

BIBLIOGRAFIA

RÉVISTA DE LIBROS

ARMIN KAUFMANN: "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna", Depalma, Buenos Aires 1977, 403 págs. (Traducción de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de la obra "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik", Otto Schwartz Göttingen 1954).

1. Todas las ramas del saber, quizá con la excepción de una parte de la teoría de las ciencias y de la teoría sociológica de los sistemas, aparecen hoy dominadas por el pensamiento normativo. Desde la lógica deóntica hasta la ética, pasando por la teoría sociológica de la acción se inspiran en la confrontación entre *norma* y *acción*. Dentro de este universo de saberes, el fenómeno del Derecho no podía ser una excepción. Precisamente su proximidad sustancial a la Ética ha hecho del Derecho objeto idóneo donde ensayar modelos de configuración social conforme a criterios normativos y de teoría de la acción; frente a esta tradición, se explica que en momentos de eclosión de corrientes antinormativas sea el Derecho, antes incluso que la Ética, materia sobre la que canalizar la crítica. No es este el lugar de buscar explicaciones al hecho del resurgir del pensamiento normativo (por ejemplo en la Ética), pero sí de recordar que el pensamiento antinormativo no ha hecho grandes conquistas ni ha logrado penetrar en todos los ámbitos en que lo ha intentado. Concretamente en Derecho penal puede decirse que, permítasenos una expresión vulgar, ha sido mucho mayor el "ruido" que las "nueces".

Kaufmann se ha preguntado, en primer lugar, por la *existencia* de las normas tal como las entiende Binding. Las respuestas a esta pregunta pueden ser múltiples, y el mismo Kaufmann ha aludido a la ambigüedad de la respuesta (que se corresponde con la ambigüedad de la pregunta). La respuesta más simple es la siguiente: La teoría de las normas es una forma de pensar el Derecho, y como tal ha sido empleada por el legislador histórico y el legislador actual. Este hecho ha de ser aceptado, y todo aquél que pretenda rechazar el pensamiento normativo ha de dirigir sus recomendaciones al legislador del futuro. El Derecho actualmente existente no puede ser pensado sin una teoría de las normas, que le subyace. No obstante, esta respuesta parece incompleta. Y hoy, dominados por la idea de política criminal, parece necesario completar aquella respuesta. Satisfacer esta exigencia no sólo parece obligado sino, además, altamente sugestivo. Para mí, más importante que las reflexiones hechas por Kaufmann al principio de la investigación, es una consideración que éste hace en el capítulo cuarto. Allí, al estudiar el contenido del reproche de culpabilidad, sostiene Kaufmann que lo que se reprocha al autor es que la lesión del bien jurídico originada por un

comportamiento ilícito se haya realizado por quien actuó con capacidad de haberlo evitado; y que para llevar a cabo tal juicio no es suficiente con un juicio de valor sobre la conformidad a Derecho o no de tal comportamiento, sino que es necesaria además una *teoría de las normas* "que permita atender a la formación de la libertad en Derecho penal en confrontación entre la valoración contenida en la norma y la concreta formación de voluntad del obligado". ¿Qué significa la alusión hecha por Kaufmann a la teoría de las normas en este contexto?

Una respuesta fácil a esta pregunta sería: Lo que aquí se decide es un punto de partida *liberoarbitrista*. Ello, sin embargo, es incierto; y, en cualquier caso, incompleto. Se puede partir de una teoría de las normas y, sin embargo, rechazar el agnosticismo indeterminista, como han hecho algunos autores, contemplando a la norma penal como norma de motivación desde una perspectiva de prevención general que coincide con el rechazo de la idea de culpabilidad. Se puede partir, por otro lado, de una especie de "iusnaturalismo" penal en base al cual los reactivos del delito serán medidas compensatorias en beneficio del propio delincuente, víctima de un proceso de criminalización, frente al cual compete al Estado una tarea asistencial para restablecer la injusticia de la situación que culminó en el delito; aquí se produce un claro rechazo de la teoría de las normas que, sin embargo, no implica un rechazo del libre arbitrio cuyos presupuestos de realización, una vida digna y humana que no invite a delinquir, precisamente se trata de restablecer.

La razón es otra, relacionada con la forma de estar del hombre en sociedad, por lo menos en Occidente desde que en Francia y Alemania se acabó con las guerras de religión: la idea de *autonomía* del hombre, que desde Kant, entendida de una forma u otra, obliga al Estado y a los demás a ver en él a un ser cuya existencia personal y política es la de decidir su propio destino. (Esta es una cuestión de principio que no admite la prueba en contrario de que nunca haya sido una realidad). La integración de la persona en sociedad es también un acto peculiar de autonomía, en virtud del cual aquélla se compromete a respetar las normas básicas de convivencia en cuya elaboración y refrendo ella misma participa. Precisamente esta forma de articulación de lo que necesariamente ha de ser autonomía y heteronomía al mismo tiempo, es lo que fundamenta en períodos de secularización como el actual la toma de una decisión o instauración de valoraciones políticas, jurídicas o morales. Y puesto que esa decisión jurídica (la que, por ejemplo, fundamenta un juicio desvalorativo de efectos penales) no puede ser impuesta sin una posibilidad real de aceptación por sus destinatarios, es por lo que aparece formulada en un mandato, que es lo más parecido a una recomendación, de que la conciencia del individuo haga de él un mandato de autolegislación que armonice su aspiración de autonomía con las necesidades de organización social. De esta forma, lo que desde afuera no puede dejar de aparecer como coacción, puede convertirse en el fuero interno del destinatario en un ideal compartido de organización social.

2. Confrontarse con una obra inspirada en los postulados metodológicos y dogmáticos del Finalismo, y la obra de Kaufmann es arque-

típica en este sentido, obliga necesariamente a aludir a las llamadas "estructuras lógico-objetivas", "ónticas" o como de otras formas se las ha denominado. En efecto, este punto es una constante de discusión entre el Finalismo y sus críticos (entre los que se encuentran nombres de juristas muy ilustres); sin embargo, es de observar que dichas críticas se han basado más de la cuenta en una incorrecta interpretación sobre lo que dichas estructuras son, al menos como las entienden los finalistas. Concretamente, la presencia de la Ontología es una gran fuente de confusiones, pues se puede estar hablando de ontología y entender por tal cosas muy diversas pues la ontología de la Filosofía perenne (relación sujeto-objeto) nada tiene que ver con ese mismo concepto en la filosofía de Heidegger o en la fenomenología, por poner un ejemplo. Hans Welzel, en el prefacio a la cuarta edición del "Neue Bild", se ha visto obligado a hacer este reproche, a mi entender justo, a sus críticos que incorrectamente quisieron verle inspirado en la ontología de Hartmann. Las estructuras ónticas que subyacen a toda valoración jurídica no tienen nada que ver con ontología alguna, y sólo pretenden llamar la atención del legislador e intérprete para que se esfuercen en ver la realidad existente sobre la que aquél vierte sus valoraciones que en esta medida, sólo en esta medida, vinculan al legislador y al intérprete. Y es esa sabiduría sobre la realidad la que debe llevarlos a no ver en las conductas típicas procesos causales, sino acciones u omisiones que pueden evitar o causar esos resultados no deseados por el Derecho, sin tener que esperar llegar al último escalón (la culpabilidad) para poner en conexión proceso causal y acción humana.

Kaufmann, ya en las "Observaciones preliminares", ha hecho hincapié en esta cuestión sin cuya aclaración no puede ser comprendido el objeto de su investigación. Según Kaufmann, el estudio de las estructuras ónticas nos remite a "la cuestión de cómo ha de estar constituido el objeto de una valoración jurídica, el contenido de una prohibición o los presupuestos de un reproche de culpabilidad". Kaufmann, sin embargo, en otros lugares de su obra interpreta dichas estructuras en un sentido a la vez menos rígido y más amplio, pues no sólo se refiere, a mi entender, a estructuras ya existentes con anterioridad a la intervención del legislador, sino que pone el acento en los compromisos que para el intérprete y el propio legislador se adquieren una vez que el legislador se ha pronunciado en un sentido u otro. Un ejemplo de lo que queremos decir lo muestra Kaufmann al estudiar en el capítulo quinto la relación entre norma de prohibición y norma permisiva, de la mano de la interpretación del § 368 inciso 1 del StGB (violación de ordenanzas policiales sobre la explotación de viñedos) (págs. 335 ss.). Allí se pone de relieve que la derivación de efectos de una norma permisiva dependerá decisivamente del uso lingüístico que haga el legislador; aquí no son ya sino estructuras lingüísticas las que vinculan al legislador y al intérprete, siendo otra forma (¿por qué no?) de estructura lógico-objetiva a respetar.

