El contrato social es pues la fuente legitimadora del jus puniendi tanto en un sentido material como formal, ya que como expresa Beccaria sólo el legislador puede dictar penas, pues es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato (p. 29-30). Pero esta fuente legitimadora es también límite del jus puniendi, ya que como *el contrato social es para la felicidad de los hombres*, la ley penal debe tener como tarea más *prevenir* que retribuir (p. 105, 106, 110). Por otra parte el criterio básico ha de ser el de *necesidad* para la conservación de este vínculo entre los hombres, de modo que todo lo que vaya más allá constituirá una pena «injunta por naturaleza» (p. 29).

Junto a esta concepción de legitimidad de una ética social utilitaria, guiada por la felicidad de los hombres —con sus expresiones de prevención y necesidad como atributos de la ley penal—, se encuentra la concepción de legitimidad basada en una ética social racional, que adquiere también un carácter absoluto, aunque se aparte de una concepción divina. Es la posición sustentada por Kant, para el cual aun cuando el Estado se disuelva voluntariamente debe ejecutarse al último asesino, por un *imperativo de justicia*. La legitimidad del jus puniendi adquiere un carácter absoluto en razón de la abstracción de los principios ético-sociales. Este planteamiento es posteriormente estatizado y objetivizado por el positivismo jurídico de Binding. Para este autor el estudio del jurista ha de concretarse sólo en la norma jurídica,

luego sólo en el derecho positivo. Por eso, para él el jus puniendi no es ya el derecho *de* penar, sino *a* penar, esto es, a través de las normas el Estado obtiene un derecho a la obediencia de sus prohibiciones y mandatos: en otras palabras, el derecho a penar no es otra cosa que el derecho a sometimiento u obediencia de los delincuentes (1913, p. 27ss.; 1916, p. 412ss.). Luego el jus puniendi queda convertido realmente sólo en un derecho subjetivo, en una pretensión o demanda del Estado, que surge de las normas jurídicas, del derecho positivo. Es decir, el jus puniendi o derecho subjetivo, en el estricto sentido de las palabras, es una expresión del derecho objetivo. Este planteamiento tuvo una gran repercusión y se mantiene dentro de la trayectoria del derecho penal en Mezger (Str., p. 5, n.º 6) y en Baumann (Str., p. 7, 25). Reducido el jus puniendi a una simple pretensión a castigar que fluye del derecho objetivo, pierde evidentemente toda su importancia, además de quedar envuelto en una compleja equivocidad de la voz «pretensión». Es por eso que en general la dogmática no se preocupó del jus puniendi, pues bastaba con el derecho objetivo, con la sistematización de las normas jurídicas. Con lo cual hubo un encubrimiento del rol político del derecho penal y de la pena.

Estas concepciones, de retribución, sobre la base de una ética jusnaturalista o bien racionalista pura, o de prevención general, sobre la base de una ética social utilitaria, aparecen adecuadas a una concepción de Estado de derecho liberal. De un Estado de derecho no intervencionista, meramente guardián, un Estado mínimo (Nozick, p. IX), en que su única función es evitar la lucha de todos contra todos, garantizar el contrato social, resguardar el orden social, en otros términos su propia existencia. Dentro de una tal concepción basada ya sea en el racionalismo libertario liberal o bien jusnaturalista, en que en el centro de toda consideración está la libertad del hombre, cualquier otra función que vaya más allá de la conservación del pacto social en sentido estricto no le compete al Estado y por tanto resulta indiferente que se consiga o no para juzgar la bondad del Estado. Lo que interesa es impedir la intervención abusiva en la libertad, en cuanto ella es la base del nuevo sistema económico social, se trata de romper con todas las ligaduras (gremios, servidumbre, etc.) que impiden la movilidad de la mano de obra, que obstruyen la ley de la oferta y la demanda, y en definitiva que ponen cortapisas a la industrialización, al capital. Pero al mismo tiempo es necesario el orden social, para que ello sea posible, la disciplina social y del trabajo consecuentemente, ésa es función del Estado y de la pena (nada más). Por eso que con razón Foucault señala que «Los "Iluministas" que han descubierto las libertades también han inventado la disciplina» (p. 224). Esta misma idea de un Estado mínimo en su actividad coercitiva, que beneficia a todos, sin contradicciones internas, se observa en el planteamiento actual de Haffke: «La prevención general es un instrumento de control social y como tal neutro valorativamente» (p. 86). La difusión del neoliberalismo en el último tiempo, no lo es sólo en el plano económico, sino también político y penal.

