

DERECHO PENAL Y LEY NATURAL

*Carlos Pérez del Valle
Catedrático de derecho penal
Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona*

I. Introducción

La evolución del derecho penal ha conducido, por diversas razones, a establecer para él una cierta impermeabilidad a los argumentos sobre la ley natural. En otras palabras: en la actualidad se podría sostener que un penalista convencido de la existencia de una ley natural clásica no tiene por qué discrepar en su concepción del derecho penal de la de un racionalista o incluso de la de un penalista positivista. Ciertamente es que el penalista tendría que admitir unos intereses básicos que le deberían inclinar a mantener algunas opciones de política criminal (por ejemplo: el rechazo de sistemas que amplían la impunidad del aborto) o, a lo máximo, de interpretación de los tipos penales en casos muy particulares (por ejemplo: la consideración que, si se sancionan penalmente determinadas mofas respecto a la religión, su tipicidad no debería depender de pretensiones explícitas de escarnio). Sin embargo, lo que se intenta plantear es si puede afirmarse lo contrario: ¿Constituye la ley natural un presupuesto en la propia concepción del derecho penal? ¿Puede hablarse del derecho penal en la perspectiva del derecho natural?

La consideración de la cuestión por un penalista ha de ser ilustrativa. Arthur Kaufmann sostenía que el derecho natural clásico es la superación del relativismo y del historicismo. En su opinión, en las formulaciones tomistas sobre el problema del derecho natural, existe una distinción entre derecho natural concreto y ley natural en sentido abstracto: mientras que los principios generales se enmarcarían en la idea de ley natural, el contenido concreto sería el derecho natural, mutable en el tiempo. Esta influencia de la historia sobre el derecho no podría ser entendida como la “historia empírica de las concepciones y de las realizaciones jurídicas”, sino como la “historicidad ontológica del Derecho mismo”: existe un “derecho justo en el tiempo”.

Cómo se haya de concretar la función de la ley natural, o del derecho natural, en relación con la ley penal no es, en cualquier caso sencillo. Pero la forma de determinación no puede estar muy lejos de las manifestaciones del derecho penal como

derecho. Y en el análisis del derecho penal es preciso atender a cuatro puntos diferentes, según creo: la explicación de la pena; la legitimación de la protección del derecho penal; la teoría de la imputación y la culpabilidad; y el método de determinación del derecho penal.

II. La explicación de la pena como punto de partida

La teoría de la pena, a mi juicio, es el punto de examen inicial de la explicación teleológica del derecho penal. En la medida que se puede saber qué es la pena desde el punto de vista de la ley natural, es posible también conocer que es el derecho penal. En realidad, no es del todo cierto que una visión teleológica del derecho penal sea exclusivamente posible a partir de la pena a imponer y, por tanto, que todo el sistema del derecho penal –y, por tanto, la teoría de la imputación o el método de determinación del derecho- haya de girar en torno a la pena; esto trae consigo una reducción consecuencialista del derecho penal, que sería además errónea si tan sólo se considera la pena en un sentido teórico. De hecho, es muy posible que la crisis de la prevención especial esté también motivada por una desproporcionada valoración de sus fines en un nivel teórico, cuando de forma simultánea los resultados prácticos pueden ser puestos en duda.

En efecto, no es una concepción no teleológica del derecho penal aquélla que pone su foco principal de atención en los intereses a proteger y, por tanto, una visión que se apoyara en la definición del comportamiento delictivo. Es evidente que una concepción estrictamente positivista no podría aceptar este planteamiento sin más, porque le faltarían elementos suficientes para explicar por qué se protegen estos o aquellos intereses con la amenaza de una pena. En todo caso, a este tema se hará referencia después, cuando se aborde la cuestión de la legitimación material del derecho penal; sin embargo, sí ha de quedar claro que no puede desacreditarse, por deficiencias teleológicas, a un sistema de derecho penal que intente edificarse sobre la base de los intereses que protege. Este error es frecuente, porque la brillantez de Liszt al formular sus proposiciones sobre la idea del fin, que había tomado de Ihering, ha ocultado este plano que es fundamental. Pero esta visión es parcial. Liszt quiso alcanzar un objetivo –el triunfo de la prevención especial- que puede considerarse hoy muy discutible; pero

obtuvo otros inesperados, y entre ellos la fijación de un fin determinado del derecho penal: la pena.

En todo caso, la pena sí implica un elemento diferencial del derecho penal y no sólo por su contenido, sino también por la forma de imposición: una pena presupone la autoridad distanciada del conflicto que resuelve. Desde un punto de vista procesal, esto explica la opción moderna dominante en favor del sistema acusatorio o adversarial en el proceso penal: a mi juicio, y pese a lo que hoy muchas veces se pretende, es posible un proceso penal inquisitivo con garantías, como cabe un proceso acusatorio con serias deficiencias en la delimitación de los derechos del acusado, y lo único que explica aquella tendencia hacia el sistema acusatorio es la impresión de que la separación entre las funciones de acusar y juzgar aumenta la distancia del conflicto por parte del juez. Sin embargo, es posible que esta impresión sea puramente estética, o ponga de manifiesto la desconfianza hacia un Estado moderno –cuyos intereses representaría el Ministerio Público- que no asume como postulado la consecución del bien común. En cualquier modo: la autoridad que impone la pena ha de ser independiente de las partes en conflicto –aunque, como se ha sostenido, podría suceder que quien acusa y juzga lo fueran- y ello implica una forma característica de la pena estatal. Pero hasta aquí existe una caracterización formal.

En relación con su contenido, me parece interesante examinar la propuesta de Michel Villey, quien se refería a un concepto del derecho penal asentado sobre principios, que tomaban como modelo el de la Justicia Divina: según indica sería en primer término, justicia retributiva, como primer grado de la Justicia según el cual el equilibrio que rompe el delito queda restaurado por una pena equivalente; en segundo lugar, apertura al perdón (en el sentido clásico de misericordia o clemencia; por último, temporalidad, de la que derivan en un segundo nivel la utilidad (sólo han de castigarse los hechos que de forma inmediata sean destructivos de la vida en común) y, por ello, la proporcionalidad en la medida de la pena (en la que influyen la salvaguarda del orden social).

La pena ha de ser, según creo, retribución. Pero no sólo retribución, porque conceptualmente esta visión es incompleta: la pena es retribución y expiación social. En ese sentido, y frente a la opinión mayoritaria de los penalistas, expiación no constituye necesariamente una actitud voluntaria frente a la pena ni un efecto reflejo de la pena,

sino que la expiación forma parte del contenido de justicia que implica la pena en un sentido realista -no idealista- de la Justicia natural.

La pena no es, en la perspectiva del bien común, un mal, y lo que constituye el carácter sustancial de la pena, tal como indica Finnis, apoyado en Santo Tomás de Aquino, es que la pena somete al autor de la infracción a algo contrario a su voluntad (*contra voluntatem*). Pero no cabe entender esta actuación contra la voluntad del sujeto como algo que simplemente se “aplica” frente a su voluntad. La pena es *contra voluntatem* porque en la medida que el delito se caracteriza porque el autor “sigue exclusivamente su propia voluntad” o, de una forma más independiente del criterio de la propia voluntad y tal vez más clara en los términos de la discusión moderna, “demasiado inclinado a sus propias preferencias”. La actuación frente a la voluntad de quien infringe el derecho no puede ser un mal sin más, e intentaré explicarlo en las dos perspectivas a las que aludía Finnis: “purely backward-looking” y “forward looking”. Pese a que, aparentemente, podría pensarse en lo contrario, la pena mirando al pasado (“purely backward-looking”) sólo puede ser valorada en la perspectiva fundamental de actuación contra la voluntad del sujeto a la que se acaba de hacer referencia; la pena reacciona contra la voluntad del sujeto manifestada en el delito, y en este punto la pena no es un mal. Cuestión distinta es si mirando hacia delante se puede convertir en un mal, en un plano objetivo, o el sujeto la puede tratar como un mal, y todo ello vinculado a que la pena implica sufrimiento. En este sentido se afirma que la pena es expiación social; es indiferente que el sujeto quiera expiar o se arrepienta –precisamente en este caso sería menos un “mal” aquel sufrimiento que implica la pena desde el punto de vista del propio sujeto que la padece- porque lo relevante es el contenido de expiación de la misma pena impuesta, que constituye a la vez el restablecimiento de la confianza en la vigencia de las normas jurídicas. En otras palabras: la pena retributiva, al ser impuesta, conlleva la “expiación social” que restaura la confianza en la vigencia de las normas. Esta explicación comprende, además, el fundamento (retribución), el fin (restauración de la vigencia de la norma) y el medio por el que la pena así fundada alcanza el fin (expiación social).

Villey añade, no obstante, algunos aspectos que me parecen discutibles dentro del sistema penal: señalaba, en cuanto a la temporalidad, que en la proporcionalidad de la sanción debía considerarse también que la pena es medicinal y el factor educacional que

la deberían informar; por otro lado, subrayaba que el perdón de la víctima era un elemento propio de la clemencia en los casos en que se pudiera reconocer relevancia al perdón de la víctima, como expresión de su poder de *vindicatio*, en aquellos casos en que sólo resultan lesionados sus intereses y no el orden público.

1. Respecto a la primera cuestión, creo que la conocida visión del carácter medicinal de la pena no puede asimilarse directamente a las visiones modernas de la prevención especial: lo medicinal de la pena lo era también para el alma y cara a la salvación. No me cabe duda de que la ejecución de la pena privativa de libertad puede estar enfocada a la resocialización o a la educación, pero esto no es propio del derecho penal; existen otras penas (multas, penas privativas de derechos) que carecen de esta finalidad. Por tanto, es el derecho penitenciario –que, a mi juicio, no es derecho penal- el orden que pretende esta finalidad, en tanto constituye una prevención de peligros futuros y una manifestación de racionalidad en la actuación de los poderes públicos: es absurdo –y, por tanto, irracional- mantener a un sujeto privado de libertad, ya castigado por el derecho penal, sin intentar su resocialización o, en los casos en que esto es posible, su educación. Algo similar sucede con el derecho de menores, impropriamente llamado derecho penal: la finalidad es la educación y la formación del menor, y no su sanción, porque lo que se le impone es, en palabras de Berner, un “castigo pedagógico”, cuyo límite es en realidad, un enjuiciamiento moral y no estrictamente jurídico del menor. Más tarde me referiré de nuevo al problema de la culpabilidad del menor.

2. Respecto a la segunda cuestión, es preciso definir a qué se hace referencia sobre los “propios intereses” cuando se reconoce eficacia al perdón. En la medida que pena es expiación social, y ello garantiza la eficacia de orientación de comportamientos del derecho (la vigencia de las normas jurídicas), los propios intereses quedan extraordinariamente reducidos, y es lógico que así sea. Lo que Villey denomina “orden público” tiene una extraordinaria extensión, y lo renunciable es sólo aquello en lo que el perdón no puede suponer vigencia de normas. Por ejemplo: que los delitos contra el honor sean objeto de perdón, es algo que puede ser entendido en la medida que la norma no se ve afectada, pues en ocasiones se reconoce eficacia también a una indemnización civil. Esto sucede en terrenos fronterizos –por ejemplo, las faltas o contravenciones- y no parece que sea discutible. Una extensión superior pondría en relación directa la pena estatal con la venganza, y no me parece que esto puede ser aceptado, ni tan siquiera al

admitir que ésta fuese sucesora de aquella: aunque se trate de un modo desarrollado y refinado de hacerlo, el contenido de la venganza es siempre causar un mal a quien se estima responsable del mal propio. No niego legitimidad a concepciones que aluden a una conexión de la pena con la venganza en su sentido psicológico profundo de liberación o como una necesidad natural-psicológica, pero esto en nada afecta a mi visión del problema. Sí afecta, sin embargo, cualquier explicación de la pena de carácter evolutivo –finalmente contractualista, pues sería el Estado quien impone la pena en una delegación de los partícipes en el pacto- en tanto conserva elementos conceptuales que son requisitos básicos de la venganza. Es más: en mi opinión esto hace altamente cuestionable las modernas tendencias de intervención de las víctimas en el proceso penal.

III. La ley natural en torno a la denominada legitimación material del derecho penal

Se ha insistido antes en que la única posibilidad de explicar el derecho penal no es a partir de la pena, y que es posible tomar en consideración otros aspectos; de hecho, no es en sí mismo incorrecto pensar que el derecho penal podría explicarse a partir de los intereses que ha de proteger. Sin embargo, para ello existe una dificultad previa, pues faltarían elementos suficientes para explicar por qué se protegen estos o aquellos intereses con la amenaza de una pena. Pero lo cierto es que el iusnaturalismo racionalista, más que el positivismo, ha conducido de hecho a la relativización de los intereses a proteger que hoy es común a los ordenamientos europeos: no es posible saber si existe una determinación vinculante, que debería ser constitucional, que establezca cuándo el derecho penal debe actuar en protección de determinados intereses, y qué intereses requieren la protección del derecho penal.

El derecho penal actual sigue respondiendo a un postulado kantiano radical, que había apoyado desde su origen la dogmática moderna: “no hagas a nadie lo ilícito (*neminem læde*) y de ahí que tengas que apartarte de toda vinculación con otros y evitar toda sociedad”. Es lícito (en contraposición a lo ilícito) lo que no lesiona a nadie; en principio puede entonces decirse que quien no hace nada (quien ni emprende ninguna acción), tampoco lesiona; lo ilícito –si es que siempre exige la lesión de la libertad de otros- significa siempre lesión de derechos subjetivos; los deberes, por tanto, aparecen

como contrapartida del derecho subjetivo (el deber de respetar el derecho de otros). Pero además se piensa que esta limitación del derecho –y del derecho penal- al *neminem laede* está fundada también en la igualdad ante la ley: sólo excepcionalmente –pues únicamente en circunstancias excepcionales puede quebrarse la igualdad ante la ley- puede determinarse una limitación de la libertad a través de un mandato. Una consecuencia inmediata: la legitimación del delito de omisión –esto es, del incumplimiento del mandato- es excepcional, porque no es el bien común, sino el derecho subjetivo del individuo, lo que funda el ejercicio del poder penal.

Una respuesta a esta concepción liberal que legitimaría el derecho penal a partir de los intereses como derechos subjetivos ha sido asumida por autores como Jakobs, cuando indica que “todo orden personal comienza con deberes que contribuyen al mantenimiento del grupo, el cual subsiste a través del ordena” y que “los derechos existen, en tanto son necesarios para cumplir deberes”. El giro es radical, aunque en Jakobs –y en alguno de sus discípulos, como Pawlik- tiene un fundamento ciertamente liberal: la relación sinalagmática libertad-responsabilidad.

Pero este mismo giro puede ser justificado de otro modo. Lesch, otro discípulo de Jakobs, ha mantenido, a la hora de fundamentar los deberes de cooperación del sujeto acusado en el proceso penal, que el sujeto es aquí no sólo acusado con derechos, sino persona integrada en la sociedad con obligaciones comprometidas con el propio fin del proceso; en otras palabras: aunque el sujeto sea acusado, y tenga los derechos propios del acusado en el proceso, debe afirmarse que tiene deberes para con el proceso mismo fundados en su posición como persona en la sociedad y –esto lo añadido ahora- cara al bien común. Aventuro aquí una hipótesis: es posible que de este modo se alcancen los objetivos que, con la creación de la teoría de los bienes jurídicos, pretendió Birnbaum (1843), quien en nada compartía convicciones con la dogmática liberal posterior que ha distorsionado la teoría original para adoptarla como propia.

Estos deberes pueden ser, desde luego, asumidos por el sujeto, que al incumplirlo responde por las consecuencias. Pero precisamente en esta línea de la dogmática penal moderna se ha subrayado la función de las instituciones, aunque también en una perspectiva liberal. Sin embargo, quisiera dejar clara la diferencia entre mi planteamiento y el postulado de acuerdo con el principio liberal, aunque se apoye en la existencia de instituciones: se habla de instituciones no sólo en relación con el derecho

público, sino también en cuanto constituyen comunidades intermedias cuya competencia no ha de depender de cesiones de poder procedentes del derecho público. Por tanto, de acuerdo con el principio de subsidiariedad en su sentido genuino: la función y misión de la sociedad y del Estado, en relación con la libre actividad de los individuos y de los grupos inferiores, consisten en favorecerla, sostenerla, disciplinarla, integrarla y eventualmente suplirla en los casos de ineficiencia o insuficiencia relativa a las exigencias del bien común. Pues bien: de aquí deriva ya una consecuencia de legitimación material del derecho penal: el derecho penal, como derecho estatal coercitivo, debe proteger no sólo a los individuos, sino a las instituciones intermedias. Un ejemplo que me parece claro: cuando se postula la abolición del delito de bigamia indicando que el matrimonio y la familia son esferas en las que el derecho penal no ha de intervenir, se incurre a mi juicio en un error. Precisamente en instituciones intermedias, que tienen su base en la ley natural, existe el deber del Estado de recurrir al ejercicio de la coerción y, por tanto, de sancionar con penas a quien lesiones deberes vinculados a tales instituciones, tanto desde dentro (en el ejemplo de la bigamia, el cónyuge bigamo) como desde fuera (en el ejemplo de la bigamia, el cónyuge que conoce el matrimonio anterior del otro contrayente) de la institución.

De lo expuesto se deriva la posibilidad de legitimar materialmente leyes penales que sancionan las infracciones de deberes desvinculados de derechos subjetivos de otros y enmarcados en instituciones. Pero también la exigencia de promulgarlas en la medida que permitan una protección adecuada no sólo de las personas, sino también de instituciones de derecho natural. Pero no sólo en la determinación de personas e instituciones protegidas aparece una base en la ley natural. Höffe ha indicado que ningún intento de legitimación coercitiva de las relaciones recíprocas de los hombres puede evitar que los deberes cuyo cumplimiento no es adeudado por el otro, como sucede con los deberes de solidaridad, sea tratado como deber moral. Pues bien: una comunidad política en la que el derecho aspire a constituir un modelo de orientación de conducta hacia la virtud ha de entender correcto el respaldo de la vigencia de normas que establecen determinados deberes de solidaridad mediante la previsión de penas por su incumplimiento.

IV. Imputación y culpabilidad del derecho penal: una comparación con el derecho penal de menores

La imputación del delito es el aspecto nuclear del derecho penal, porque es su significación práctica inmediata: sólo a quien se imputa un delito puede imponérsele una pena, y sólo puede pensarse en reglas justas de la imputación. Lo cierto es que las reglas de imputación utilizan términos similares a los utilizados en la descripción del acto por la moral. Sin duda, el hecho de que palabras como dolo o culpa, culpabilidad, ignorancia o error, y otras muchas similares, sean todavía usuales en el derecho penal, está motivado por tres razones: las construcciones de los prácticos sobre el derecho penal –que aun son citadas por la denominación atribuida en su momento, como *aberratio ictus*, *dolus generalis* y otras- conservaban esta terminología, por una parte; y autores que intentaron formular algunos principios teóricos de imputación jurídica, como de Castro, Suárez o Pufendorf, también la utilizaron. No es extraño, por tanto, que quienes fundamentaron la moderna teoría de la imputación en el marco de la doctrina alemana, como Grolman o Feuerbach se apoyasen en estos mismos términos, aunque su significado no fuese siempre coincidente.

En ese orden de consideraciones, la separación entre lo ilícito y lo culpable representa precisamente la distinción que la teología moral había subrayado con frecuencia: el enjuiciamiento de un acto humano permite afirmar una menor responsabilidad en el pecado en la medida que existen alteraciones de su voluntariedad; pero la ausencia de voluntariedad o su alteración no convierte el pecado en un hecho lícito. Cómo se pretenda configurar la teoría de la imputación es, a mi juicio, indiferente desde el punto de vista de la ley natural, siempre que los criterios asentados permitan obtener una imputación justa. Sin embargo, existen algunos aspectos a mejorar en todo caso, y límites que no sería posible superar. Entre los aspectos a mejorar, se encontraría la referencia anterior a las instituciones y al principio de subsidiariedad, a la que me he referido anteriormente, pues es obvio que una configuración de lo que es adecuado y contrario a derecho sobre la base de estos criterios se aproxima más a una imputación justa. Entre los límites insuperables, me parece evidente que determinadas teorías sobre lo ilícito pueden ser incompatibles con la ley natural, y un ejemplo claro son aquellas teorías que admiten sin más ponderaciones entre intereses que, desde el punto de vista

de la ley natural, serían inaceptables. El caso más claro es el relativo a la indicación del aborto que se refiere a la vida o la salud de la madre y que se encuentra muy generalizada en los ordenamientos europeos que no han asimilado un sistema de plazos: cuando se intenta explicar la exención de la pena como la ponderación de un conflicto entre la vida de la madre y la vida del feto en la que tiene preferencia la vida de aquélla -¡y que la ley resuelve sin necesidad del consentimiento de la mujer en casos de urgencia!- y se estima que esto es una causa de justificación, se admite que, en este caso, la decisión de la madre o de los médicos fue lícita. y, por tanto, conforme a derecho, y esto resulta inaceptable. Cuanto más en los casos de otras indicaciones, como cuando el embarazo es consecuencia de una agresión sexual o cuando el aborto tiene una finalidad eugenésica en casos de enfermedades o deficiencias de entidad en el feto. En estos casos, no existe conflicto: en los dos lados de la balanza aparece la libertad de la madre (para llevar el embarazo adelante o para abortar) y es ella quien maneja el fiel y decide.

Lo relevante es, por tanto, si el resultado obtenido en los casos juzgados es que la pena ha de aplicarse a un sujeto culpable, porque la culpabilidad –como culpabilidad jurídico-penal- es la característica propia y genuina del derecho penal. En otras palabras: es indiferente cuál sea el concepto de dolo que se seleccione, y que en la dinámica actual responde a una discusión entre tesis que lo estiman existen con el conocimiento del peligro que entraña el propio comportamiento y quienes piensan que dolo implica también voluntad; es indiferente que el dolo sea, como hoy se entiende en la doctrina dominante, el elemento constitutivo del tipo subjetivo del delito doloso o una forma de culpabilidad alternativa a la imprudencia. En mi opinión, es más correcto pensar que dolo es una forma de tipicidad subjetiva que presupone conocimiento del riesgo de comportamiento, pues es una manifestación del *spontaneum*, pero esto importa ahora poco. Lo que sí es decisivo es la conclusión pueda establecerse sobre la culpabilidad del autor, porque el único dolo que quiere castigar el derecho penal es el dolo culpable. En esta perspectiva, es posible afirmar que un esquizofrénico paranoide ha cometido un homicidio en forma dolosa, siempre que finalmente pueda mantenerse que no es culpable.

Culpabilidad es una cualidad que se predica del sujeto al que se imputa el delito y se le considera merecedor de la pena como castigo. Como se ha dicho, culpable es quien pone de manifiesto con su comportamiento un grave desprecio por el fundamento

de las normas jurídicas. En ese sentido, existe una presunción en favor de que quien comete un hecho delictivo es culpable y, por esa razón, se habla de exclusiones de la culpabilidad, que son los casos excepcionales en los cuales el autor no es sujeto del derecho penal. Pero la culpabilidad requiere una legitimación moral, y en ese sentido existe esta fundamentación con carácter positivo: frente a quien desprecia el derecho, la comunidad política establece una censura moral; este desprecio lo es por el bien común y por los bienes esenciales de la comunidad política que justifican moralmente su existencia. Por tanto, culpabilidad implicaría imputación moral.

No obstante, esta culpabilidad moral se presume en el sujeto: los sujetos de derecho en la comunidad política son sujetos morales y, por ello, moralmente imputables. El derecho penal, como sistema jurídico, establece mecanismos de excepción. En la medida que se presume la culpabilidad moral, puede afirmarse que en el derecho penal es relevante precisamente la exclusión; esto es, en qué casos se considera que el autor no es moralmente culpable, lo que tiene lugar de forma tópica: se buscan los grupos de casos en los que puede considerarse que el autor no pone de manifiesto el desprecio por las normas y, por tanto, no pone en cuestión su carácter de orientación de comportamientos. Estos grupos de casos, que son las denominadas causas de inimputabilidad, se determinan normativamente: se valora que el autor no puede ser considerado sujeto del derecho penal en la medida que no le es imputable su déficit de motivación para comportarse conforme al derecho. Esto sucede cuando se niega la capacidad para ser sujeto de derecho por su falta de madurez o desarrollo (menores de edad) o por deficiencias estructurales (graves enfermos psíquicos); pero tampoco cuando presentan estas deficiencias de forma ocasional por la carencia inevitable de conocimiento de lo que es lícito (errores de prohibición) o por la pérdida de control del comportamiento sobre la base de factores internos o externos (afectaciones de la conciencia muy graves causadas por sustancias de adicción o trastornos psicóticos graves).

Esto explica también que el derecho de menores no sea, como se pretende hoy con frecuencia, derecho penal. El derecho que establece medidas de menores no es retributivo y, por tanto, no es derecho penal; se cree —y esto es una convicción social en crisis en estos momentos— que el menor, cuando no ha finalizado su formación, todavía puede ser educado. El menor de edad que comete un delito pone de manifiesto

necesidades especiales de educación, pero no puede atribuírsele la condición de sujeto culpable en el derecho penal. A mi juicio, las pretendidas revisiones del principio educativo mediante el principio de culpabilidad yerran precisamente en esta consideración, utilizando conceptos propios de la culpabilidad jurídico-penal, cuando el menor no tiene esta atribución. Pero entonces ¿No hay culpabilidad del menor? La única culpabilidad del menor puede ser aquélla que no implica atribución de capacidad en el derecho penal y que puede ser compatible con el principio educativo; esto es, puede permitir la determinación de la medida de educación, porque el sujeto más o menos culpable puede requerir más o menos intensidad en la medida educativa. Esta culpabilidad, que no es jurídico-penal y que auxilia en la definición de las necesidades educativas del sujeto, no es otra que la culpabilidad moral. El derecho penal de menores no es, a mi juicio, derecho penal; es un ámbito dirigido a la formación y educación del menor que puesto de manifiesto sus deficiencias mediante un comportamiento grave, insoportable en sí mismo para la sociedad. Y estas necesidades educativas están condicionadas por la culpabilidad moral del sujeto, y el menor sí puede ser moralmente culpable, en la medida que su grado de madurez permite constatar un grado de culpabilidad moral. Las medidas educativas del derecho penal de menores están configuradas de acuerdo con las necesidades del sujeto, y es más necesaria la educación al menor que es moralmente más culpable.

En esta concepción, según creo, se dan las exigencias propias de una teoría de la imputación que no puede abandonar su fundamento moral: sería inapropiado establecer penas para sujetos que no son responsables desde un punto de vista moral. Una determinación normativa de las exclusiones permite mantener el fundamento y admitir la excepción en casos dudosos por razones de prudencia. Pero un orden justo debe configurar las medidas establecidas para las exclusiones: los menores de edad no son penalmente culpables, pero sí moralmente, y por eso les ha de ser aplicable una medida en la que su culpabilidad moral sea tenida en cuenta; los enfermos mentales tienen una mayor o menor culpabilidad moral, y también en función de ésta puede configurarse su tratamiento terapéutico, aunque éste es fundamentalmente una medida de seguridad. En ambos casos, en los que se establece la excepción ante un derecho penal que presume la culpabilidad, no es aplicable el derecho penal.

V. Método de determinación del derecho penal en la perspectiva de la ley natural

La última cuestión a examinar es la referida al método de determinación del derecho penal. Por un lado, el principio de legalidad se presenta como una forma de control de poder del Estado en la aplicación de las sanciones y, por ello, se le atribuyen efectos beneficiosos de garantía y se garantiza su fundamento como un derecho fundamental. Ciertamente, en su origen no era exactamente así, y su postulación por parte de Feuerbach en los primeros años del S. XIX estaba más bien relacionada con la teoría de la pena dominante en aquellos momentos: sólo puede existir intimidación general (prevención general negativa) si los ciudadanos conocen exactamente qué es lo que no deben de hacer para evitar ser sancionados con una pena.

Sobre esta base, se ha configurado un derecho penal apoyado en el principio de legalidad de un modo tan estricto que, al menos en dos de sus manifestaciones, se presenta bajo una configuración especial: cuando se afirma que el principio de legalidad como *lex certa* (mandado de taxatividad al legislador) y *lex stricta* (mandato de restricción al juez) se asume que el derecho penal es un área prohibida a visiones del derecho no positivistas. Esta forma de ver las cosas ha condicionado, sin duda alguna, la construcción de sistemas teóricos del derecho penal, de tal modo que autores cuyas convicciones en el terreno de la filosofía del derecho podían ser muy próximas al derecho natural clásico, desarrollaban conceptos y razonamientos en el derecho penal que podía haber firmado el más radical de los positivistas. Además, y aunque en los principios se sostenga la eficacia de la interpretación teleológica, los comentarios doctrinales sobre los tipos penales de la parte especial y las sentencias de los tribunales están salpicadas de argumentaciones de interpretación gramatical que tal vez hoy no son usuales en ninguna otra rama del derecho. La cuestión es, entonces, si esto es inevitable, o si es posible entender que, del mismo modo que sucede en el terreno de la pena o de la culpabilidad, el método del derecho penal es también permeable a la ley natural.

Es evidente, por otro lado, que la restricción alcanza fundamentalmente a lo que en el derecho penal se designa como tipo. La razón es sencilla: en otros ámbitos de comprobación negativa, en los que la ley señala las excepciones a su aplicación, como en las causas de justificación, se admite de forma mayoritaria la analogía *in bonam*

partem. Es más: cuando ésta se niega, se incurre en una cierta incoherencia en la comprensión del principio de legalidad como garantía, pues se configura *contra reo*. Por ese motivo, es claro que se habla de una “interpretación restrictiva en torno a los elementos que fundamentan la pena o una agravación de la pena”. Sin embargo, en los inicios de la teoría moderna del tipo penal, cuando Beling (1906) configura sus exigencias en una visión ciertamente positivista, no olvida que con el tipo de la ley penal (Tatbestand: supuesto de hecho) se introduce un tipo de hechos (Typus). Esta visión, que fue desarrollada por Arthur Kaufmann –a quien se debe una seria crítica de la tradicional prohibición de la analogía en el derecho penal- y por su discípulo Hassemer hace tiempo en una perspectiva tipológica, indica un camino no habitual en el derecho penal. La determinación del contenido del tipo penal de la ley puede ser vista también, como en otras ramas del derecho, como un “tipo de casos” y cabe formular la determinación del contenido del tipo de este modo.

Por otro lado, sería ingenuo pensar que el derecho penal es capaz de determinar en la previsión de los tipos de la ley todos los elementos necesarios en una determinación gramatical. Sería muy prolijo enumerar las teorías que han fracasado al intentar una determinación del contenido del tipo de la ley desde un punto de vista gramatical, y a modo de ejemplo me he de referir a las teorías formal-objetivas de la autoría: sólo quien realiza la acción típica es autor. Sin embargo, cuando intervienen durante la ejecución de un delito varios sujetos, nadie es autor de todo el comportamiento típico: en un robo, uno toma el dinero y otro amenaza con el arma; pero el tipo de robo consiste en apoderarse de dinero venciendo la voluntad de la víctima con amenazas. Las correcciones de la teoría formal-objetiva la hacen inaplicable –aunque en la doctrina española sigue teniendo una representación considerable- en la práctica y los tribunales han de acudir a la idea de la división de funciones, que es una teoría material y, por tanto, no apoyada en términos estrictamente gramaticales. ¿Implica esto una vulneración del principio de legalidad? Aunque en ocasiones se sostiene esta consecuencia, parece inapropiado mantener esta consecuencia, y las teorías sobre la autoría y la participación, así como su aplicación práctica, desarrollan cada vez más los criterios materiales.

A ello se añade la dificultad propia de la técnica de la legislación, que obedece a la consecución de diferentes objetivos. Cuando se sanciona la muerte o la lesión de otro, a la ley le suele ser indiferente el modo en que esto se lleva a cabo, a diferencia de lo que

sucede en el caso del patrimonio: la estafa suele prever un perjuicio patrimonial motivada por un tipo de comportamiento concreto, vinculado a engaños o fraudes. En el homicidio y las lesiones, por ejemplo, es el intérprete quien ha de indicar qué significa “matar”, “causar la muerte”, “lesionar” o “causar lesión”, porque un resultado separado en el espacio o en el tiempo del propio comportamiento del autor ha de ser relacionado con éste último. Hasta tal punto la cuestión implica dificultad, que Armin Kaufmann llegó a afirmar que en estos casos existían “leyes penales en blanco” en las que el espacio a llenar era la causalidad. Hoy se admite con frecuencia, desde que Larenz (1927) lo desarrollara para el derecho civil, que este espacio en blanco es cubierto por la imputación objetiva del resultado. En todo caso, esta teoría se ha introducido como un marco de solución que limita consecuencias no deseadas de una relación de causalidad que podría aparecer como demasiado extensa; pero es indudable que, en tanto se constituye en teoría, incluye formas de determinar la ley penal a partir de presupuestos que no se mencionan en el supuesto de hecho.

En mi opinión, la situación se presenta de una forma inversa a la que encontraron Erich Kaufmann (1921) o Welzel (1935) cuando criticaban el neokantismo: desde punto de vista diferentes denunciaron ambos que el neokantismo, que quería oponerse al formalismo jurídico positivista, se presentó pese a todo como auténtico positivismo. Por el contrario, algunos positivistas actuales en el marco del derecho penal defienden formas de determinación del derecho que no se explican desde una perspectiva puramente positivista; se muestra un neopositivismo que sostiene una interpretación teleológica de las normas penales en la que el *telos* es única y exclusivamente la pena. Lo criticable de este planteamiento, que ha sido ya examinado antes, no evita que pueda observarse una nueva dimensión en la determinación del derecho en este sector del positivismo y ciertos elementos que permiten aproximarlos a métodos de interpretación asumibles.

La asunción de la crítica a los métodos de interpretación que eran tradicionales en el derecho penal y el desarrollo de teorías como las expuestas, dejan ver una cierta crisis del principio de legalidad en su concepción liberal tradicional. A ello se añade un aspecto al que he hecho escasa referencia, pero cuya influencia en el desarrollo de este análisis es decisivo: la crítica de la prohibición de la analogía de Arthur Kaufmann, formulada hace casi cincuenta años, todavía no ha sido contestada con autoridad y sólo

puede ser orillada por quienes la miran con desconfianza pero son incapaces de rebatirla.

VI. Conclusión

El panorama que se ha presentado requiere una ulterior explicación, de forma muy breve. Cada perspectiva (pena, legitimación, imputación y método) es deudora de las otras, y precisamente la deficiencia del derecho penal moderno consiste en una presentación de estas cuestiones, bien de forma independiente y asistemática; bien asignando valor preferente a una (frecuentemente la pena o la legitimación material) sobre las otras. Esta forma rompe con la coherencia del derecho penal como objeto de lo justo en la imposición de penas: es imposible pensar que lo justo puede ser independiente del presupuesto para la imposición, de la consecuencia, de la forma en la que se impone y del método. Existe todavía, sin embargo, una deficiencia, que he intentado resolver en algunos breves excursos sobre mi explicación de estos temas: el proceso penal. Este es un reto que requiere una reflexión ulterior, aunque sin demora.