La experiencia nos dice que dichas estructuras existen, y que todos hacemos uso de ellas, incluso quienes las critican. Por tanto, la cuestión

no será la de aceptarlas o no, sino cómo se las entiende y los efectos, acertados o no, que se tratan de derivar de ellas. Otro ejemplo de estructura lógica, en el sentido amplio aquí reivindicado, nos lo ofrece el estudio de los llamados "elementos de la autoría" (capítulo tercero, páginas 177 ss.). Allí Kaufmann, tras insistir en que la norma tiene a todos por destinatario, sostiene que el legislador puede seleccionar de entre ellos a un grupo que sólo va a poder infringirla. La concreción de sus elementos caracterizadores contenidos en la norma, sin embargo, no afectan a la materia de prohibición y, por tanto, no necesitan ser abarcados por el dolo. En este extremo, Kaufmann (con la excepción de una de las ediciones del *Lehr buch* de Welzel) va a permanecer aislado, no siendo compartida su tesis ni siquiera por otros finalistas (Hirsch). En la argumentación de Kaufmann puede verse una aplicación coherente de la teoría de las estructuras lógico-objetivas. Así, por ejemplo, en los delitos impropios de funcionario, sostiene Kaufmann que el funcionario lesiona dos deberes: el correspondiente al delito común y uno específico de su calidad de funcionario; lo que no impide que el "extraneus" participe en el delito que sólo puede ser realizado en autoría por el funcionario. Ahora bien, adviértase que Kaufmann no pretende que el legislador haya de actuar así (aquí no hay estructuras que le vinculen): El mismo ha puesto de relieve lo difícil que es a veces distinguir entre elementos de la acción y elementos de la autoría; lo que no impide aceptar que el legislador pueda inclinarse por uno u otro uso lingüístico, del que se derivarán sin embargo efectos distintos. (Al legislador corresponde resolver en la Parte especial problemas que sólo repercuten en la Parte general, como la configuración de los delitos cometidos por funcionarios: prohibiéndoles conductas o infracciones de deberes especiales de fidelidad, exigiendo la colaboración de todos en la configuración del Estado o partiendo de un liberalismo radical donde al ciudadano no funcionario no corresponda exigencia alguna de corresponsabilidad; estimando o rechazando la responsabilidad del partícipe no funcionario en el delito especial). En todos estos casos tiene el legislador la iniciativa; el respeto a las estructuras lógicas surge después, siendo unas u otras según su propia decisión. Lo único que hace Kaufmann es ampliar las posibilidades del legislador a la hora de configurar el injusto, rompiendo con una serie de falsas estructuras vinculantes derivadas casi siempre de un origen dogmático, como las exigencias del "*Leitbildtatbestand*" (Welzel, Hirsch) o de una determinada interpretación del tipo de injusto (Roxin); donde siempre, mediante una inversión, se procede a prever primero los efectos y después se elaboran las construcciones dogmáticas. Metodología que Kaufmann combate a lo largo de toda su investigación.

3. La polémica, en su día virulenta, entre finalistas y causalistas, fue una discusión en torno al contenido de injusto penal. Cuando se debatía cómo configurar a la acción, proceso exterior concebido naturalísticamente o conducta final, se estaba delimitando el contenido de injusto a distinguir, sobre todo, de la culpabilidad. Frente al injusto del causalismo, entendido externa y objetivamente, contraponen el Finalismo un

injusto personal: el acto final se convierte en objeto de valoración del injusto. Ambas doctrinas presuponen unas estructuras preexistentes al Derecho. Por eso, lógicamente, la discusión en años sucesivos se desplazó de la acción al injusto: el injusto personal del Finalismo, no así la doctrina final de la acción, sí se ha impuesto definitivamente en Alemania. Y han sido precisamente los finalistas, sobre todo Kaufmann, los que más han insistido en que el concepto de acción no es necesario para construir una sistemática del delito.

El ordenamiento jurídico se compone de normas que prescriben actos humanos finales, dirigiéndose dicha exigencia de comportamiento final a la específica capacidad del hombre de actuar finalmente. El Derecho, por tanto, espera la realización u omisión de actos finales. Al concepto de injusto personal es inherente una norma entendida como norma de determinación. El injusto personal se deriva en parte sí y en parte no de las estructuras lógico-objetivas. Su ubicación está en una posición intermedia entre la teoría de las normas, de las que sí derivan estructuras lógico-objetivas, muchas de las cuales precisamente proceden de la doctrina del injusto personal; más bien debe decirse que de la teoría de las normas y del injusto personal construido sobre aquella surgen unas estructuras lógicas a respetar. De aquí, como decimos, se deriva una serie de consecuencias que el legislador y el intérprete deben tener en cuenta para no caer en contradicción con el punto de partida inicialmente "elegido". Existe un extremo de la teoría del delito donde lo acabado de exponer se manifiesta muy claramente; me refiero a la relación entre la materia de prohibición y la norma permisiva o causa de justificación.

La relación entre tipo de injusto y tipo de justificación ha polarizado a finalistas y no finalistas como no lo hacían desde los tiempos en que se debatía el concepto de acción. Aquí la polémica, formalizada en torno al rechazo o la aceptación de los *elementos negativos del tipo*, es una sobre el injusto, produciéndose la paradoja de que quienes aceptan la doctrina de los elementos negativos del tipo (incluso algunos finalistas, como Stratenwerth) lo hacen desde el presupuesto de la doctrina del injusto personal, a la que no ven en entredicho de resulta de su aceptación; mientras que los finalistas (con excepciones) estiman que únicamente su rechazo es compatible con la doctrina del injusto personal. Cuestión distinta es la posible armonización por otra vía, concretamente en el ámbito de determinación de la pena. Lo que aquí se cuestiona, por tanto, es la pureza dogmática y, sólo indirectamente, la de justicia material o política criminal, que seríamos los últimos en menospreciar.

La tesis de Kaufmann es: la teoría del delito no puede renunciar a una construcción basada en los tres escalones de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en favor de otra sólo basada en dos, pues la tipicidad no posee un contenido neutro que devenga irrelevante si concurre una causa de justificación. Partiendo de la teoría de las normas, la concurrencia de una norma permisiva presupone la realización simultánea de un tipo de injusto, pues si no fuese así, ¿a qué podría contraponerse el hecho de un determinado *comportamiento* (prohibido), excepcionalmente

justificado? Ciertamente es posible, y la teoría del crimen de Binding está pensada para ello, aislar una especie de nuevo escalón constituido por la punibilidad, donde pueda tenerse en cuenta el efecto que se quiere derivar de la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero esa meta no puede conseguirse introduciendo impurezas lógicas del tipo “al concurrir el elemento objetivo de la causa de justificación decae automáticamente el desvalor-resultado del injusto realizado”. ¿En qué quedamos?, ¿se ha producido dicho desvalor o no? La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, pues es lo cierto que el autor que ignora la concurrencia de la causa de justificación quería matar y ha matado; el injusto de homicidio se ha realizado en toda su extensión. Incluso, puestos a argumentar teleológicamente, ¿qué razones de política criminal, concretamente de prevención general, concurren para estimar menos grave un homicidio que otro? ¿De dónde se deriva que a la larga lo importante sea que por feliz coincidencia o pura casualidad no se produzcan resultados lesivos, o producidos éstos, estén amparados por una situación objetiva justificante? ¿No es, por contra, más importante la conciencia social de que hay que comportarse de una determinada manera para evitar en lo posible lesiones de bienes jurídicos? Pero no es este el argumento que más interesa en esta ocasión, y sí la argumentación que se deriva de la teoría de las normas.

Ni el elemento subjetivo de la causa de justificación (p. ej., legítima defensa putativa) ni la situación justificante no conocida por el autor bastan para hacer decaer el injusto. Lo primero, porque para que así fuese sería necesario que la norma permisiva estuviera configurada de manera distinta a como lo está en los ordenamientos jurídicos actuales, de tal forma que debería decir: “Quien crea estar actuando al amparo de una causa de justificación, errónea o acertadamente, no realizará el injusto correspondiente”. Ciertamente, el legislador será libre de proceder así; ahora bien, de ahí se derivarían unas consecuencias que no se corresponden con las pretendidas por la teoría restringida de la culpabilidad, pues quien actuó de esa forma, siendo, además, su error inevitable, no realizará siquiera el tipo de imprudencia: decayendo la posibilidad de que el afectado por tal situación de error pueda siquiera defenderse frente al ataque (dada su atipicidad).

De otro lado, presupuesta la configuración de las causas de justificación de la teoría restringida de la culpabilidad: responde por homicidio sólo quien mata sabiendo que no concurre causa de justificación alguna (un tipo de injusto así construido convierte en “delito putativo” —Wahnverbrechen— *impune* conductas como las aquí contempladas), resultaría que quien ignora la concurrencia de la causa de justificación existente y mata dolosamente se encontrará con que su comportamiento resulta justificado por la simple concurrencia del elemento objetivo de la causa de justificación (al decaer el desvalor resultado y coincidir externamente el desvalor de acción con la conducta jurídicamente exigida); lo que en cambio no ocurre cuando dicho desvalor de acción está constituido por un comportamiento imprudente, si existe una norma del tipo: “La conducta anterior imprudente es punible”. Así ocurriría, p. ej., en

