

## Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada (\*)

Por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. HANS-HEINRICH JESCHECK

Friburgo de Brisgovia

La conferencia del «Dies Universitatis» de este semestre, casi cuando se cumplen 31 años de mi lección inaugural en Friburgo sobre «Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung» (1), me brinda la ocasión de mostrar cómo se me presenta hoy mi especialidad. Si entonces quise poner de manifiesto lo que me proponía en el futuro como sucesor de Adolf Schönke, me gustaría informar ahora del estado que durante este tiempo han alcanzado la dogmática penal y la política criminal alemanas y qué significan en el ámbito internacional.

El tema requiere, sin duda, acotamiento. Por ello, de todo el campo de la dogmática penal, examinaré solamente algunas teorías generales que son especialmente representativas del estado actual de la doctrina alemana. A continuación seleccionaré, dentro del ámbito de la política criminal, tres temas actuales que pueden entenderse como ejemplos de la tendencia general: el abandono de la ideología del tratamiento, el papel de la pena privativa de libertad como «ultima ratio» del sistema de penas y el trabajo en provecho de la comunidad como sanción penal. También al comparar la dogmática y la política criminal con la situación en el extranjero tengo que fijarme límites y por ello sólo me referiré a los Estados liberales de Derecho del occidente europeo (en sentido espiritual) como puntos de contraste con las propias posiciones. Lo nuevo, en la situación en que nos encontramos, es que vuelve a existir un lenguaje común europeo, e incluso universal, sobre los problemas de mi especialidad y en este contexto merecen especial atención

---

(\*) Conferencia dictada por el autor el día 12-6-1985 con motivo del «Dies Universitatis» de la Universidad Albert Ludwig en Friburgo de Brisgovia. La versión alemana aparecerá en la ZStW 1986, fasc. 1.º.

Traducción directa del alemán por el Dr. Angel Sanz Morán, Profesor Colaborador de Derecho penal en la Universidad de Valladolid.

(1) JESCHECK, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955.

tanto la dogmática penal alemana como el compromiso alcanzado en la política criminal tras la reforma del Derecho penal alemán (2).

La dependencia cultural internacional en que vuelve a encontrarse hoy el Derecho penal alemán, no es sólo de fecha reciente, sino que tiene un gran trasfondo histórico (3). De ahí que tanto en la parte dogmática como en la parte político criminal de mi conferencia antepondré algunas consideraciones que aclaren la relación del tema con el pasado.

## A. NUEVA DOGMÁTICA PENAL EN PERSPECTIVA COMPARADA

### I. *Trasfondo histórico*

1. La dimensión común a Europa de la dogmática penal, de la que volvemos hoy a hacernos conscientes, se inicia con las sucesivas fases de la recepción del Derecho penal romano-italo-canónico en la Edad Media. Se implantó en España ya en el siglo XIII (4) y desembocó durante el período del humanismo, es decir, en los siglos XVI y XVII, en una literatura penal común influida fundamentalmente por los Tratados de los eminentes italianos Julius Clarus, Prosper Farinacius y Tiberius Decianus (5), la cual, además del país de origen, incluyó pronto a España, Francia, Portugal, Alemania y los Países Bajos. La temprana codificación del Derecho penal alemán por la Constitutio Criminalis Carolina de 1532, en el período del Derecho común, no condujo a un aislamiento nacional, lo que debe agradecerse a la conexión internacional —facilitada por la utilización del latín como lenguaje jurídico común— de la ciencia penal europea, de cuyos primeros representantes pudo decir más tarde Joseph Ortolan, el gran criminalista francés de la primera mitad del siglo XIX: «Droit romain, Droit canonique, Jurisprudence. Voilà ce qui appartient à toute l'Europe. Voilà ce qui fait que le jurisconsulte criminaliste est de tous les pays et fait autorité dans tous» (6).

(2) Una primera ojeada sobre este lenguaje común proporcionan, entre otras, desde la perspectiva alemana, la parte extranjera de la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) y, desde la perspectiva internacional, sobre todo las publicaciones a cargo de la Association Internationale de Droit Pénal en la «Revue Internationale de droit penal».

(3) Cfr. sobre los comienzos SCHAFFSTEIN, *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus* 1954, págs. 9 y ss. [Hay traducción española a cargo de J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid 1957]; MOOS, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, 1968, págs. 54 y ss.

(4) Cfr. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, pág. 409; v. WEBER, *Zur Entwicklung des gemeinen deutschen Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung spanischer Einflüsse, Studi in Memoria di Paolo Koschaker*, t. I, 1954, págs. 343 y ss.

(5) Sobre Decianus, cfr. SCHAFFSTEIN (nota 3), págs. 38 y ss.

(6) ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique*, París 1841, pág. 106.

La codificación de las leyes penales nacionales desde la mitad del siglo XVIII promovió, por supuesto, una evolución particular pero condujo, a la vez, a sobrepasar de nuevo las fronteras nacionales, ya que algunos significativos trabajos legislativos como el Code pénal francés de 1810, el italiano Codice Zanardelli de 1889, el Código penal austriaco de 1803, el Código penal bávaro de Feuerbach de 1813, el Código penal prusiano de 1851 y, finalmente, también el Código penal imperial de 1871, fueron tomados como modelo en el extranjero y por esta causa merecieron la atención de la ciencia penal de los países receptores (7). Sin embargo, sólo gracias a una labor planificada de derecho comparado, implantada ya antes del cambio de siglo, se consumó la completa reconstrucción de una ciencia penal común a Europa. Fue un portentoso trabajo comparado interno, «Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt», del año 1890, debido al legislador suizo Carl Stooss (8), el que proporcionó estímulo para la ambiciosa recopilación del derecho legislado «Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung», obra en dos volúmenes elaborada por encargo de la Unión Internacional Criminalista en los años 1894 y 1899 (9). A ello siguió, con motivo de la reforma penal alemana y por iniciativa del Ministerio de Justicia, la primera gran obra de genuino derecho penal comparado, en el sentido de contraposición y valoración: la «Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts», 16 tomos aparecidos entre los años 1905 y 1909, obra común prácticamente de toda la ciencia penal alemana (10).

2. El eco en otros países europeos no se hizo esperar. En principio fueron solamente algunas voces aisladas las que tendieron el puente hacia el coro de la ciencia común europea del derecho penal del momento presente. Aparte de los austriacos (p. ej., Julius Glaser, Wilhelm Emil Wahlberg) y suizos (p. ej., Carl Stooss, Heinrich Pfeningner, Ernst Hafter), quienes muy tempranamente se situaron al lado de la ciencia penal alemana, quiero mencionar, en Italia, a Arturo Rocco, quien más tarde sería el creador del Codice penale de 1930, con su lección de ingreso en la Universidad de Sassari el año 1910: «Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale» (11); en Es-

(7) En especial, el Code pénal francés se convirtió en modelo jurídico de numerosas codificaciones en Europa y en el próximo oriente; y el Codice penale italiano, de los Códigos de América Latina.

(8) STOOSS, *Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt*, Basel, Genf 1890.

(9) *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, comp. por la Unión Internacional Criminalista, t. I: *Das Strafrecht der Staaten Europas*, comp. por Franz v. LISZT, 1894; t. II: *Das Strafrecht der aussereuropäischen Staaten*, comp. por Franz v. LISZT y Georg CRUSEN, 1899.

(10) *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, comp. a iniciativa del Ministerio de Justicia por los Profesores Karl BIRKMEYER, Fritz VAN CALKER, Reinhard FRANK, Robert v. HIPPEL, Wilhelm KAHL, Karl v. LILIENTHAL, Franz v. LISZT, Adolf WACH, 1905 a 1909.

(11) ROCCO, *Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale. Opere giuridiche*, t. III, Roma 1933, págs. 263 y ss.

paña, Luis Jiménez de Asúa con su lección de apertura del año académico 1931/32 en Madrid: «La teoría jurídica del delito» (12); en Portugal, José Bezeza dos Santos, Manuel Cavalleiro de Ferreira y Eduardo Correia, con diversos trabajos posteriores a 1930 (13) y en Francia, Emile Garçon, con su introducción comparada a la traducción del Tratado de Liszt el año 1911 (14). Por lo demás, encontramos aquí una puntualización, psicológicamente instructiva, que muestra ya cómo Francia no perderá nunca su propia vía en la dogmática penal. Dice, en efecto, Garçon a propósito de la caracterización de los métodos, más bien conceptual en la ciencia penal alemana, y orientado a la práctica en la francesa: «Il y a entre ces deux méthodes toute la distance qui sépare la génie germanique du génie latin. A l'un, l'autre paraît profond mais obscur, ou réciproquement clair mais superficiel, et il y a dans ces deux jugements une double injustice. La vérité est que ces deux mentalités ont beaucoup de peine à se pénétrer et à se comprendre pleinement et complètement» (15).

3. En el marco del derecho comparado, la ciencia penal alemana, si bien vinculada a las obras del pasado, ha vuelto también, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, a ingresar plenamente en el lenguaje internacional por medio de sucesivas contribuciones a los trabajos de la Association Internationale de Droit Pénal (16). Veamos cuáles son los resultados, en primer lugar en el ámbito de la dogmática penal.

## II. El concepto tripartito del delito

1. El sentido del concepto de delito es dividir teóricamente por medio de categorías formales la acción punible —la cual, en cuanto corte de la realidad, se presenta naturalmente como un todo, por ej., un homicidio, un hurto o un incendio—, de tal manera que el juez pueda incluir el caso individual en los elementos generales de la punibilidad y aprehenderlo así jurídicamente de modo fidedigno (17). En

(12) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, Madrid 1931. Sobre ello, MATTES, *Jiménez de Asúa. Leben und Werk*, ZStW 84 (1972), págs. 170 y ss.

(13) Sobre estos autores, HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, págs. 144 y ss.

(14) V. LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, traduit par René Lobstein avec une préface de M. E. Garçon, París 1911, págs. V y ss.

(15) Nota 14, págs. X y s.

(16) En relación a todos los temas de los Congresos de la AIDP desde el VI Congreso Penal Internacional del año 1953 en Roma, se han aportado Informes Nacionales alemanes, e incluso en algunos de estos Congresos, el Informe General. Cfr. la relación de los Congresos en JESCHECK/LÖFFLER, *Quellen und Schrifttum des Strafrechts*, t. I, 1972, págs. 8 y s. Entretanto, hay que completarlo con los Congresos XI de Budapest (1974), XII de Hamburgo (1979) y XIII de El Cairo (1984).

(17) Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 3.ª ed., 1978, págs. 155 y ss. y el denominado «Caso-Mignonette» allí comentado. [Hay traducción española de este Tratado a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona 1982, 2 vols.]; además, NAUCKE, *An Insiders Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts*, Brigham Young University Law Review 1984, págs. 305 y ss.

la tarea de formular los presupuestos conforme a los cuales se determina de forma general la punibilidad de una acción, parte todavía la moderna dogmática penal alemana del concepto tripartito de delito como acción típica, antijurídica y culpable, que surgió hacia el cambio de centuria y está vinculado a los nombres de Franz v. Liszt y Ernst Beling (18). Ahora bien, el contenido de estos conceptos ha variado desde entonces en un largo proceso de renovación. Hoy la tipicidad de una acción significa que ésta coincide con las características objetivas y subjetivas de una determinada clase de delito, p. ej., se presenta como el tomar una cosa que está bajo el dominio ajeno, con ánimo de apropiación, correspondiendo así a los caracteres del hurto. Antijuricidad significa que la acción contradice el derecho, es decir, no está, p. ej., justificada por estado de necesidad. Por fin, denominamos culpabilidad a la totalidad de las circunstancias en base a las cuales puede hacerse al autor un determinado reproche material por el hecho realizado, es decir, por ejemplo, que él, con plena capacidad de culpabilidad, ha matado dolosamente a un hombre (19).

2. El concepto tripartito de delito sugiere determinadas nociones básicas sobre la naturaleza del delito. Aquí entra en consideración la distinción entre injusto y culpabilidad, considerada fundamental por la doctrina alemana. El injusto consiste en el menoscabo de un valor, protegido por el ordenamiento jurídico, al que denominamos bien jurídico, p. ej., la lesión del dominio sobre una cosa ajena a través de la ruptura de la custodia ajena y la creación de una nueva con intención apropiatoria. Culpabilidad es la actitud negativa del autor, puesta de manifiesto en el hecho antijurídico, frente a los valores protegidos jurídicamente. Injusto y culpabilidad tienen que concurrir conjuntamente para que sea procedente la pena criminal, pues ésta cumple la doble tarea de poner públicamente de manifiesto la lesión del Derecho y, asimismo, hacer personalmente responsable al autor por tal motivo (20). Además, la exacta formulación del tipo obliga al legislador a aprehender, de manera inteligible para todos, las propiedades de la clase de delito que se regula en unas características determinadas que pueden señalar, bien el modo y manera del comportamiento del autor —el denominado injusto de la acción—, bien el resultado del hecho —el denominado injusto del resultado— (21) para de esta manera delimitar claramente el delito frente al ámbito de lo no punible. La

(18) Cfr. LK (JESCHECK), 10.ª ed., 1979, núm. 12 antes del párrafo 13; caracterizado allí como cuatripartito (el concepto de delito) por la inclusión del concepto de acción. Raramente se cuestiona este sistema en Alemania; sin embargo FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pág. 505, parece querer introducir ahora una nueva vía.

(19) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, 21.ª ed. 1982, núm. 12 antes del párrafo 13.

(20) Cfr. LK (HIRSCH) 10.ª ed. 1985, núm. 172 antes del párrafo 32; *Systematischer Kommentar* (SAMSON), 3.ª ed., 4.ª entrega, noviembre 1983, número 2 antes del párrafo 32; JESCHECK (nota 17), págs. 157 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: die unrechliche Tatgesinnung*, Jescheck-Festschrift, t. I, 1985, págs. 489 y ss.

(21) *Systematischer Kommentar* (SAMSON), núm. 5 antes del párrafo 32.

contraposición de tipo y antijuricidad posibilita además la comprensión de las causas de justificación como preceptos permisivos autónomos por medio de los cuales el ordenamiento jurídico proporciona, en una determinada situación, una solución vinculante a un conflicto entre valores. Quien obra amparado por una causa de justificación acude así a un derecho de intervención de forma que, caso de darse los presupuestos, la persona afectada tiene que soportar la acción típica (22). Desde este punto de vista hay que preguntarse, p. ej., si la indicación de estado de necesidad en el aborto (parágrafo 218 a, pfo. 2, núm. 3 StGB) supone realmente una causa de justificación o habría más bien que incluirla en la categoría de la exigibilidad y por tanto en la culpabilidad (23).

En el procedimiento penal, el valor del concepto tripartito de delito reside en que los niveles tipicidad, antijuricidad y culpabilidad se suceden unos a otros en el proceso de obtención de la resolución, con lo cual se posibilita, o al menos se facilita, una jurisprudencia ponderada y contrastable, que garantiza así la seguridad jurídica.

3. En la ciencia penal extranjera, el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad se han impuesto en muchos países como presupuestos básicos de la punibilidad, constituyendo el marco de referencia común para toda argumentación comparatista; así, p. ej., en Austria, Suiza, los Países Bajos, España, Portugal y los Estados nórdicos. Una posición singular adopta Italia donde, si bien es cierto que *Delitala* en su obra «Il 'fatto' nella teoria generale del reato», aparecida en 1930 (24), sostiene el concepto tripartito de delito apoyándose en fundamentos normativos, y Bettiol (25), coincidiendo con Mezger (26), ha edificado una teoría del delito referida a valores, sin embargo sigue siendo dominante, en último término, la distinción puramente descriptiva del clásico Carrara entre elemento objetivo y subjetivo del delito (27). Apelando a esto, una sentencia de los Senados Unidos de la Corte di Cassazione, de 26 de febrero de 1972, ha persistido en considerar las

(22) GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, Bockelmann Festschrift, 1979, pág. 167; CEREZO MIR, *Las causas de justificación en el Derecho penal español*, Jescheck-Festschrift, t. I, 1985, pág. 442.

(23) Así, sobre todo, DREHER/TRÖNDLE, *Kommentar zum StGB*, 42.ª ed. 1985, núms. 8 y ss. antes del parágrafo 218. Como mera «causa de exclusión del injusto penal» entiende el parágrafo 218 a, pfo. 2.º, n. 3 StGB GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, págs. 319 y ss.

(24) DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padua 1930. Sobre ello BETTIOL, *Wesenszüge und Probleme der italienischen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart*, ZStW 87 (1975), pág. 170: «cambio decisivo».

(25) BETTIOL, *Diritto penale*, 11.ª ed. 1982, págs. 78 y ss.

(26) MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.ª ed., 1949, págs. 89 y s.

(27) RIZ, *Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien. Überlegungen zum dreiteiligen Verrechensaufbau*, ZStW 93 (1981), págs. 1005 y ss. La construcción tripartita está, sin embargo, en la base del nuevo Tratado de FIAN-DACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 1985, págs. 71 y s. Cfr. también VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, t. III, 1984, págs. 1647 y ss., quien se ocupa minuciosamente de la doctrina alemana, así como el mismo, *La dottrina dell'antigiuridicità*, Jescheck-Festschrift, t. I, 1985, págs. 427 y ss.

causas de justificación al margen del concepto de delito, por lo cual sólo deben conducir a la absolución caso de prueba segura y no en la duda (28). Aún más divergente es la clásica división francesa de los «éléments constitutifs de l'infraction» en «élément légal», «matériel» y «moral», tal como se encuentra en los Tratados más importantes (29). Los elementos objetivos del tipo se sitúan aquí dentro del «élément matériel», los subjetivos en el «élément moral» y la culpabilidad y las causas de justificación fuera del concepto de delito bajo la rúbrica «responsabilité pénale». De ahí que tampoco exista en Francia una teoría que relacione el injusto y la culpabilidad. Todavía más peculiar es la clasificación en el Tratado de Merle/Vitu (30), donde se presta una atención ocasional a la doctrina alemana. Aquí se sitúan las causas de justificación en el «élément légal» y los elementos del tipo se incluyen en parte en la «structure matérielle de l'infraction»; en parte en la «culpabilité». De esta manera se pierden de vista las conexiones más elementales.

### III. *La deducción de la dogmática penal desde su vinculación a supuestas realidades previas lógico-objetivas*

1. Fascinados por la teoría final de la acción de Welzel (31), considera su escuela, esto es, una parte significativa de la ciencia penal alemana (32), que la formación del sistema del delito es dependiente de la estructura final de la acción humana consciente y de las realidades previas lógico-objetivas que de ahí se derivan. En particular, se equiparan el dolo como categoría jurídica y la finalidad como propiedad natural de la acción. De esta identidad se extrajo la conocida consecuencia de que el dolo no es elemento de la culpabilidad, sino que pertenece al tipo, pues la tarea del tipo es aprehender la acción con todas sus características. De ahí resultarían modificaciones básicas en dos momentos clave de la teoría del delito. Por una parte, la conciencia de la antijuricidad tuvo que separarse del dolo y convertirse en un factor central del reproche de culpabilidad. Por otra parte, hubo de distinguirse, en el campo del error, entre el error de tipo, que excluye el dolo, y el error de prohibición, que excluye la culpabilidad del autor cuando es inevitable, mientras que si es evitable conduce a la pena

(28) *Giurisprudenza penale* 1972, 433. Traducción del pasaje correspondiente (pág. 435) en RIZ (nota 27), pág. 1008. Expresamente en contra HIRSCH, *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas*, Studi in Memoria di Giacomo Delitala, t. III, 1984, págs. 1933 y ss.

(29) Así, por ejemplo, STÉFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 12.ª ed., París 1984.

(30) MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 5.ª ed., París 1984.

(31) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, págs. 30 y ss., 33 y ss., 37 y ss., 59 y ss., 129 y ss.

(32) Un repaso de los autores que se amparan en el concepto final de la acción lo proporciona HIRSCH (nota 28), pág. 1941. Contra esta doctrina, ya tempranamente ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), págs. 522 y ss.

del dolo atenuada. También la aceptación errónea de una situación justificante tendría, según esto, que tratarse como un supuesto de dolo con atenuación de la pena, pues en estos casos el autor realiza dolosamente el tipo y sólo yerra sobre la antijuricidad.

2. La doctrina penal alemana no perteneciente a la escuela de Welzel llega, en la mayor parte de estas cuestiones, a los mismos resultados, pero no por la aceptación de una vinculación a estructuras previas lógico-objetivas, sino a partir de consideraciones jurídicas (33). Los conceptos de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son vistos como niveles de imputación en los que habrá que decidir en qué medida puede ponerse el hecho a cargo de su autor y precisamente en conexión con la tarea de la pena de caracterizar de un modo general el injusto y hacer de ello responsable al autor en el marco de su culpabilidad (34). De ahí resultarían para la doctrina alemana actual las siguientes consecuencias: en primer lugar, el concepto de acción, que comprende de modo general todo «comportamiento humano socialmente relevante» (35) no tendría una significación constitutiva, sino solamente negativa: separa aquellas formas de comportamiento que en ningún caso vienen en consideración para el enjuiciamiento penal, bien porque son de naturaleza puramente anímica, bien porque siendo cierto que poseen una conformación externa, no son, sin embargo, dominables por la voluntad, como ocurre con los movimientos corporales reflejos. Además, el dolo no es idéntico a la finalidad, sino que se determina según el siguiente criterio normativo: qué características subjetivas de la dirección de la acción hay que exigir para la forma de delito más grave y cómo se pueden delimitar convincentemente el dolo y la culpa consciente.

Pero también para las teorías más recientes resulta ser el dolo el momento central del injusto de la acción; no, por supuesto, a partir del concepto de acción, pero sí desde dos consideraciones normativas. Por una parte, es tarea del derecho penal guiar al hombre a un querer correcto (en cuanto a su contenido) en relación a la protección de bienes jurídicos. El injusto radica ya, según esto, en la realización de la decisión de actuar contraria al mandato de la norma (36). En segundo lugar, el grado de la puesta en peligro por el autor del bien jurídico

(33) JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), págs. 17 y ss., con ulteriores precisiones.

(34) Así, especialmente JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, págs. V y s. y ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, págs. 145 y s. [existe versión española: «Problemas básicos de derecho penal», trad. por D. M. Luzon Peña, Madrid 1975]; también la tendencia general de las contribuciones a un sistema penal «funcional», en correspondencia con el trabajo de ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2.ª ed., 1973) [hay traducción española de la 1.ª ed.: «Política criminal y sistema de derecho penal», Madrid 1973, a cargo de F. Muñoz Conde], en SCHÜNEMANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984.

(35) Cfr. LK (JESCHECK), núms. 28, 31 y ss. antes del párrafo 13.

(36) Cfr. LK (JESCHECK), núm. 39 antes del párrafo 13; NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar*, 1984, núm. 9 antes del párrafo 3.



protegido depende esencialmente de si aquél actúa dolosa o culpablemente (37).

Finalmente, la sanción de un hecho realizado con error evitable de prohibición no se decide con arreglo a la teoría estricta de la culpabilidad que conduce siempre a la pena del dolo (si bien atenuada) y mucho menos en los supuestos de aceptación errónea de una situación objetiva de justificación, p. ej., caso de legítima defensa putativa. El enjuiciamiento más severo o más atenuado del error de prohibición no se hace depender de su situación en el sistema, sino de la cuestión de si, y en base a qué es merecida la pena criminal (38).

3. En el extranjero, no se ha transitado en la mayor parte de los casos por la vía de la doctrina final de la acción y la vinculación a determinadas deducciones lógico-objetivas para la construcción del delito, de manera que tampoco hay nada que corregir ahora. En Suiza, Hans Schultz (39) ha mantenido la sistemática teleológica de Mezger (pero sin los elementos subjetivos del injusto), mientras que O. A. Germann (39 a) sostuvo ya tempranamente la ubicación del dolo en el tipo. Las otras exposiciones doctrinales siguen también la nueva sistemática (40). Asimismo, la doctrina dominante en Austria, bajo la dirección de Nowakowski y tras el espectacular giro de éste en 1972 (41) se ha adherido a la doctrina alemana más moderna (42), pero sin haber transitado anteriormente por la fase finalista. En Italia, el impulso ontológico consiguió en todo caso sólo unos pocos seguidores (43); mientras que el influyente Tratado de Bettiol (44) se orienta en la misma línea que el sistema referido a valores de Mezger (incluyendo en el tipo los elementos subjetivos del injusto). En España se sostiene por algunos autores (45) el concepto tradicional de delito de Mezger, dado a conocer por la traducción de su Tratado a cargo de Rodríguez Muñoz. Este mismo autor se enfrentó expresamente a la doctrina de la acción finalista (46), mientras que otros autores, bajo la dirección

(37) Cfr., p. ej., NOWAKOWSKI, *Probleme der Strafrechtsdogmatik*, JB1., 1972, pág. 23.

(38) JAKOBS (nota 34), págs. 465 y ss.

(39) SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. I, 4.ª ed., 1982, págs. 258 y ss.

(39 a) GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zurich 1942, pág. 29.

(40) Así, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil I, 1982, págs. 142 y ss.; NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil I, 1981, páginas 78 y s.; también HAUSER/REHBERG, *Strafrecht I*, 3.ª ed., 1983, pág. 66.

(41) NOWAKOWSKI (nota 37), págs. 22 y ss.

(42) Cfr. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 1985, págs. 90 y ss.; además las precisiones en TRIFFTERER, *Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung*, Klug-Festschrift, t. II, 1983, pág. 434, nota 66. En sentido opuesto, sobre todo KIENAPFEL, *Österreichisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1979, pág. 244.

(43) DANNERT, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, 1963.

(44) BETTIOL (nota 25), págs. 296 y ss.

(45) Así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., 1981, págs. 348 y ss., 391, 437.

(46) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Anales de la Universidad de Valencia, t. XXVII, fasc. 1, 1953.

de Cerezo Mir (47), adoptaron la construcción finalista. Sin embargo, este sector de la doctrina fundamenta la ubicación del dolo en el tipo del injusto no a partir de la estructura ontológica de la acción, sino en base a consideraciones normativas y proporcionan una solución autónoma española al problema del error de prohibición. En Portugal, Cavalheiro de Ferreira y Correia (48) siguen la doctrina de Mezger, y el propio Correia opone expresamente su modo de consideración normativo a la doctrina de la acción finalista. En los Países Bajos, se enfrenta Remmelink en su excelente Tratado a la teoría final de la acción y sus consecuencias (49). Esta doctrina jamás logró penetrar en Francia y en los países nórdicos.

#### IV. *La doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad*

1. La teoría final de la acción había extraído, como hemos visto, el dolo de la culpabilidad y lo había situado, como elemento personal central, en el tipo del injusto. La más reciente dogmática ha consumado este paso, pero fundamentándolo en consideraciones normativas. Pero esta cualidad del dolo como portador del injusto de la acción no le «agota», por así decirlo (50), sino que conserva también significación en la culpabilidad y ello en cuanto expresión de una actitud del autor desvinculada de los valores a proteger, actitud que determina hacia el hecho la dirección de los impulsos (51). Hay que distinguir entre dirección de la acción y dirección de los impulsos. Supone una diferencia, no sólo para el contenido de injusto del hecho, sino también para la clase y gravedad del reproche de culpabilidad, que el autor se decida con «dolus malus» a la comisión de un delito o que, por el contrario, quiera evitar el resultado delictivo y fracase solamente el cuidado debido y posible. Caso de completa conciencia de la antijuricidad se afirmará siempre la falta de adhesión a los valores protegidos jurídicamente. Cuando está ausente la conciencia de la antijuricidad habrá entonces que inquirir si ya el conocimiento de los elementos típicos habría, por sí solo, apartado del hecho a un autor apegado al bien jurídico protegido. Así pues, puede haber perfectamente culpabilidad dolosa con error evitable de prohibición, pero también puede faltar aquella, absolviéndose entonces al autor del tipo doloso. La teoría de la doble posición del dolo, tanto en lo injusto de la acción como en la culpabilidad, sostenida hoy con frecuencia en el ámbito de habla alemana (52) abre de esta forma la posibilidad de, en caso de error

(47) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, 2.ª ed., 1982, págs. 316 y ss.

(48) Sobre esto, HÜNERFELD (nota 13), págs. 162 y ss.

(49) HAZEWINKEL/SURINGA/REMMELINK, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht*, 9.ª ed., 1984, pág. 132.

(50) NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 11).

(51) JESCHECK (nota 17), pág. 194, con argumentos. En contra, sobre todo, HIRSCH, *Der Streit um Handlung- und Unrechtslehre* (II), ZStW 94 (1982), págs. 257 y s.

(52) Cfr. la síntesis de NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 11, in fine.

evitable de prohibición, no aplicar automáticamente la pena del dolo atenuada, sino volver a diferenciar según que la decisión de ejecutar el hecho sea al mismo tiempo expresión de una actitud defectuosa del autor respecto a los valores protegidos jurídicamente o se base únicamente en la falta de cuidado en el análisis de la situación jurídica.

De esta forma encuentran mejor solución dos constelaciones de casos resueltos hasta ahora de manera insatisfactoria. Por un lado, en el supuesto de aceptación errónea de los presupuestos de una causa de justificación (p. ej., legítima defensa putativa), está presente sin duda el dolo en tanto portador del injusto de la acción, pues el autor ha matado o lesionado dolosamente al presunto agresor; lo que falta es, sin embargo, el dolo como expresión de una actitud contraria al derecho, pues el autor ha creído hallarse justificado para la muerte o lesión del supuesto atacante. Si ha errado por falta de cuidado y de ahí que haya llevado a cabo la lesión del bien jurídico en la creencia de estar justificado para ello, existirá entonces, según el injusto y la culpabilidad, únicamente una imprudencia, que será enjuiciada conforme al correspondiente tipo culposo. También en el derecho penal accesorio y en las infracciones administrativas pueden evitarse, mediante la teoría de la doble posición del dolo, condenas excesivamente severas a causa de un hecho doloso en los supuestos no infrecuentes en que el autor realiza efectivamente el tipo de forma dolosa, pero ha creído, aunque erróneamente y debido a la falta de cuidado, obrar conforme a Derecho. La falta de cuidado únicamente puede fundamentar, en tales supuestos, el reproche a título de culpa (53).

2. La teoría de la doble posición del dolo se ha impuesto rápidamente en Austria, toda vez que allí se había mantenido siempre, siguiendo a Rittler, la pertenencia del dolo a la culpabilidad (54). En Suiza (55) y en España (56) ha sido divulgada, considerándose sostenible. En Portugal, ha impulsado Figueiredo Dias (57) la teoría de la doble posición del dolo aclarando la relación entre culpabilidad dolosa y conciencia de la antijuricidad. Aparte de ello, no hay todavía en el extranjero ninguna reacción a este novísimo cambio de rumbo en la teoría del delito alemana.

## V. El doble baremo de la imprudencia

1. En la ciencia penal alemana ya no se considera hoy la imprudencia únicamente como una forma de culpabilidad junto al dolo, sino como una clase especial de comportamiento punible que muestra ca-

(53) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 19), núms. 120 y s. antes del párrafo 13.

(54) NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 11; MOOS, *Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition*, ZStW 93 (1981), págs. 1031 y ss.

(55) Cfr. SCHULTZ, en Gillmeister, ZStW 93 (1981), pág. 1050.

(56) CEREZO MIR, *Die Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), págs. 1018 y ss.; Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, págs. 113 y ss.

(57) FIGUEIREDO DIAS, *Schuld und Persönlichkeit*, ZStW 95 (1983), pág. 246.

racteres propios tanto en el campo del injusto como en el de la culpabilidad. Según se acepta hoy de forma dominante, la imprudencia viene determinada por un doble baremo (58). Por una parte se examina qué comportamiento viene objetivamente ordenado, en una situación de peligro, para la evitación de daños indeseados. Por otra parte se cuestiona si este comportamiento puede también serle exigido personalmente al autor según sus capacidades individuales. Según esto, el injusto típico del hecho culposo no se determina exclusivamente por la causación del resultado (por ejemplo, en el homicidio culposo por la muerte de una persona); antes bien habrá que añadir a esto, como injusto de la acción, que el resultado haya sido objetivamente previsible y provenga de una lesión de los deberes de cuidado que, para la evitación del resultado, incumben en la situación concreta a aquellas personas prudentes que pertenecen al mismo sector del tráfico que el autor. Por ejemplo, si alguien muere de noche a causa de la caída en una zanja cuya barrera de protección habían apartado, por gamberrismo, personas ebrias, habrá que preguntar qué precauciones eran necesarias para la seguridad de las obras en relación a la puesta en peligro de quienes por allí pasan, considerando también la posibilidad de intervenciones de terceros. Sólo cuando se ha determinado la vertiente objetiva del hecho imprudente, puede ulteriormente examinarse si el mandato general de cuidado (aquí el afianzamiento debido de las obras) podría ser también colmado por las personas que vienen en consideración como autores, según su inteligencia, experiencia y posición social.

2. La utilidad práctica (59) de la consideración separada de los momentos objetivos del injusto de acción del hecho imprudente frente al injusto del resultado estriba, en primer lugar, en que con la valoración autónoma de las exigencias de cuidado por el juez se fija un contrapeso frente a la responsabilidad por el resultado, a menudo excesivamente acentuada. Además se le conduce al juez, de esta manera, a la cuestión decisiva de a quién, de entre los diversos partícipes, ha incumbido el deber de cuidado cuya lesión causó el accidente; es decir, en el caso del ejemplo, si a los borrachos, a los trabajadores, al director de la obra, al empresario o a la policía. Finalmente, cuando la jurisprudencia parte, en el enjuiciamiento de los hechos imprudentes, del deber objetivo de cuidado, se ve entonces en la precisión de condensar en reglas generales los mandatos de cuidado que se repiten con cierta frecuencia (p. ej., en principios sobre el afianzamiento de fuentes de peligro frente a comportamientos irracionales de terceros), lo

(58) Así, siguiendo a WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, la doctrina dominante; cfr., p. ej., BOCKELMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1979, págs. 158 y ss.; ESER, *Juristischer Studienkurs. Strafrecht II*, 3.ª ed., 1980, págs. 20 y ss.; JESCHECK (nota 17), págs. 456 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER (nota 19), núm. 119 al parágrafo 15. De forma diversa en cuanto a la ubicación de la lesión del cuidado subjetivo, que se sitúa como característica típica, JAKOBS (nota 34), pág. 263; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3.ª ed., 1981, núm. 1099; *el mismo*, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmassta beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Jescheck-Festschrift, t. I, 1985, págs. 285 y ss.

(59) JESCHECK (nota 17.), pág. 458.

cual fortalece la certeza de los tipos imprudentes y facilita así a los ciudadanos la orientación.

3. La doctrina extranjera ofrece una imagen variopinta en el campo de la imprudencia. Al igual que en Alemania, también en Austria constituye la lesión del cuidado objetivo el momento de injusto y la reprochabilidad personal de la falta de cuidado el momento de la culpabilidad de la imprudencia, lo cual viene sugerido ya por la definición de la culpa en el párrafo 6 del StGB austriaco (60). A ello se ha adherido en los Países Bajos R Emmelink (61). Entretanto, también en Suiza se distingue entre el cuidado objetivamente debido y los conocimientos y capacidades personales del autor para lo cual da pie en todo caso la definición del artículo 18, párrafo 3.º, inciso 2.º del StGB suizo. La objetivación del baremo de la imprudencia se llevaba a cabo hasta ahora —como antes en Alemania— en el marco de la culpabilidad (62) mientras que, de forma inversa, la nueva doctrina ubica las características individuales de la imprudencia en el tipo del injusto (63). En Italia se encuentra en los autores más modernos (64) la doctrina nueva; en los más antiguos, la doctrina tradicional (65). La doctrina dominante en España y el Tribunal Supremo están en la línea de la nueva concepción alemana (66). Totalmente diversa se presenta la imagen en Francia, donde lo decisivo para el enjuiciamiento de los hechos culposos no es la culpabilidad del autor, sino las exigencias de la seguridad pública y el orden (67). La imprudencia se concibe aquí de manera puramente objetiva con base en la teoría de la «identité de la faute pénale et civile», igual que ocurre en Alemania con el concepto civil de culpa, que no presupone determinación individual de culpabilidad alguna (68). Además, en las contravenciones y en ciertos delitos menos graves asimilados a ellas (los «délits purement matériels») es ya suficiente para la punición incluso la mera transgresión en sí, que sólo deja de imputársele al inculpaado en caso de fuerza mayor, incapacidad de culpabilidad o violencia, con carga de la prueba para aquél.

(60) BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, págs. 21 y ss.; el mismo, *Wiener Kommentar*, núm. 26 al párrafo 6; KIENAPFEL (nota 42), pág. 434; PLATZGUMMER, *Die «Allgemeinen Bestimmungen» des Strafgesetzentwurfs*, JBl., 1971, pág. 240. De modo diverso en cuanto a la ubicación del cuidado subjetivo (como JAKOBS y STRATENWERTH en la nota 58), TRIFFTERER, *Lehrbuch* (nota 42), págs. 303 y s.

(61) HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK (nota 49), pág. 192.

(62) Así SCHULTZ (nota 39), págs. 205 y ss.

(63) Así NOLL (nota 40), pág. 212; HAUSER/REHBERG (nota 40), págs. 165 y s.; STRATENWERTH (nota 40), págs. 401 y s.

(64) Así FIANDACA/MUSCO (nota 27), págs. 288 y s.

(65) Así BETTIOL (nota 25), pág. 474; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2.ª ed., 1982, pág. 287.

(66) Cfr. JESCHECK, *Tres conferencias de Derecho penal comparado*, «Estudios penales y criminológicos», t. VIII, 1985, pág. 102.

(67) STÉFANI/LEVASSEUR/BOULOC (nota 29), págs. 254 y ss.; MERLE/VITU (nota 30), págs. 695 y ss., 706 y ss.

(68) DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, págs. 76 y ss.; JAUERNIG/VOLKOMMER, BGB, 2.ª ed., 1981 núm. III 1 al párrafo 276.

## VI. *Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición*

1. A través del reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como base del reproche de culpabilidad ha alcanzado su cima el proceso de eticización del Derecho penal alemán. La conciencia de la antijuricidad como exigencia de la culpabilidad se fundamenta en el principio de culpabilidad, que posee rango constitucional. Se deriva tanto del principio de Estado de Derecho como de la dignidad humana (69). Ya antes del cambio de posición del dolo se sostenía en amplia medida por la doctrina que la conciencia de la antijuricidad debe distinguirse del dolo y representa un momento autónomo de la culpabilidad. Pero sólo en el año 1952 se ha adherido a esta tesis una decisión del Gran Senado para cuestiones penales del Tribunal Supremo Federal (BGH St 2, 194, 201). El legislador ha llevado a término esta evolución mediante la introducción del párrafo 17 StGB. Este precepto regula el error de prohibición, es decir, lo opuesto a la conciencia de la antijuricidad, de la siguiente forma: si el autor carece del conocimiento de la prohibición actuará sin culpabilidad siempre que el error fuera inevitable para él. Si pudo evitar el error, se mantiene la pena del dolo, pero pudiendo ser atenuada conforme al párrafo 49, párrafo 1.º StGB. Según la teoría de la doble posición del dolo (supra A, IV, 1.), habrá que entender el párrafo 17, párrafo 2, StGB de tal modo que si falta la culpabilidad dolosa queda excluida la pena del dolo, incluso si el error era evitable, pues en otro caso se lesionaría el principio de culpabilidad, y en tales supuestos sólo puede venir en consideración la pena correspondiente a un tipo culposo.

La significación práctica del párrafo 17 StGB es más bien escasa en el núcleo central del derecho penal, pues son infrecuentes los supuestos de desconocimiento inevitable de una norma prohibitiva cuando se trata de prohibiciones reforzadas con pena criminal. Recientemente, sin embargo, en los casos de obstrucción de carreteras por iniciativas pacifistas frente a la instalación de armas nucleares o por acciones de protesta de los camioneros o los agricultores, los participantes han reclamado para sí una especie de derecho natural a intromisiones en el tráfico rodado, afirmando obrar bajo una amenaza existencial, sin que con todo eso haya prevalecido su opinión. El precepto del párrafo 11, párrafo 2.º OWiG (paralelo al del párrafo 17 StGB) tiene, por el contrario, notable significación práctica, pues en el campo de los «delicta mere prohibita» no son raros los supuestos en que el autor se ha encontrado de forma inevitable en el desconocimiento de una norma prohibitiva. Si, caso de desconocimiento evitable, falta la culpabilidad dolosa, se puede aplicar sin más en el campo de las infracciones administrativas el precepto culposo, pues en el párrafo 11, párrafo 2.º OWiG no se introdujo ninguna regla paralela a la del párrafo 17,

(69) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 19), núm. 103 antes del párrafo 13.

párrafo 2.º StGB. De esta forma, cabe tomar en consideración una vieja demanda de Richard Lange (70).

2. En el extranjero sólo de modo parcial se ha impuesto la conciencia de la antijuricidad como exigencia de la culpabilidad. Asimismo, el error de prohibición, caso de que sea tomado en consideración, se valora de diversa forma. En Austria han sido largo tiempo discutidos tanto el reconocimiento como el tratamiento del error de prohibición (71). Ahora, a través del párrafo 9 en conexión con el párrafo 34, n. 12 StGB austriaco la cuestión se ha decidido en el sentido de admitir la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad y tratar el error evitable de prohibición como caso de dolo (72). Idéntica regulación ha recogido Portugal en el nuevo Código penal de 1982 (art. 17) (73). En Austria, por otra parte, regula el párrafo 8 de su Código penal el error sobre la presencia de los presupuestos de una causa de justificación de tal forma que desaparece la pena del dolo, siendo posible sin embargo la pena de la imprudencia si el autor ha errado de forma reprochable (74). En Suiza, por el contrario, el error de prohibición, aunque se asiente en fundamentos suficientes, no conduce a la absolución, sino a una dispensa facultativa de la pena o a su atenuación, también facultativa (art. 20 del Código penal suizo). El error de prohibición culpable no aparece regulado y tampoco se toma en consideración por la práctica (75). En España, aparecía debatido en la doctrina y jurisprudencia el problema del tratamiento del error de prohibición (76). El artículo 6 bis a), párrafo 3.º, en conexión con el artículo 66 del Código penal en la nueva redacción de 1983 reconoce ahora, sin embargo, el error inevitable de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad y castiga el error evitable de prohibición con la pena del dolo atenuada. Lo mismo se pretende en Bélgica en el Proyecto de futuro Code pénal (77). En los Países Bajos, numerosas resoluciones desde el año 1923 han concedido valor de causa de exclusión de la culpabilidad al error de prohibición ine-

(70) LANGE, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, JZ 1956, pág. 79; el mismo, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, JZ 1956, págs. 519 y ss.; el mismo, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, JZ, 1957, págs. 233 y ss.; GÖHLER, OWiG, 6.ª ed., núms. 14 y 20 al párrafo 11, soluciona el problema de la siguiente manera: imputando al tipo el deber jurídico en los casos en que éste no resulte de las circunstancias, de forma que, caso de desconocimiento, desaparece, según el párrafo 11, pfo. 1.º OWiG, el dolo del tipo.

(71) NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 43 antes del párrafo 3.

(72) BURGSTALLER (nota 60), págs. 195 y s.; PLATZGUMMER, *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, t. I, 1973, págs. 50 y ss.; TRIFFTERER (nota 42), página 271.

(73) Fundamental respecto a esto FIGUETREDO DIAS (nota 57), págs. 252 y ss.

(74) Sobre esto TRIFFTERER (nota 42), págs. 429 y s.

(75) Crítica de esta praxis en HAUSER/REHBERG (nota 40), pág. 161; NOLL (nota 40), pág. 135; SCHULTZ (nota 39), pág. 232; STRATENWERTH (nota 40), págs. 261 y s.

(76) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, págs. 162 y s., con numerosos detalles, también en relación a la nueva regulación.

(77) VERHAEGEN, *La révision du Code pénal belge, entreprise d'actualisation et de réanimation*, SchwZStr 98 (1981), págs. 8 y s.

vitabile, sobre todo en los casos de información digna en sí misma de confianza, pero incorrecta en sus resultados; no se ha tomado en consideración, sin embargo, el error de prohibición evitable (78). En Suecia el error de prohibición conduce especialmente a la absolución cuando viene causado por la conducta de una autoridad; se concede una atenuación de la pena si el error no parece disculpable en tal medida que justifique una absolución (79). Otros sistemas jurídicos importantes se mantienen, por contra, fieles al viejo principio «error iuris nocet», en todo caso atenuado, como ocurría en la jurisprudencia del Reichsgericht, cuando se trata de error sobre una norma extrapenal. Así la praxis francesa, por vía de una presunción irrefutable de culpabilidad, se apoya en el principio «nul n'est censé d'ignorer la loi» (80) y el artículo 5 del Código penal italiano excluye expresamente la consideración del error de prohibición, lo cual es criticado por Bettiol con las siguientes palabras: «la norma è indubbiamente in contrasto con la realtà psicologica ed umana ed è solo dettata da ragioni politiche» (81).

## B. NUEVA POLITICA CRIMINAL EN PERSPECTIVA COMPARADA

### I. *Trasfondo histórico*

El lenguaje científico internacional sobre política criminal ha venido dirigido en las últimas décadas sobre todo por las grandes sociedades penales. Antes de la Primera Guerra Mundial fue la Unión Internacional Criminalista (UIC) el receptáculo de los modernos vaivenes. Los temas fundamentales con los que ejerció influjo sobre la legislación de muchos Estados fueron: la introducción de la condena condicional, la limitación de las penas cortas privativas de libertad, la extensión de la pena de multa, la lucha contra formas peligrosas de criminalidad mediante medidas, la introducción de alternativas a la pena privativa de libertad y la separación del derecho penal de menores y el de adultos. La labor reformadora de la UIC fue seguida a partir de 1924 por la Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Entre sus reivindicaciones figuraban: el principio de legalidad como fundamento y límite de la intervención estatal, la regulación legal de la ejecución de la pena, la introducción del juez de ejecución

(78) HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK (nota 49), págs. 318 y ss.

(79) THORNSTEDT, *Der Rechtsirrtum im schwedischen Strafrecht*, Jescheck-Festschrift, t. I, págs. 508 y ss.

(80) STÉFANI/LEVASSEUR/BOULOC (nota 29), págs. 383 y ss., con la indicación de que el error inevitable de prohibición deberá conducir, según el Avant-Projet de Code pénal de 1983, a una causa de exclusión de la pena; MERLE/VITU (nota 30), págs. 684 y ss.

(81) BETTIOL (nota 25), págs. 509 y s. FIANDACA/MUSCO (nota 27), pág. 195, hacen referencia a una cauta evolución de la jurisprudencia en dirección al reconocimiento del error de prohibición en las faltas.



de penas, la sustitución de la pena privativa de libertad por la multa y otras sanciones que no llevan aparejada la privación de libertad, la supresión de las penas infamantes, la creación de la asistencia a los excarcelados, la rehabilitación de los condenados mediante la reforma del derecho del registro penal y la indemnización por la comunidad a las víctimas de los delitos violentos (82). Al asumir el Secretariado General de las Naciones Unidas en el año 1950 las tareas de la Comisión Internacional de Derecho Penal e Instituciones Penitenciarias (83), queda situada la reforma del derecho penal en un contexto mundial y vuelve a recordársele, al menos como postulado, a la comunidad internacional. A fin de colaborar científicamente con el Departamento del Secretariado General de las Naciones Unidas competente para la política criminal, las cuatro grandes sociedades penales (84) se han concertado para un Comité Internacional de Coordinación, con sede en Milán, que ha cobrado creciente importancia de cara a la preparación de los temas de los Congresos de la ONU que tienen lugar cada cinco años (85). En el marco del Consejo de Europa, ha influido notablemente en la reforma de la política criminal, elaborando Proyectos para las resoluciones del Consejo de Europa, el Comité européen pour les problèmes criminels (85 a).

## II. El abandono de la ideología del tratamiento

1. Una muestra de la nueva orientación de la política criminal ha sido, desde la mitad de los años sesenta, el abandono de la ideología del tratamiento (86). Hasta este momento se confiaba, allí donde se creyó en esta ideología, en la fuerza curativa de la ejecución penal, mientras ésta se orientara sólo terapéuticamente y pudiera influir durante un período suficiente en los reclusos. Los principios básicos del concepto de tratamiento eran: elección de la clase y duración de la sanción según la necesidad de tratamiento del autor, investigación de la personalidad con ayuda de expertos, introducción de privaciones de libertad temporalmente indeterminadas como pena o como medida, determinación del momento de la excarcelación por expertos sin «status» judicial, aplicación de tratamiento médico, farmacológico y socialterapéutico sin consentimiento del afectado, vinculación del momento de

(82) CORNIL, *Bemerkungen zum 50 jährigen Bestehen der Association Internationale de Droit Pénal*, ZStW 87 (1975) págs. 438 y ss.; JESCHECK, *Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik*, ZStW 92 (1980), págs. 997 y ss.

(83) JESCHECK (nota 1), págs. 20 y ss.

(84) Estas son: la Association Internationale de Droit Pénal (fundada en 1924), la Société Internationale de Criminologie (fundada en 1939), la Société Internationale de Défense Sociale (fundada en 1947) y la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire (fundada en 1951).

(85) Cfr. la relación de los Congresos en JESCHECK/LÖFFLER (nota 16); página 11; hay que añadir, entretanto, los Congresos de Ginebra (1975), Caracas (1980) y Milán (1985).

(85 a) JESCHECK/LÖFFLER (nota 16), págs. 18 y ss.

(86) KAISER, *Kriminologie*, 1980, pág. 287.

la excarcelación con la participación en programas de tratamiento, introducción del tratamiento predelictual, por medio de privación de libertad, para formas de vida desviada y rechazo de las garantías procesales frente a los abusos en las alternativas mencionadas, argumentando que ese modo de tratamiento criminal se llevaba a cabo precisamente para bien del afectado (87).

2. En USA (88), en Suecia y en Dinamarca (89) donde se había impuesto con mayor fuerza la idea del tratamiento, se ha dejado notar, entretanto, un abandono de esa dirección. A ello han contribuido diversas causas, tales como la consideración de la casi nula eficacia de los esfuerzos terapéuticos en una situación de falta de libertad del afectado; el menoscabo de la dignidad humana a través del tratamiento obligatorio; el reconocimiento del derecho a «ser distinto» a aquellas personas que no quieren integrarse; la posibilidad de abusos de autoridad por parte de los responsables debido a la carencia de garantías jurídicas, especialmente procesales; utilización inexacta del vocabulario médico; deslealtad en la decisión sobre el momento de la excarcelación y, finalmente, los costes, en un período de recesión económica y creciente criminalidad. La nueva evolución supone el retorno a la culpabilidad por el hecho como baremo, o al menos como límite superior en la medición de la pena; la orientación, en tanto que tarea del derecho penal, a una prevención general entendida en sentido ético-social; la limitación de la pena privativa de libertad y del proceso penal mismo a la función de «ultima ratio» del control social; el tránsito a la asistencia social de los condenados en el marco de programas comunitarios al margen de la ejecución penal.

3. En Alemania y el resto de los países europeos, aparte, como se dijo, de Suecia y Dinamarca y, en menor medida, también Finlandia, la ideología del tratamiento, prescindiendo de círculos académicos estrictamente limitados, no encontró nunca apoyo, por lo que ahora no se precisa ninguna reorientación. Es importante, sin embargo, en esta situación de brusca transformación, mantenerse firme en que una pena retributiva absoluta, tal como viene recomendada en parte en USA bajo el lema «just desert» (90), no entra en ningún caso en consideración (91). Tampoco tiene este sentido la supresión de los

(87) JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik*, ZStW 91 (1979), págs. 1037 y ss.

(88) WEIGEND, *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, ZStW 90 (1978), págs. 1114 y ss.; el mismo, *Neoklassizismus-ein transatlantisches Missverständnis*, ZStW 94 (1982), págs. 805 y ss.; DAMASKA, *Versuche zur Rationalisierung der Strafzumessung in den USA*, ZStW 93 (1981), págs. 704 y ss.

(89) Inkeri ANTTILA, *Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien*, ZStW 95 (1983), págs. 742 y ss.

(90) Así, por ejemplo, v. HIRSCH, *Doing Justice*, 1976.

(91) Esta era también la opinión de la inmensa mayoría de los participantes en el Coloquio de la International Penal and Penitentiary Foundation, sobre el tema «New Trends in Criminal Policy» en el año 1982; cfr. *Proceedings of the Fifth International Colloquium of the IPPF*, Syracuse, 15-19 February 1982, Bonn 1984, con el informe final de Peter LEJINS, págs. 133 y ss.

establecimientos de terapia social, como medida de seguridad a disposición del juez, por una ley de 20-12-1984, pues pervive como modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad exigiéndose, con razón, la conformidad del interno (parágrafo 9 StVollzG) y, puesto que los resultados obtenidos son buenos, acabará también imponiéndose. Fundamento de toda política criminal es y seguirá siendo la cuestión de si la sociedad está dispuesta a aceptar al autor y sus dificultades, ayudándole así a llevar en el futuro una vida sin delitos (92). La disposición para un acuerdo con el delincuente es presupuesto imprescindible de toda administración humana de la justicia penal. Sólo bajo estas premisas cobran sentido y perspectiva la vuelta al principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena, la aceptación del criterio de «ultima ratio» para la pena privativa de libertad, la introducción de alternativas a la pena privativa de libertad, la extensión de la ayuda durante el período de prueba y la adhesión a una prevención general dirigida al fortalecimiento de la conciencia jurídica de la generalidad.

### III. *El papel de la pena privativa de libertad como «ultima ratio» del sistema de penas*

1. Como es sabido, la pena privativa de libertad es, en efecto, en Alemania la «ultima ratio» del sistema de penas, pero también su espina dorsal (93). Por razón de la prevención general es irrenunciable la pena privativa de libertad en los delitos graves, especialmente los violentos, en la reincidencia contumaz, en el campo, asimismo, de la criminalidad intermedia y como sanción sustitutoria cuando fracasen las alternativas. Bajo el influjo del principio de la «ultima ratio» se ha reducido notablemente en Alemania la significación de la pena privativa de libertad (94). Sólo en aproximadamente el 18 por 100 de todas las condenas de adultos se pronuncia todavía una pena privativa de libertad. En el 82 por 100 de los casos, la pena es de multa. Además, el 65 por 100 de las penas privativas de libertad se someten a suspensión condicional. De éstas, aproximadamente un promedio de 35 por 100 vienen en último término a ser ejecutadas debido al incumplimiento por el condenado de las exigencias impuestas durante el período de prueba; pero, en definitiva, la mayor parte de los condenados a penas privativas de libertad no llega a conocer por dentro un establecimiento penitenciario, viéndose únicamente afectados por el repro-

(92) Así WÜRTEMBERGER, *Erziehung, Kommunikation, Begegnung im Strafvollzug*, *Leferenz-Festschrift*, 1982, pág. 194: «se trata, ante todo, de defender frente a ataques no cualificados el núcleo de la idea de resocialización, conquistada en el curso de un largo período de reforma...»; cfr. también JESCHECK, (nota 87), pág. 1050, así como SCHULTZ, *Krise der Kriminalpolitik*, *Jescheck-Festschrift*, t. II, 1985 págs. 796 y ss.

(93) JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, t. III 1984, pág. V; KÜRZINGER, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in der Bundesrepublik Deutschland*, ebenda, pág. 1898.

(94) Cfr. para lo que sigue HEINZ, *Strafrechtliche Sozialkontrolle - Beständigkeit im Wandel?* *Bewährungshilfe*, 1984, 17, 27.

che público que supone el pronunciamiento de dicha pena. De las penas privativas de libertad sometidas a suspensión condicional, en el 15 por 100 de las inferiores a un año y en el 48,3 por 100 de las de uno a dos años se ordena asistencia durante el período de prueba (95). Mientras que las penas cortas privativas de libertad han disminuido en los últimos años hasta la mitad, aumenta paulatinamente otra vez la cifra de las penas privativas de libertad de media y larga duración, lo cual posiblemente —prescindiendo del incremento de los delitos graves— está relacionado también con el hecho de que la custodia de seguridad, con un total de 38 condenas en el año 1982, ha quedado prácticamente en desuso, por lo que las penas privativas de libertad de larga duración tienen que asumir también la función de aseguramiento. El número total de internos en la República Federal de Alemania alcanzaba el 1-2-1984 la cifra de 64.000, de los cuales aproximadamente 16.000 eran preventivos (96). En consideración a la alta cifra, superior al medio millón, de penas de multa que anualmente se imponen, se presenta con singular agudeza el problema de la pena privativa de libertad sustitutoria, que entra en juego cuando no puede pagarse la multa. El porcentaje de las penas privativas de libertad sustitutorias ejecutadas se mantuvo hasta 1980, con aproximadamente el 5,5 por 100 (97) de todas las penas de multa, dentro de ciertos límites, siendo ya entonces considerable la cifra absoluta de ejecuciones anuales (entre 25.000 y 28.000). Entretanto, esta cifra ha aumentado notablemente a causa del paro creciente y cada vez más acuciante para quien lo sufre (97 a). De ahí que sea especialmente importante la posibilidad, prevista en el artículo 293 de la EGStGB, de cancelar mediante trabajo voluntario las multas no cobradas. Esta posibilidad ha sido ahora introducida en todos los Länder y se utiliza también en la práctica (98). Volveremos inmediatamente a ocuparnos de ello.

2. Al contrario que en Alemania, la pena privativa de libertad sigue siendo con frecuencia en el extranjero la sanción más utilizada por el derecho penal (99), pese a que los reparos que suscita el clima más bien desocializador de las prisiones y el daño al afectado por la separación de su familia y trabajo, se han convertido entretanto en lugar común de la ciencia penal, que paulatinamente comienza también a penetrar en la legislación. Estados que, como Alemania, han reducido notablemente el número de las penas privativas de libertad son Austria, los Países Bajos y Suecia. Suiza tiene una cifra de penas privativas de

(95) Cfr. HEINZ, *Entwicklung, Stand und Struktur der Strafzumessungspraxis*, MschrKrim, 1981, pág. 166.

(96) «Bulletin d'information pénitentiaire», 3/84, pág. 21.

(97) ALBRECHT, *Strafzumessungspraxis und Vollstreckung bei Geldstrafen*, 1980, págs. 26 y ss.; HEINZ (nota 95), pág. 169.

(97 a) Cfr. las cifras en ALBRECHT, *Ansätze und Perspektiven für die gemeinnützige Arbeit in der Strafrechtspflege, Bewährungshilfe*, 1985, pág. 127.

(98) Cfr. el repaso de los preceptos de los Länder en *Krieg* y otros, *Weil du arm bist, musst du sitzen*, Mschr 1984, pág. 28.

(99) JESCHECK (nota 93), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung*, t. III, págs. 1975 y ss.

libertad relativamente alta, pero posee al mismo tiempo un porcentaje especialmente elevado de suspensiones condicionales, con una cuota notablemente menguada de revocaciones, de forma que el resultado final, con 4.400 reclusos el 1-2-1984, de los cuales el 38,8 por 100 son preventivos, se presenta incluso sustancialmente más satisfactorio que en Alemania (100). Al igual que en Alemania, se prevé en casi todos los países una privación de libertad subsidiaria como sustitutivo de las penas de multa no satisfechas. Una laudable excepción supone, sin embargo, Italia (101) en tanto que allí la pena privativa de libertad sustitutoria fue declarada anticonstitucional por lesionar el principio de igualdad, según una resolución del Tribunal Constitucional del año 1979; y en el año 1981 ha sido, también de modo formal, sustituida por libertad controlada policialmente o, a petición del condenado, por trabajo voluntario. La pena privativa de libertad sustitutoria queda así limitada en Italia al supuesto de incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se ejecutan cualquiera de los dos sustitutivos de la pena de multa. En casi todos los países, la privación de libertad que hay detrás de la pena de multa es una pena criminal en sentido propio. Solamente Francia, con el «*contrainte par corps*», conserva todavía el viejo sistema del arresto coactivo (102). En muchos países, en lugar del rígido automatismo del sistema alemán de días-multa (un día-multa = un día de privación de libertad sustitutoria) entra en juego una regulación más flexible de diversa índole, pudiendo ponderarse mejor, de esta forma, la situación económica del condenado y el grado en que es responsable de su incapacidad de pago.

#### IV. *Trabajo en provecho de la comunidad como alternativa de la pena privativa de libertad.*

1. El trabajo en provecho de la comunidad como alternativa de la pena privativa de libertad goza de una larga tradición en Alemania (103). Así, ya en el «*Preussisches Allgemeines Landrechts (ALR)* de 1794 existía la conversión de la pena de multa en trabajos penales: en el derecho sajón y turingio, desde el siglo XVIII, la pena de trabajo manual y en las leyes penales forestales particulares del siglo XIX, la posibilidad de trabajo forestal o comunal en lugar de las multas no pagadas. La ley de multas de 1921 introdujo en el parágrafo 28 b StGB (vieja redacción) la posibilidad de extinguir una pena de multa no satisfecha por trabajo voluntario. Esta regla quedó, sin embargo, en letra muerta, pues solamente en el Land de Turingia se aprobaron los preceptos necesarios para su puesta en práctica. A pesar de esta experiencia poco alentadora, la Ley de Introducción al Código penal (EGStGB) del año 1974, en su artículo 293, ha facultado de nuevo a los gobiernos de los Länder para establecer reglas conforme a las cua-

(100) Vid. nota 96.

(101) Johanna BOSCH, *Neues Strafrecht in Italien*, JZ, 1985, pág. 476.

(102) JESCHECK (nota 99), pág. 2000.

(103) KÜRZINGER (nota 93), págs. 1758 y s.

les las autoridades encargadas de la ejecución de la pena puedan permitir al condenado cancelar, mediante trabajo voluntario, una multa no pagada. Este precepto condujo, en un primer momento únicamente en los Länder Berlín y Hamburgo, a tentativas que, decepcionantemente, tuvieron en su comienzo escaso resultado. Sólo el número creciente de los multados carentes de medios y el retorno a la superpoblación de las cárceles motivaron que, durante los años 1981 a 1984, todos los Länder hayan ido introduciendo, como se dijo, la cancelación mediante trabajo voluntario de las multas no abonadas, si bien únicamente en algunas jurisdicciones y, en parte, a modo de ensayo (104). Con la presión de las necesidades han mejorado los resultados. Significativamente, del 25 al 35 por 100 de los multados morosos, al recibir la citación para el cumplimiento de la pena privativa de libertad sustitutoria, optan por el trabajo que simultáneamente se les ofrece, fijándose la equivalencia entre una tarea diaria de 6 a 8 horas y un día-multa (105). Parece necesaria en este momento una regulación unitaria para toda la Federación, sobre todo con un baremo único de equivalencias, el cual debería también tener presente el montante eventualmente muy escaso del día-multa, que puede descender (parágrafo 40, pfo. 2, inciso 2.º StGB) hasta dos marcos. El éxito final depende también de que un servicio social eficaz establezca y mantenga, de una forma no burocrática, la conexión entre quienes quieren trabajar, las oficinas de empleo y las autoridades penitenciarias. Las otras posibilidades de utilización del trabajo en provecho de la comunidad como sanción en el derecho vigente —p. ej., en cuanto carga en la suspensión condicional de la pena (parágrafo 56 b, pfo. 2 n. 3 StGB) o en el sobreseimiento condicional del proceso penal (parágrafo 153 a, pfo. 1 n. 3 StPO)— han alcanzado hasta este momento en el derecho penal de adultos muy escasa significación (105 a). Esto debería, sin embargo, cambiar ahora si se quiere que la organización del trabajo en servicio de la comunidad llegue a operar correctamente como sustitutivo de la pena pecuniaria.

2. En el extranjero conocen el trabajo como sustitutivo de la multa no satisfecha Suiza (106) e Italia (107), donde incluso se ha abolido, según la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional del año 1979, la pena privativa de libertad sustitutoria. Como carga durante el período de prueba introdujo Francia el trabajo en prove-

(104) Cfr. KRIEG y otros (nota 98); HEINZ, *Neue Formen der Bewährung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland*, Jescheck-Festschrift, t. II, págs. 963 y s.

(105) SCHALL, *Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe*, NSStZ, 1985, pág. 106.

(105 a) De forma diversa, las instrucciones y obligaciones de trabajo en el derecho penal de menores; cfr. HEINZ (nota 104), pág. 969.

(106) SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. II, 3.ª ed., 1977, pág. 112; LANG, *Die Geldstrafe in der Schweiz*, en JESCHECK/GREIBING (comp.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, 1978, págs. 831 y s.

(107) Johanna BOSCH, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Italien*, en JESCHECK (nota 93), t. I, 1983, págs. 338 y s.

cho de la comunidad en 1983. A modo de ensayo se han adherido a este sistema Dinamarca y Noruega (108).

3. El trabajo en provecho de la comunidad como pena principal primaria se introdujo en Inglaterra en 1972 bajo la denominación «community service» (109). Consiste en que el inculpaado se compromete con su aceptación a ejecutar, bajo la dirección de un asistente en el período de prueba, una actividad no remunerada en provecho de la comunidad, cuya duración se fija entre 40 y 240 horas. Es admisible la nueva sanción en todos los delitos conminados con prisión, es decir, en un campo muy amplio, y por ello mismo es también bastante frecuente. El condenado puede elegir por sí mismo la posibilidad de trabajo más adecuada para él de una lista que le ofrecen los funcionarios del período de prueba. Vienen en consideración los más diversos servicios sociales y caritativos. El valor político criminal del «community service» radica en que el autor queda sensiblemente afectado por la pérdida de su tiempo libre sin verse, sin embargo, privado de su libertad y, con ello, del contacto con su ambiente normal y también en que la sanción consiste en una prestación activa para la sociedad como compensación del daño que idealmente se le causó. Si no se sigue el plan de trabajo preestablecido, cabe pronunciar con posterioridad una pena privativa de libertad. Según el mismo modelo han introducido Francia (110), Holanda (111) y Portugal el trabajo en provecho de la comunidad como sanción autónoma. Caso de que las experiencias que se llevan a cabo, en Alemania y fuera de Alemania, con el trabajo en provecho de la comunidad resulten estimulantes, tendrá éste que cuestionarse también entre nosotros como sanción autónoma para la criminalidad leve y media. Las dudas en relación a la prohibición del trabajo obligatorio por el artículo 12, párrafo 2.º, 3 de la Ley Fundamental, pueden disiparse exigiendo el consentimiento del afectado, exigencia que debería preverse ya también por la razón de que en otro caso no podría llevarse a la práctica de forma conveniente el trabajo en provecho de la comunidad (112). De todas formas, no cabe esperar ningún milagro de esta sanción, pues en la práctica sustituiría de modo parcial probablemente no a la pena privativa de libertad sino, a lo sumo, a la pena de multa (113).

(108) TAK/VAN KALMTHOUT, *Dienstverlening en sanctiestelsels*, 1985, páginas 35 y ss. y 177 ss (citado según el manuscrito, en vías de publicación).

(109) Barbara HUBER, *Community service order als Alternative zur Freiheitsstrafe*, JZ, 1980, págs. 638 y ss.

(110) Escéptico a este respecto, según las experiencias habidas hasta ahora con las alternativas en Francia, GASSIN, *La crise des politiques criminelles occidentales*, en «Problèmes actuels de science criminelle», Aix-Marseille, 1985, página 37, que reconduce la crisis de la política criminal a la sobrecarga de la justicia penal y a su pérdida de eficiencia.

(111) En relación a esto, SCHAFFMEISTER, *Durch Modification zu einer neuen Strafe*, Jescheck-Festschrift, t. II, 1985, págs. 999 y ss.

(112) Cfr. en relación a esto PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, 1983, págs. 149 y ss.

(113) ALBRECHT (nota 97 a), pág. 130.

Dogmática penal y política criminal se implican recíprocamente. La dogmática penal establece los presupuestos de los que depende la punibilidad de una acción. La política criminal determina las sanciones que vienen en consideración frente al autor. Todo ello en relación a la tarea del derecho penal: elevar la lesión del Derecho a conocimiento de la opinión pública, como prueba de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico y hacer responsable por ello al autor en la medida de su merecimiento. Si se quiere caracterizar el sentido más profundo de la dogmática penal alemana, habrá que decir que ésta se apoya en la persona, en el modo y manera de su toma de decisiones, sus posibilidades de actuación y su capacidad para distinguir lo justo y lo injusto y para obrar cuidadosamente en su relación con los bienes jurídicos. Sin embargo, el sistema del derecho penal no contempla al hombre solamente en su individualidad, a la que ciertamente debe prestarse consideración, sino también como miembro de una comunidad que precisa de un orden basado en normas para poder subsistir. De ahí que la comunidad imponga a los individuos deberes cuya realización —que, por supuesto, puede exigir esfuerzos— tiene que ser asegurada, ya que con el derecho penal no se trata solamente de proteger bienes, sino también de garantizar exigencias básicas ético-sociales que posibilitan la vida en común en paz y en seguridad. Es más fácil restituir los bienes que la confianza perdida en el orden interno de la comunidad. Al mismo tiempo, el sistema del derecho penal introduce en el derecho vigente las distinciones objetivas necesarias para reagrupar correctamente los casos penales y juzgarlos equitativamente. La política criminal está cimentada sobre la consideración de la libertad y dignidad de la persona, la imposición de sanciones sólo en el marco de la culpabilidad por el hecho y la configuración de estas sanciones de tal manera que no pesen sobre el afectado más que lo estrictamente necesario para asegurar la prevención general. La dogmática penal y la política criminal no aparecen aisladas dentro de un marco nacional, sino que se ensamblan en un contexto cultural internacional, en una relación que vuelve ahora a sentirse fuerte y conduce a recíprocos intercambios y múltiples influjos. El derecho penal humano, liberal y social que les he presentado queda hoy, en efecto, limitado solamente a un pequeño círculo de países, pero es de agradecer el poder pertenecer a ellos. Nuestra esperanza es que este derecho penal se experimente también como un ideal allí donde todavía no está vigente.