Si bien este modo de concebir el Estado y la pena asegura la autoridad del Estado como tal, garantiza su sometimiento al derecho. No sólo en general, sino también en particular. Todo ciudadano ha de saber lo que se va a juzgar, el mal cometido y que la medida de ese mal dará la medida de la pena. Están dadas las bases de garantía de un Estado de derecho que continúan vigentes hasta nuestros días, y que ya expresara magistralmente a principios del siglo XIX Feuerbach. De ahí que por esta preocupación garantista surgiera la teoría del delito, es decir, las condiciones o presupuestos que debía tener la pena. *La teoría del delito es de un claro corte garantista*; antes no era necesaria, ya que el poder del soberano absoluto no admitía restricciones, de ahí que no hubiese una Parte General en la legislación (o muy rudimentaria), sino sólo Parte Especial.

b) *Del Estado intervencionista*

Pero el sistema aparentemente perfecto del Estado liberal estaba sujeto a múltiples contradicciones y tensiones por la existencia de elementos contrapuestos: poseedores y no poseedores de los medios de producción, libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, dependencia económica y autonomía ética, etc. Este cúmulo de problemas no resueltos, que se expresaron en grandes movimientos y revueltas sociales, llevaron a que el Estado abandonara su posición de simple guardián del orden y tuviese que intervenir en los procesos de disfunción social que se producían en el sistema. Ahora bien, la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa, la defensa *de lo social*, de la sociedad que se daba en torno al mercado. Por eso esta intervención y consecuente control por parte del Estado asume el carácter de una defensa social. Esta actitud intervencionista del Estado obtiene su fuente de la legitimación en la *ciencia positiva*, ya que ella descubre y entrega las *leyes natural-sociales* (científicas) que rigen la sociedad y permiten por tanto resolver las disfunciones. No es de extrañar entonces el auge de la sociología positiva. Ello repercute en el problema criminal, en cuanto también el problema criminal implica problemas de disfunción social, superables mediante el descubrimiento y constatación de las correspondientes leyes sobre la naturaleza criminal. La legitimación la da la ciencia, de ahí que el derecho penal sobra, de ahí que no tienen sentido las garantías de la teoría del delito, ya que se trata de problemas determinados científicamente y en que la potestad del Estado de control y defensa social encuentran su total legitimación en lo que diga la ciencia. El derecho pasa a ser una mera técnica al servicio del control, que además en caso alguno podía pretender ni siquiera generalizar o igualar, ya que los procesos disfuncionales eran diferentes en cada caso, de modo que había que especificar, establecer sistemas especiales y excepcionales, había que discriminar constantemente, de partida, porque científicamente el delincuente (y con él el disidente o desviado en general) era un ser diferente, anormal socialmente.

El Estado intervencionista, que se basa en la ciencia (como verdad absoluta) y reniega del derecho, necesariamente tenía que plantear como solución al problema criminal la prevención especial, el sistema de medidas de seguridad (predelictuales sobre todo) y a su vez una tipología de criminales (según diferentes sistemas clasificatorios). La defensa de lo social, encubre los intereses en juego, y encuentra su mejor legitimación en la ciencia. El extremo más radical del intervencionismo y de defensa social, como una profunda crisis del Estado moderno, lo constituye el Estado fascista y nazi, en que el Estado es el jefe del Estado y el derecho un mero instrumento de sus designios, el intervencionismo se funde con una concepción *absolutista* de Estado.

c) *El Estado social y democrático de derecho*

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial renacen los principios de un Estado de derecho, como aparece claro en la Constitución italiana y en la Ley Fundamental Alemana, el crecimiento económico sobre la base de la economía de mercado ponen en primer lugar la protección de la libertad. Como ya había sucedido a principios del siglo XIX hay un gran florecimiento de las doctrinas de derecho natural; por ello mismo vuelven a tomar gran fuerza las tendencias retribucionistas en materia de la pena y a predominar sobre todas otras. Sin embargo, se toma conciencia de la necesidad de la actividad social del Estado, que la pena en ese sentido tiene que regular activamente la vida social (cfr. Mir, p. 40; González Rus, 1984, p. 262). Pero sin vulnerar el principio de libertad (del mercado, del capital) sobre que

se basa el sistema. Renacen pues tendencias preventivas limitadas (democráticamente), ya sea generales o especiales; pero sobre todo se trata de buscar expresiones eclécticas, como ya había sucedido a principios del siglo XX, y aún se intentan vías superadoras, que expresan mejor una nueva realidad social cambiante y las transformaciones producidas en la sociedad capitalista postindustrial.

En general el Estado social y democrático de derecho no aparece como un sistema definido y estable, en él aparecen tensiones entre un sistema neoliberal, tendencias intervencionistas, corporativistas de nuevo cuño (esto es, en que las corporaciones, u organización de los intereses en juego, tienen capacidad de decisión e influencia en el Estado), con lo cual se producen vaivenes en el control social estatal y específicamente en el control penal, con graves dificultades para determinar sus bases legitimantes. Subsiste la retribución junto a la prevención general y la especial (se pretende también crear sistemas excepcionales o diferenciados, para cierto grupo de individuos, pero que en definitiva repercuten sobre toda la sociedad), con lo cual se produce una confusión en los principios legitimantes que repercute en una confusión en la construcción de la teoría del delito y de la pena.

En todo caso, como se ha señalado, está siempre presente la lucha por los límites de la intervención del Estado, por profundizar por ello mismo los derechos humanos y fundamentales, por legitimar la acción del Estado sólo desde una base democrática participativa. Se reconoce entonces el *rol garantista del derecho*. De ahí que desde esta óptica política y concretamente de política criminal y penal, aparezca como una investigación fundamental la indagación sobre límites materiales y formales de la intervención del Estado. Ellos van a ser los pilares sobre los cuales se construyan las teorías del derecho penal, de la pena, del delito y del delincuente. Esta investigación lleva necesariamente a una comprensión de la estructura económica social del Estado social y democrático de derecho y con ello a dilucidar las bases políticas del sistema, que aparecen en la Constitución (cfr. Escrivá, p. 143ss.; González Rus, 1984, p. 227ss.). Se produce pues un rechazo a todo planteamiento metafísico del Estado y del jus puniendi, éste por tanto aparece ligado a lo que es el Estado y su justificación última habrá que encontrarla en lo que el Estado *realmente es*. Y en ese sentido el Estado moderno es ejercicio y centralización excluyente del poder a través de un aparato político, sobre la base del reconocimiento de una sociedad civil plural, hegemónicamente estructurada. En tal medida el jus puniendi, como emanación de ese poder, no es otra cosa que la *autoconstatación* de ese poder y las bases sobre el cual se asienta, de ahí entonces sus límites.

10. LOS LÍMITES MATERIALES AL JUS PUNIENDI

Entre los límites materiales, es decir, aquellos relacionados directamente con sus bases de sustentación o legitimación, estarían los siguientes: el principio de la necesidad de la intervención; el principio de la protección de los bienes jurídicos; el principio de la dignidad de la persona.

a) *Principio de la necesidad de la intervención* (última ratio, carácter fragmentario y proporcionalidad)

Este principio, como hemos visto, fue planteado ya en los albores del Estado moderno por Beccaria (p. 29), sobre la idea del contrato social y que el Estado está para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad. Hoy reaparece con un amplio reconocimiento por parte de los juristas (cfr. Gimbernat, p. 485ss.; Córdoba, p. 56; Mir, p. 37; Cobo y Vives,