la producción imprudente de la muerte por quien ignora la concurrencia del elemento objetivo de la causa de justificación, pues el primer párrafo de dicha norma hipotética contiene una norma diferente al segundo. Esto puede parecer absurdo, pero no imposible (incluso se ha defendido la tesis de que el comportamiento imprudente es más grave que el doloso) desde una teoría de las normas, sin olvidar que conducta dolosa e imprudente son comportamientos muy distintos. Además, aunque en ninguno de ambos casos convence (de ahí la crítica desde la teoría de las normas, del injusto personal, entendido consecuentemente), la doctrina de los elementos negativos del tipo ha defendido expresamente este punto de vista en el caso inverso, donde quien creyendo estar amparado por una causa de justificación mata dolosamente resulta justificado, y no lo es en cambio quien mata imprudentemente. Quizá para evitar estos efectos tan desgraciados, se ha elaborado el concepto desvalor-resultado añadido al desvalor de acción; pero aquél, desde el punto de vista de la teoría de las normas, no compensa las erróneas deducciones hechas por la teoría de los elementos negativos del tipo.

Estas son consecuencias que deben aceptar quienes como Rudolph rechazan las causas de justificación donde se exige un especial deber de examen (*Pflichtgemässige Prüfung*), como ocurre en todas las causas de justificación derivadas de la intervención administrativa, estado de necesidad, consentimiento presunto, etc., y ello por olvidar que son planos muy diversos el de la tipicidad y el de la permisión, que siempre exige un examen de la situación que autoriza a realizar el injusto, al que en determinados casos se puede añadir la exigencia de un examen genérico complementario (*Pflichtgemässige Prüfung*) distinto al examen genérico exigido en toda causa de justificación: de la infracción de cualquiera de ellos puede derivarse la atribución del injusto, siempre realizado, a título de dolo o imprudencia. Frente a esta exigencia dogmática, las razones que puedan existir para disminuir o atenuar la pena en estos casos, pasan a un segundo plano.

4. Especial interés para el jurista de hoy tiene la relación existente entre la materialización del juicio de reproche ya expuesta en la concepción de Binding-Kaufmann y la teoría de los fines de la pena. Para ser muy claros en esta "vidriosa" materia: De lo que aquí se trata es de ver en qué medida la teoría de la culpabilidad aquí desarrollada puede ser útil a la razón última de punir o, si se quiere, a la finalidad por la cual se pune. Este es, a mi entender, el único planteamiento correcto pues evita prejuicios, sin duda hoy existentes, de uno u otro sentido. Si algo ha debido quedar claro de una discusión que ha ocupado a juristas y no juristas más de cien años, esto es: 1) Que no se deben utilizar conceptos como los de "retribución", "prevención general" y "prevención especial" como fórmulas vacías de contenido, que aludir aunque sea reiteradamente a los contenidos que se les esté dando cuando se argumenta desde ellos es imprescindible, y 2) que lo "aterrador" no es partir de uno de estos principios sino pretender absolutizar alguno de ellos. Manifestaciones de esta actitud son: "la pena es un mal que siempre y en todo lugar debe seguir al delito como acto de justicia con

validez en sí misma"; "la pena es útil a nuestra sociedad porque sirve para intimidar o para dar ocasión a que el Estado resocialice (cómo se entienda la resocialización es irrelevante a estos efectos) o asegure a la sociedad frente a determinados individuos". Ambas formulaciones son igualmente incorrectas, fundamentalmente porque no tienen en cuenta la principal razón por la cual el Estado lleva a cabo una función punitiva: su *necesariedad*, entendida ésta como capacidad de una determinada sociedad en un momento histórico dado de prescindir o no de la pena.

Ciertamente podrá objetarse a este "principio relativizador" su abstracción, las dificultades de su concreción, porque, ¿cómo puede saberse si una sociedad ha alcanzado la suficiente "entidad moral" necesaria para acometer empresa tan arriesgada?; máxime cuando en sociedades de gran tradición cultural como la occidental continuamente se descubren arquetipos de gran atavismo. No obstante, no parece adecuado exagerar el significado de los mismos: esas lagunas del subconsciente colectivo no pueden servirnos de excusa para no querer ver lo que hoy por hoy es una realidad de nuestra área cultural europea: la pérdida de credibilidad de la pena. Este hecho ha de ser positivamente valorizado, siempre que vaya acompañado de un robustecimiento moral basado en la necesidad de respeto a unas pocas normas de convivencia (la mayor parte de las cuales precisamente aparecen negativamente formuladas en la Parte especial del CP). Este planteamiento añade nuevas dificultades a nuestro tema de la necesidad de la pena, pues pone en claro la estrecha relación que media entre la pena, el delito y la propia identidad de la sociedad que los "sufre". Dicho de otra forma: la alarma social producida por el delito puede tener su origen bien en un aumento de la cuota de delincuencia, en cuyo caso está justificada la alarma frente al delito, bien en una crisis de identidad de la misma sociedad permaneciendo mantenida la cuota de delincuencia, en cuyo caso hay que buscar la solución al problema por vía distinta a la persecución penal. Este problema ha preocupado y preocupa a los criminólogos, cuyos estudios empíricos pueden ser muy útiles; pero no cabe duda de que en igual medida es una cuestión de praxis social donde las Ciencias sociales pueden hacer poco y el Derecho, el Derecho penal en concreto, mucho: creando y desarrollando estructuras jurídicas que sirvan para conseguir cohesión social. Para esta finalidad creo yo imprescindible una teoría de las normas que fundamente a un conjunto normativo ampliamente compartido entre sus destinatarios. El fundamento normativo del Derecho penal se convierte así en política criminal.

Relativizada de esta manera la teoría de los fines de la pena, ¿qué queda de sus principios? Ciertamente no puede negarse el eco que la idea de prevención ha encontrado en la actualidad; si bien ha de reconocerse que no ha logrado imponerse con la "pretensión de universalidad perseguida, y el principio de culpabilidad no sólo ha resistido sus embates sino que ha salido robustecido. El intento de "funcionalizar" el reproche de culpabilidad en base a la prevención ha fracasado. Puede parecer, no obstante, que se trate de una victoria pírrica en la que ambos principios hayan fracasado porque, ¿qué utilidad tienen decla-

raciones de principios del tipo "el Derecho penal parte de la aceptación de la culpabilidad o de su sustitución por la idea de prevención: 'en la duda sobre la capacidad de culpabilidad emitámos un juicio de culpabilidad que mate al *hombre* pero salve a *nuestra idea del hombre*'"? Así entendida la cuestión, desde luego ninguna. Pero, en cambio, si se deja abierto el interrogante a la pregunta de si aquel hombre actuó libremente o pudo haber actuado de otra manera, se estará creando el presupuesto inicial mínimo para llegar a una respuesta realista y aceptable, en la que por supuesto caben errores. Esos errores, sin embargo, son infinitamente inferiores a los que derivan de la renuncia inicial a contemplar al hombre en la contingencia de sus circunstancias más inmediatas; el rechazo de un sistema penal concebido de aquella manera estaría más que sobradamente justificado. Son estas razones más que suficientes para oponer al significado prevenciónista que recientemente se ha querido otorgar a la pena. La teoría de la "retribución justa", las connotaciones del término no deben inducir a error sobre su contenido (ciertamente sería de desear un cambio de nomenclatura), conecta con la reprochabilidad como "materialización de la culpabilidad cuantificada". La esencia de la pena en Binding posee dos aspectos: el axiológico de "retribución *justa*" y el teleológico de protección de bienes jurídicos, no rechazándose que además sea también prevención especial. Por eso, es errónea su catalogación como teoría *absolutamente retributiva*. Lo que sí combatió Binding, y esta idea debe sernos útil hoy, es medir el significado de la pena por su éxito (lo que sería una absolutización del principio de la prevención especial): que la pena sirviese hoy sólo a la prevención especial sería certificar su defunción, pues revelaría que la "pena" no responde a la *necesariedad* a que aludíamos con anterioridad. En el mismo sentido, alude Kaufmann a la eficacia motivadora de la ley penal, que se traduce en miedo a ser descubierto; porque de ahí va a derivarse la pérdida de libertad: "El momento teleológico de la norma se convierte en efectivo como motivo de la amenaza penal y en combinación con un buen aparato policial ejerce su efecto sobre la psique del autor".

Welzel ha sostenido una teoría de la pena entendida como "retribución justa" basada en la culpabilidad; principio que ha relativizado, al igual que hacíamos con anterioridad, en base a su necesidad para el mantenimiento del orden social. Entonces, el principio de la retribución justa lo único que quiere significar es que el Estado, si tiene necesidad de punir, y sólo entonces, ha de partir de esa configuración de la pena. (La única corrección que queremos hacer al pensamiento de Welzel es la inversión de los términos de la relación: primero hay que decir que la pena se justifica en base a su necesidad; y, respondida afirmativamente esta pregunta, la pena es entonces retribución justa. En esta cuestión de enunciación ha podido residir alguno de los equívocos graves acerca de esta teoría, acertadamente denunciados por Welzel). Y, lo que es más importante: por el camino de la culpabilidad se llega a una teoría de las normas entendida como conjunto de valores compartidos socialmente, a las que Welzel dio vida con su entendimien-

to de la función del Derecho penal como protección de los "valores ético-sociales de acción más elementales". A este planteamiento que va desde la pena, pasando por la culpabilidad, para llegar a la función del Derecho penal, lo tengo yo por la mejor posibilidad del Derecho penal actual de conseguir el ideal, por todos compartido, del ensamblaje entre la dogmática penal y la política criminal.

* * *

El libro de Kaufmann es difícil de traducir debido a la densidad de su contenido, en lo que su autor no hace concesión alguna; a lo que hay que añadir una gran concisión buscada siempre deliberadamente. Por eso, la traducción no podía ser realizada sino por dos buenos juristas. Tan sólo quiero corregir a los traductores en un par de ocasiones, sobre todo una, donde la traducción hace incomprensible el texto original. En la pág. 135 de la traducción, 102 del original, se traduce así una afirmación de Binding: "La prohibición no causa, ordena; el mandato, en cambio, causa". La traducción correcta, imprescindible para la comprensión de todo el Capítulo, sería: "La prohibición ordena: no causes; el mandato: causa". O mejor: "La prohibición ordena: ¡No causes!; el mandato: ¡Causa!". En la página 17,14 del original, se traduce una frase de Binding así: "El encubridor de un asesino actuaría contra la ley penal y contra el asesino"; cuando la correcta formulación es: "El encubridor de un asesino actuaría contra la norma contra el asesino"; o mejor, pero menos literalmente: "El encubridor de un asesino actuaría contra la norma del asesinato". En la pág. 22, 17 del original, se dice: "Pero como la prevención especial puede ser tan sólo un fin subsidiario, Binding lo elimina del Derecho positivo"; la traducción, más correcta, es: "Que la prevención especial sólo puede ser un fin secundario lo deduce Binding del Derecho positivo". Téngase en cuenta que siempre se trata de citas de Binding hechas por Kaufmann extrayéndolas de su contexto, aislamiento que dificulta mucho la comprensión. Finalmente, resaltar que se trata de una versión castellana hecha por sudamericanos, por lo que al lector español le puede chocar algún término, ni mejor ni peor que el nuestro, como "causales de justificación" por "causas de justificación", "calificantes" por "cualificantes", "locador" por "arrendador". Recusables, en cambio, son otros como "incompletud" o "prescindencia". Admirablemente traducidos están los términos "redención" (Heilung), "malicia" (Böswilligkeit), "normas directivas" (Richtsätze), "proposiciones jurídicas" (Rechtsätze), etc. Como se ve, son pequeñas correcciones a una traducción magistral; para comprobarlo basta leer de corrido los capítulos segundo, de gran complejidad jurídico-filosófica, y cuarto, de gran dificultad teórica.

La traducción castellana de la obra de Kaufmann es el núm. 1.º de una nueva colección (de la que precisamente los traductores son codirectores) iniciada por la Editodial Depalma en colaboración con el organismo alemán "Internationes". Es de desear que la colección "Pensamiento jurídico alemán contemporáneo", tan brillantemente iniciada,

continúe brindando al lector español las obras básicas de la literatura jurídica alemana más reciente.

* * *

EN ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1978, págs. 812-817, ha aparecido una resección de la obra comentada, firmada por Agustín Zugaldía Espinar. El error "fundamental" de Zugaldía está en mezclar temas que, en principio, no tienen nada que ver entre sí, sino dentro de la unidad del sistema que forman. La "teoría de las normas" de Binding-Kaufmann no tiene nada que ver con la teoría de los fines de la pena; y la crisis del Positivismo naturalista de v. Liszt se debe a razones estrictamente científicas que nada tienen que ver con el Nacionalsocialismo. En este error "fundamental", que para el autor de la resección constituye la "crítica fundamental", lo que determina el "veredicto definitivo" sobre su repercusión en la dogmática española: "que impedirá seguramente que este libro se convierta en una obra básica". Una de dos: o el libro es una "magnífica exposición" que colmará un hueco existente entre nosotros y que servirá para resolver muchos problemas dogmáticos, como opina la resección, en cuyo caso el libro deberá convertirse en una obra básica; o parte de una serie de presupuestos inválidos que hacen peligrosa su lectura. En cualquier caso, ¿de qué utilidad puede ser nuestro Dorado Montero para la elaboración de una teoría de las normas?

Con todo, el principal error de la resección es su pretensión de hacernos presente una panorámica del Derecho penal alemán en base a una tendencia que no ha logrado imponerse allí y que, por cierto, no tiene nada de nueva, pues la idea de prevención como fundamento de la pena es más antigua que la de "retribución justa". ¿Por qué ha de significar una un paso adelante y la otra un paso atrás? Además, las teorías no se miden por su "rancio abolengo" o "modernidad", sino por el contenido de verdad de sus premisas y conclusiones. Ciertamente la teoría de la "retribución justa" persigue una finalidad de utilidad (*necesariadad*); la única diferencia con las teorías *absolutamente* *prevencionistas* es que además quiere evitar por todos los medios que se convierta a la persona en objeto manipulable.

Carece de sentido pretender invalidar la crítica de Kaufmann a quienes han sostenido la inexistencia de las normas en el sentido de Binding en base al hecho de que mientras éste acepta el dogma del libre arbitrio, aquéllos lo niegan; siendo así que argumentar desde la negación del libre arbitrio en Kelsen es metodológicamente imposible: lo único que Kelsen pretende es distinguir entre la cuestión sobre la validez del Derecho (quién lo impone) y la forma del juicio acerca del contenido de una obligatoriedad jurídica, para concluir que sólo la segunda interesa al jurista. Asimismo, no es cierto que la concepción de Kaufmann coincida con la de Welzel en cuanto a la relevancia del error sobre los elementos de la autoría, yendo Kaufmann mucho más lejos que su maestro en este extremo.

Es curioso, para finalizar, el hecho de que a Binding se le haya reprochado ser un jurista positivista, cuando Kaufmann ha mostrado muchos pasajes de su obra donde se pone de manifiesto una perspectiva trascendente al Derecho positivo; y, sin embargo, se ha tratado de rechazar su teoría de las normas reivindicando la exclusividad de la ley penal positiva. A esta última tendencia subyace un entendimiento muy estrecho del principio de legalidad, que no se corresponde con los perfiles con los que hoy se le entiende. Las repercusiones de un punto de vista miope en este extremo se manifiesta en la labor de interpretación del Derecho penal vigente, donde positividad y transpositividad son los dos brazos con los que aprehender la totalidad del fenómeno jurídico.

JOAQUÍN CUELLO

BASSIOUNI, Cherif: «International Criminal Law. A Draft International Criminal Code (Derecho Internacional penal y Derecho penal Internacional. Un proyecto de Código Internacional), Alphen aan den Rijn (Holanda), Sijthoff & Noordhoff, 1980, 250 págs.

El 2 de septiembre de 1980, en el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas del 25 de agosto al 5 de septiembre, la Asociación Internacional de Derecho Penal presentó el texto del Proyecto de Código Penal Internacional o quizá mejor dicho Proyecto de Código Internacional Penal, que se publica en este volumen, con varios prólogos y comentarios científicos.

El presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal, Pierre BOUZAT, escribe la introducción general. Sigue la lista de los principales documentos internacionales relativos a la Justicia supra-estatal, y un amplio capítulo monográfico del profesor Cherif Bassiouni (con la colaboración de muchos e importantes Institutos y especialistas que se citan) sobre la historia, los fines y el contenido del Derecho Internacional Penal.

A continuación, tras una breve introducción acerca de la estructura y aplicación del Proyecto de Código, se transcribe su articulado, que se ha preparado bajo la dirección del profesor Bassiouni, dividido en cuatro capítulos: 1.º La Parte Especial, es decir, los delitos internacionales (agresión, genocidio, drogas, tortura, rehenes..., etc.) con un comentario (pp. 49-106); 2.º La «Enforcement Part» (aplicable tanto a la legislación nacional, como a un Tribunal y a un Código Internacional, pues trata de la cooperación internacional, de la extradición, del valor de sentencias extranjeras...) también con un comentario; 3.º Las normas acerca de los tratados internacionales (reserva, ratificación, suscripción, adhesión, entrada en vigor...), y 4.º La Parte General con su comentario, rebotante de sensibilidad jurídica y humana (pp. 141-173).

Las últimas setenta y cinco páginas ofrecen al lector una amplia y selecta Bibliografía de treinta y dos Estados, inteligentemente sistematizada.

Sería oportuna la traducción de este libro al castellano.

ANTONIO BERISTAIN