

... Carrera de Derecho, Asignatura Derecho Penal I, Parte General, título, El derecho de castigar, fundamento y justificación, autor, José María Estampa Braún. Fecha de grabación, el 12 de noviembre de 1981. Fecha de emisión, 7 de diciembre de 1981. Acaba de publicarse un interesante estudio del catedrático de Múnich, Klaus Roxin, traducido y anotado, muy bien traducido y muy bien anotado, por los profesores Muñoz Cárdenas,

Conde y Luzón Peña, en el que, con criterios divulgadores muy asequibles al alumnado al que me dirijo, se plantean los problemas fundamentales del derecho penal en forma que me parece es menester divulgar con objeto de que a quien le interese este tipo de problemas tenga una visión actualizada de los mismos. En el primero de los estudios que componen esta obra, que se denomina Iniciación al Derecho Penal de hoy, el autor, Klaus Roxin, repito, se pregunta de por qué el Estado tiene derecho a imponer sanciones penales y hasta qué punto puede imponer estas sanciones penales. Si quiere, realiza.

en definitiva, los mandatos propios del contrato social. Les diré, entre paréntesis, que actualmente la tesis liberal de entendimiento del Estado, bajo las prescripciones del contrato social, ha cobrado una enorme virtualidad científica y operativa en nuestro mundo de cultura, sustituyendo a aquellas otras que veían en la organización estatal un instrumento incluso de mejoramiento y moderación de costumbres, con no clara distinción de los campos reservados a la religión, a la ética y al derecho. En este momento nadie duda de que la norma jurídica tiene como función esencial la justicia y la justicia de la humanidad. La protección de...

la sociedad frente a las conductas que produzcan daños de carácter social con independencia de otras entidades normativas o valorativas, ética, religión, etcétera, a las cuales competen otras esferas de actuación absolutamente diferenciadas. De ahí que el derecho penal contemporáneo tienda a eliminar del elenco de sus infracciones aquellas que afectan a la esfera del pensamiento, como podía ser el crimen de herejía, y aquellas otras que tienen un marcado sentido moral, como podía ser una parte de los delitos contra la honestidad, cuyo tratamiento hoy se confiere a otros ámbitos, repito, de los que enjuician la conducta humana, reduciendo en esta órbita específica de los delitos contra la honestidad la función del derecho penal a aquellas conductas que realmente son de la justicia.

produzcan ese daño social y que son fundamentalmente las que atentan contra la libertad sexual o contra la libre autodeterminación en esta materia sexual. La radicación, digamos, de los delitos que afectaban al orden religioso o de estos otros absolutamente vinculados a una concepción moral de la actuación humana está poniendo de manifiesto cómo la concepción del Estado eminentemente laicizada, eminentemente desvinculada de estos otros principios que en el antiguo régimen constituían conjuntamente esferas coincidentes de actuación sobre la conducta humana, es hoy un hecho incuestionable. Partiendo de estas bases, los autores penalistas o investigadores dogmáticos en materia de derecho penal contemporáneo se preguntan ¿hasta qué punto es posible que el derecho penal contemporáneo sea un derecho penal penal y que el derecho penal contemporáneo sea un derecho penal? ¿Hasta qué punto es pronto? el Estado.

tiene derecho a imponer penas. La respuesta está clara. Tiene derecho a acudir a esta actuación límite, porque es la más grave de todas las que el ordenamiento jurídico pueda imponer, en mérito a ese contrato social que, partiendo de que solamente al pueblo le

corresponde la facultad de imponer colectivamente sanciones, aunque lo delegue en el Estado, limita la actuación de éste a unos criterios de intervención mínima, únicamente para aquellos supuestos en que las conductas disfuncionales no puedan, desde el punto de vista del control social, conseguirse que desaparezcan más que acudiendo a la norma penal. La norma penal se queda como última ratio, como última posibilidad, e insisto, para aquellos supuestos en que el daño social se produzca de manera efectiva.

naturalmente en estas situaciones se propenden obstatante con una laxitud tolerancia que muchas veces llama la atención en esferas de pensamiento no acostumbradas a este planteamiento de las cosas radicalmente distinto de lo que pudo ser en la concepción del derecho en general en la década de los 60 digo que en estas circunstancias lo que se tiende es a que este derecho de castigar del estado reduzca su actuación a aquellas situaciones en las que no se pueda acudir a otros medios u otros procedimientos de control social y se queda exclusivamente referido a esa intervención mínima para conductas especialmente disfuncionales que produzcan un daño social ahora bien para este tipo de conductas el estado dispone de sanciones penales estas sanciones penales que atentan

contra el más importante bien de que disfruta el hombre, como es la libertad, es decir, a su propia dignidad humana, tienen que estar justificadas y tienen que propender a la consecución de unos fines útiles. Para justificar la aplicación de la sanción se acudía, tradicionalmente, al criterio de considerar que ésta retribuye el mal causado por el delito hasta límites que en el idealismo alemán de Kant llegan a lo absoluto y que el propio Hegel considera que, como quiera que el delito supone la negación del orden jurídicamente establecido, la pena negaría esta negación y sería una especie de negación a la negación realizada por el delito. Por el delincuente, en expresión jurídica máxima de la idea de retribuir.

retribución. Los penalistas más modernos entienden que este concepto de retribución pura está aunado todavía a un insuperable concepto de talión que es menester rechazar y tienden a justificar el derecho de castigar por los fines que a la pena le corresponden en materia de lo que se llama prevención especial y de lo que se llama prevención general. Por prevención general se entiende la intimidación a la sociedad entera al objeto de incidir sobre esa conciencia colectiva imposibilitando o impidiendo en la manera de lo posible que el ciudadano que forma parte del colectivo que denominamos sociedad se abstenga de realizar delitos. La prevención especial incide sobre el delincuente especialmente. De ahí su predicado de especial intentando

que éste pueda reintegrarse o resocializarse en el sentido de volverse a insertar en el orden social del cual se separa voluntariamente. Klaus Rosin, en un ejemplo absolutamente expresivo y válido, analiza cómo los fundamentos de los que se parta respecto a la admisión de la retribución o de las prevenciones general o especial dan lugar a la aplicación de castigos distintos y habla de un homicidio pasional realizado por celos que desde el punto de vista de la alarma social la produciría importante porque no son conductas que deban repetirse mereciendo una pena grave que desde el punto de vista de la retribución sería menor si se conjugan las atenuantes y el posible sitio o la posible situación de disminución mental que haya podido darse en este hecho y que desde el punto de vista de la reinserción o prevención especial del delincuente poder podría incluso suponer

que se propusiese la impunidad de este hecho, atendiendo al escasísimo significado que el acto en sí revela para detectar una presunta peligrosidad en el sujeto. El sujeto que, llevado a la desesperación en función de unos celos, realiza un acto tan excepcional, no es previsiblemente un sujeto peligroso que pueda reincidir en la comisión de futuros delitos. La prevención especial para lograr su reinserción no exige, en consecuencia, en línea de máximo que se le castigue. He aquí cómo la retribución exigiría, por ejemplo, para este caso, una pena, pongamos, por supuesto, de un año de reclusión, la prevención general, una pena mucho más elevada, de hasta 10 años, y en cambio la retribución pura y simple exigiría esta moderación con atenuantes, etc., que en materia de prevención especial llegaría incluso a un año de reclusión.

a determinar la posible impunidad del individuo si se considera que ha actuado de forma que es previsiblemente irrepetible en el transcurso de su vida. Este planteamiento se hace por el autor del libro que comento con una sagacidad poco común y sería muy recomendable su lectura para que aquel que se inicia por las sendas del estudio del derecho penal pueda ver como desde el punto de vista práctico las proposiciones teóricas de materias aparentemente tan arduas como es la justificación del derecho de castigar encuentran una practicidad, una aplicación que da lugar a posiciones prácticas absolutamente distintas transformando lo que puede constituir mera dogmática penal en supuestos de actuación de la norma de este carácter en la vida real y viendo cómo hablar de fundamento y fines de la pena no es una elucubración de los dogmáticos del derecho penal

sino la necesidad de enfrentarse con este problema que constituye un tema sociológico de primer orden de por qué el derecho puede imponer sanciones a través del Estado a las personas que componemos el núcleo social y en virtud de qué justificación o fundamento estas sanciones son justas y no injustas.