

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Introducción al Derecho penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3.ª ed., 2005. 815 páginas.

La edición que comentamos de esta obra del catedrático de la Universidad Complutense aparece considerablemente ampliada respecto de las anteriores, si bien conserva de ellas el sentido y la estructura del conjunto, que la convierten en una herramienta privilegiada para adentrarse en los temas y problemas generales del Derecho punitivo en el seno de la cultura jurídica occidental.

En prenda de continuidad ideológica, el autor reproduce los prólogos de las antiguas versiones, insistiendo sobre los tres procesos que a su juicio caracterizan el Derecho penal de nuestro tiempo, a saber, su expansión y sometimiento a los rasgos de las infracciones administrativas, su privatización, «que afecta a los diversos niveles del sistema» (p. 35), y —ceñidamente al contexto del viejo continente— la europeización de sus fuentes.

De los diez capítulos que la articulan, el primero, dedicado al concepto del Derecho penal, y el segundo, relativo a su legitimación y funciones, se cuentan entre los más logrados precisamente por el tratamiento de transformaciones complejas de asir y en las que el autor hace gala de soltura, erudición y ponderación de juicio, un rasgo distintivo del criminalista madrileño.

Tras definir el Derecho penal desde los enfoques dinámico (sociológico) y estático (normativo-formal), emprende la tarea de caracterizar esta rama del Derecho al interior de la Enciclopedia jurídica, empresa que se ha visto complicada por la irrupción de aquellos fenómenos. Un cuidadoso repaso de los aspectos que parecen poner en jaque el carácter público del Derecho penal y su realización jurisdiccional a través del proceso, esto es, mediación y conciliación, justicia negociada y principio de oportunidad, le sugiere que ninguno de ellos entraña un desleimiento de ese sello del magisterio punitivo, en la medida en que operen dentro de éste y sin pretender reemplazar a

los únicos sujetos de la relación jurídica correspondiente, el Estado y el responsable del delito. Pero esto no impide denunciar, con abundancia de argumentos (cfr. pp. 64-83), los peligros, excesos y abusos a que se presta la incorporación de instituciones foráneas al Derecho y proceso penales de raigambre europeo-continental, sea por el perjuicio de la legalidad de delitos y penas, el atropello de las garantías del inculpado, la reproducción amplificadora de las desigualdades sociales («no negocia ni pacta, de hecho, quien quiere, sino quien puede», se lee en p. 65) y los poderes conferidos al ministerio fiscal, con el consiguiente manejo dispar de las causas y la degeneración del juicio contradictorio. «Los sistemas de *justicia negociada* no son consecuencia necesaria del sistema *acusatorio*, sino desviaciones de éste», por lo cual tampoco es de extrañar que mermen la credibilidad de las leyes penales y las autoridades llamadas a aplicarlas, ni que se correspondan, en verdad, «con las prácticas de persuasión permitidas por el secreto en las relaciones desiguales del modelo inquisitorial» (pp. 72 y 74). La imagen privada, arbitraria y antigarantista de semejante modelo, que degrada el delito a un asunto meramente civil y elide el juicio oral con negociaciones pseudo comerciales —esa «apoteosis de la instrucción», de que habló Schünemann en un trabajo memorable—, nace del pretexto de eficiencia propugnado por los epígonos de la justicia actuarial, para quienes la acción estatal en materias criminales, basada en unos miedos compartidos, depende de registros estadísticos, gestión de recursos y cálculos de riesgos, restando con ello a delito y pena su trascendencia moral y política, y sumiendo la Política criminal en el lúgubre espectro de la *seguridad ciudadana*. Prueba, una vez más, de las estrechísimas relaciones entre los Derechos penales material y adjetivo, y de cómo el menoscabo de los principios del último remata en un descoyuntamiento de los del primero.

Esto aparte, el fenómeno de la declinación de las funciones estatales, que se expresa también en la reciente e inconstitucional tendencia a convertir los deberes de seguridad y orden públicos —indelegables por definición— en un negocio privado, bien redituable por lo demás, va en perfecta sintonía con y casi diríamos que reclama un acrecentamiento del Derecho penal, lastre que abrumba a numerosas sociedades de hoy. En efecto, «se trata de mecanismos e instancias complementarias: el Estado utiliza los intereses privados de control para asegurar sus propias pretensiones de orden y seguridad; y los particulares utilizan al Estado para allanar el terreno a su propio concepto del orden, buscando el amparo oficial del Derecho penal para hacer valer sus intereses singulares actuando por debajo del umbral garantista de éste» (p. 87).

Destaquemos todavía, del primer capítulo del libro, la límpida exposición de las relaciones entre delito e infracciones administrativas y disciplinarias (cfr. pp. 94-122), donde se razona la continuidad substancial de tales transgresiones jurídicas, así como la necesidad de someter las sanciones que impone la Administración, en constante aumento, a los principios que gobiernan la aplicación de las penas; el estudio de las denominadas «consecuencias accesorias» (cfr. pp. 146-154), de origen tudesco y reguladas por el Código español paralelamente a penas y medidas de seguridad, y, en fin, el controvertido extremo de la responsabilidad civil oriunda del delito (cfr. pp. 155-171), en que García-Pablos se había demostrado ya como consumado maestro y el cual le brinda la oportunidad de ponderar nuevamente las bondades del modelo consistente en la acumulación procesal de la acción civil a la penal.

A propósito de la legitimación de este sector del ordenamiento, que el autor radica en la exigencia de proteger los bienes jurídicos de mayor importancia frente a sus ataques más graves, descartando las pretendidas funciones ético-social —que, «referida al Derecho penal, lejos de limitar la intervención de éste, la potencia» (p. 187)—, simbólica —por la manipulación, ingénita al simbolismo punitivo, del miedo al delito y de los sentimientos de inseguridad, que termina fatalmente en reacciones innecesarias y desproporcionadas (cfr. p. 193)— y promocional —ya que no compete al Derecho penal dirigir los cambios sociales, sino simplemente encauzarlos (cfr. p. 198)—, recibe amplio desarrollo la constatación de que su historia documenta una progresiva racionalización y sometimiento a límites. De ahí que el libro tome distancia de las posturas radicales, en especial las que propugnan la substitución de este instrumento de control social por otros de imprevisibles consecuencias y expansiva vocación, y que demande para toda intervención penal, necesariamente selectiva, la verificación racional, con contraste empírico, de los objetivos que se persigue alcanzar merced a ella. García-Pablos, quien además de penalista es una de las mejores cabezas de la Criminología hispanohablante, conoce de primera mano los argumentos, fundados en la observación sistemática de los hechos, que permiten desechar con contundencia la suposición indocta o, en su caso, interesada, de que el aumento de las puniciones surte efectos preventivos sobre la comunidad y que, hoy por hoy, imponen reduplicada medida a la hora de introducir un delito o modificar los existentes. Por eso, también, el capítulo segundo somete a severa crítica los movimientos expansionistas de esta disciplina en el marco de la sociedad del riesgo, con su prurito de seguridad, y rechaza la pretensión de imprimir velocidades distintas a la caja de marchas del aparato penal. Uncirle en todo o en

parte a las categorías propias del Derecho administrativo, implica un cercenamiento de las garantías que lo circundan. Con todo, un jurista sobremanera consciente de la justificación y seriedad de esta doliente parcela de la cultura, en modo alguno está dispuesto a que se confunda el principio de necesidad de la pena con una modernización basada en desproteger los bienes jurídicos de índole colectiva, es decir, el atavismo ingenuo cuestionado en la Escuela de Francfort, aunque tampoco subscribe que la tutela de éstos se lleve a cabo flexibilizando las reglas que gobiernan la teoría del delito (cfr., entre otras, pp. 225-228).

Entendemos que cualesquiera obras que introduzcan a las partes propiamente dogmáticas del Derecho penal, debe ser un compendio del trasfondo filosófico y el decurso histórico que antecedió y determina la situación hodierna. Si esto último, parecidamente al de las fuentes, que el autor se promete desenvolver en ediciones futuras, es un lugar faltante en la que apostillamos, el primer elemento, de metafísica aplicada, anima de principio a fin las páginas del volumen. Por lo mismo, los capítulos tercero, que es el más extenso en él, y cuarto no deben hacer pensar que allí se condensen las preocupaciones filosófico-jurídicas del profesor español. Las nociones de pena y medida de seguridad, según su fundamento, naturaleza y fines, aquí no van a la zaga en importancia a otros conceptos fundamentales de este ámbito jurídico ni a la metodología apropiada para su estudio. Aunque no podemos secundar la discutible distinción, que comparece una y otra vez en las creaciones de este género, entre naturaleza y funciones de la pena (si es verdad que la naturaleza de un ente no es sino su esencia en cuanto principio de operaciones y, por ende, comprende el fin de éstas), hay que reconocer y subrayar que las doctrinas penales, o sea, las diversas concepciones acerca del fin de la pena, adquieren en la *Introducción* el amplio desarrollo que les corresponde, siendo dignos de particular interés el refloramiento de las teorías absolutas de matriz kantiana, la crítica de la prevención general positiva —«la pena se justifica y legitima en cuanto instrumento eficaz para la protección de bienes jurídicos, no por su capacidad de integración social» (p. 282)— y, sobre todo, la cuidadosa revisión fenomenológica del entero caudal especulativo (cfr. pp. 326-349). En llegando a semejante punto el talento criminológico del autor brilla con propia luz. «Las numerosas teorías que esgrime la doctrina penal sobre las funciones del castigo carecen de sustrato científico —de apoyo empírico— y, por tanto, no están en condiciones de legitimar éste» (p. 327). Esto vale especialmente para el fracaso generalizado de la prevención general como norte de las penas privativas de la libertad, cual abocetamos *supra*. Pero vale, asimismo,

para la supuesta función resocializadora, que nuestro libro reduce a los acotados términos de una oferta que atienda a las tipologías de condenados, no los manipule como cosas materia de experimentación y amplíe sus aptitudes cognitivas y competencias sociales, al margen de cualquier afán correccional. Con moderado optimismo y de la mano de recientes investigaciones de campo en las prisiones españolas, piensa el autor que un tratamiento así concebido puede ser eficaz o, cuando menos, no inútil si se lo compara con la reclusión de signo sólo innocuizador, cuyas muestras teratológicas son el presidio perpetuo o la concesión de la libertad condicional luego de varias décadas de cumplimiento *intra muros* (cfr. pp. 344 y 349).

Los capítulos quinto, por un lado, y sexto y séptimo, por otro, asumen la forma contrapuesta del Derecho penal como norma, y el propio concepto en cuanto derecho de castigar los delitos. Dentro de la flexión objetiva del concepto, el autor rescata los méritos de la teoría de las normas, de Binding, muy aprovechable todavía hoy para la adecuada comprensión de cruciales nudos de la teoría jurídica del delito, desarrolla el controvertido asunto de las leyes penales en blanco —técnica de que abusa el Código español— y examina con lujo de pormenores las funciones asignadas a las normas según los entendimientos neokantiano e imperativista acerca del ser del Derecho. Este particular, íntimamente ligado a la naturaleza de la antijuridicidad, muestra hasta qué punto pueden ser fluidos los límites entre Derecho y moral, pero también la disyuntiva de si las normas jurídicas han de ser entendidas como decisiones de poder o determinaciones racionales, expresado de otra manera, como valoraciones colectivas que han conseguido el *placet* de la razón (cfr. p. 442), máxime en una época en que vuelve a insinuarse la propensión a sancionar simples inmoralidades o formas de ser reprobadas, como el trato carnal por precio con menores de edad, la posesión de pornografía para uso personal, la habitualidad en el maltrato doméstico, etc. