

LECCIÓN 1

CONCEPTO DE DERECHO PENAL

1. El Derecho penal. Sus conceptos objetivo, subjetivo, formal y material

Comenzaremos por abordar brevemente la cuestión sobre la “intitulación” de nuestra disciplina. Así, hay que constatar que lo que hoy entendemos por Derecho penal fue clásicamente denominado Derecho criminal, correspondiéndose con la traducción del término latino “ius criminale”. Así, y frente a la expresión “Strafrecht” (Derecho penal) usada hoy en día, a lo largo de los siglos XVIII y XIX los autores alemanes utilizaban el término “Kriminalrecht” para referirse a esta parte del Ordenamiento jurídico. En España también se utilizaba clásicamente la expresión “criminal” para referirse a nuestro objeto de estudio, tanto por parte de los autores como por parte del propio legislador, pues así lo muestra la denominación del “Plan de código criminal de 1787”. Cuando por influencia alemana, y sobre todo francesa, se cambia la denominación de “Derecho criminal” a “Derecho penal”, la misma también afecta al Código penal, y tal denominación llega a ser de uso casi unánime ya a principios del siglo XIX. Se ha analizado profundamente el por qué del cambio de denominación, y aparte de cuestiones históricas y otros condicionantes que no nos deben ocupar aquí, sí señalaremos dos “ventajas” de la actual denominación frente a la anterior que podrían, de algún modo, explicar el cambio. La primera sería el hecho de que la palabra “criminal” llevaba implícita una valoración negativa, dado que dicho término puede definirse, si no va acompañado por la palabra “Derecho”, como el hombre o mujer que comete un crimen. La segunda ventaja de la actual denominación es que, mientras la expresión Derecho criminal (“Criminal Law”) hacía referencia a un conjunto de materias que afectaban tanto al Derecho sustantivo como al Derecho procesal, la denominación Derecho penal se refiere de forma exclusiva al Derecho sustantivo, que describe delitos e impone penas. Esto se corresponde más con una concepción del objeto de estudio del Derecho penal como la española, por influencia fundamental de Alemania, frente a lo que se sigue entendiendo en el

sistema anglosajón que integra la materia del “Criminal Law” en el ámbito del “Common Law”. También, como resulta lógico, se vieron en ello inconvenientes. El más usualmente planteado es el de que el término Derecho penal parece dejar fuera a las medidas de seguridad. Así WELZEL cuando sostiene que “[l]a denominación «Derecho penal» ha resultado demasiado restringida para la materia tratada en el C.P., sobre todo a partir de la Novela de 24 de noviembre de 1933; pues junto a las penas el C.P. regula también las medidas de seguridad y corrección”. Y también pueden recordarse las consideraciones de MEZGER acerca de que la pena es sólo uno de los medios del fin de la disciplina, cual es “la lucha contra la criminalidad”, por lo que el término “criminal” refleja mejor el contenido de nuestra disciplina. Pese a todo ello se ha preferido el término “Derecho penal”.

Por otra parte, y acercándonos ya a la cuestión del concepto o definición de Derecho penal, pese a que hoy dicha denominación se haya generalizado, hay que precisar que el término Derecho penal no puede considerarse unívoco. Es tradicional que la doctrina se refiera a que dicho concepto difiere si nos referimos a él en un sentido objetivo, subjetivo, formal o material. Y es que antes de afrontar la tarea de definir el Derecho penal resulta imprescindible saber qué queremos definir en realidad.

Cuando hablamos de Derecho penal en sentido objetivo (“ius poenale”) nos referimos al “Derecho penal como norma”, esto es, al conjunto de normas que integran ese concreto sector del Ordenamiento jurídico. Por otra parte, el Derecho penal en sentido subjetivo refleja el “ius puniendi” o “poder de castigo” del Estado, si bien en la actualidad, más que como poder o derecho subjetivo de castigar, el “ius puniendi” se entiende como función, facultad o potestad punitiva: como la función del Estado de aplicar penas a determinados presupuestos lesivos de valores o bienes jurídicos. En realidad más que de distintos conceptos se trata de diferentes “visiones” de algo único, dado que el Derecho penal objetivo no es más que lo que dimana del “ius puniendi”, como poder del Estado de exigir el cumplimiento de determinados presupuestos normativos que conforman aquel Derecho penal objetivo.

Algo similar ocurre con el Derecho penal formal y material. Al hablar del Derecho penal objetivo como conjunto de normas que conforman la legislación

penal de un Estado, estamos haciendo una definición formal del Derecho penal que no tiene en cuenta la particular configuración que puede tener el Derecho penal según las concretas finalidades con las que se integre en un determinado sistema político. Esto exige una visión del Derecho penal en sentido material, la cual, por supuesto, puede aportar mucho más que una simple visión formal, dado que permite la comparación del concreto contenido del Derecho penal con las finalidades que al mismo se han pretendido otorgar en el sistema político de un Estado social y democrático de Derecho. Todo ello, si es que, como así se hace desde aquí, se entiende que es función de la Dogmática penal no sólo definir y describir las normas del sistema jurídico, sino también la de “[...] orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al [J]uez en su aplicación”.

2. Definición de Derecho penal

Una vez realizadas las anteriores precisiones conceptuales, es posible centrarse ya en la definición del Derecho penal. Para definir el Derecho penal hoy en día se sigue tomando como punto de partida la clásica definición de von LISZT, según la cual el Derecho penal es “el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el estado que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia”. Esta primera definición, como ocurre con todo aquello que es primario, ha sido desmenuzada por la doctrina, que ha buscado y encontrado errores, carencias o nuevos puntos de vista que trataremos de sintetizar a continuación.

Pues bien, junto con la tradicional crítica de que esta definición sólo se refiere al sentido objetivo del Derecho penal (“ius poenale”), pero no al subjetivo (“ius puniendi”), otra importante, y también “clásica”, objeción a la definición de von LISZT es la de su estrechez, en el sentido de que en la definición sólo se menciona el delito y la pena, pero no el estado peligroso ni la medida de seguridad. En efecto, si bien es evidente que el delito como presupuesto, y la pena como consecuencia jurídica aplicable cuando se dé el primero, son los elementos fundamentales sobre los que ha girado, y gira, el Derecho penal, no es menos cierto que hoy en día ya están perfectamente incrustados en los sistemas penales modernos otros dos elementos: el estado peligroso (la situación en la

que el Estado considera que un sujeto tiene probabilidad de delinquir en el futuro) y la medida de seguridad (la reacción defensiva de la comunidad estatal ante esa probable delincuencia futura). Si bien sobre ello se incidirá más adelante, es importante diferenciar entre los elementos necesarios para la aplicación de una pena y los necesarios para la aplicación de una medida de seguridad: la pena exige que el sujeto realice un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, es decir, un delito; la medida de seguridad exige únicamente un estado peligroso, esto es, la consideración por parte del Estado de que el sujeto puede delinquir en el futuro, si bien la doctrina matiza que para aplicar una medida de seguridad es necesario, cuanto menos, que el sujeto haya realizado un hecho típico y antijurídico.

Desde la doctrina española se ha tratado de aportar distintas definiciones de Derecho penal objetivo. Así, en primer lugar, partiendo explícitamente de la definición de VON LISZT, MIR PUIG considera que son Derecho penal “las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica”. De modo similar, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN definen el Derecho penal como “conjunto de normas jurídicopositivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad”. La definición resulta similar a aquélla de DEL ROSAL FERNÁNDEZ que define el Derecho penal como “aquella parte del [O]rdenamiento jurídicopositivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado y que anuda, a causa del hecho cometido, penas y medidas de seguridad y prevención”. De forma similar a lo que ocurría con la definición de VON LISZT, en cuanto a la ausencia en ella de una referencia al Derecho penal subjetivo, todas las definiciones que se han visto hasta el momento son, y sin duda eso han pretendido ser, definiciones formales de Derecho penal. Esto es, no hay en ellas ningún tipo de referencia a la finalidad protectora del Derecho penal, a la función del Derecho penal como instrumento del Estado para proteger valores o bienes jurídicos, y, si bien cualquiera de estas definiciones es correcta desde un punto de vista puramente formal, creemos necesario integrar en la definición que nos ocupa, no sólo lo que es formalmente, sino lo que debe ser materialmente el Derecho penal. La misma objeción cabe plantear a la definición de RODRÍGUEZ MOURULLO que,

distinguiendo perfectamente entre “ius poenale” y “ius puniendi”, concibe el primero de ellos como “el conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delitos asocian penas o medidas de seguridad y corrección”.

Es decir, que debemos incluir en la definición de Derecho penal no sólo la visión formal sino, también, la material, que trata de determinar la función y razón de ser del Derecho penal.

Es sugerente en este sentido la distinción conceptual realizada por García-Pablos de Molina que, desde un “enfoque dinámico y social” (frente a un “enfoque estático y formal”), define el Derecho penal como “uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo”.

Así lo hace, por ejemplo, CARBONELL MATEU quien, introduciendo un elemento de materialidad, entiende el Derecho penal como “la parte del Ordenamiento jurídico reguladora del poder punitivo del Estado que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos o estados peligrosos determinadas conductas a cuya verificación asocia una pena o medida de seguridad”. Esta definición parte, sin embargo, de considerar que el Derecho penal únicamente puede proteger aquellos bienes jurídicos que tengan relevancia constitucional y, dadas las discusiones actuales sobre la naturaleza constitucional o funcional de los bienes jurídicos protegidos, nos parece más abierta una definición de Derecho penal que se refiera abstractamente a los bienes jurídicos. También resulta significativa la definición del Derecho penal que da CUELLO CONTRERAS, por su referencia a los fines de la pena y al objetivo del control social, así como por incluir como garantías limitadoras de la intervención penal en la propia definición no sólo la protección de bienes jurídicos sino, también, el principio de intervención mínima. Para CUELLO CONTRERAS el Derecho penal es “el instrumento de control social que persigue la finalidad de proteger bienes jurídicos imprescindibles para la vida social – cuando no hay medios menos drásticos de protección – mediante penas y

medidas de seguridad y corrección encaminadas a lograr la reinserción social del delincuente restableciendo la paz social quebrantada por el delito”.

Así, pues, y tomando como referencia las definiciones anteriores, podemos concluir definiendo el Derecho penal como “el sector normativo del Ordenamiento jurídico regulador del poder punitivo del Estado que, mediante la tipificación de delitos y estados peligrosos a los que asocia consecuencias jurídicas consistentes en penas o medidas de seguridad, trata de proteger los bienes jurídicos que conforman la identidad social y que requieren para su tutela de una intervención estatal formalizada, proporcionada y última”. Más que una definición objetivo-formal, se trata de una definición que atiende a lo que, desde una perspectiva material, creemos que debe ser el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho.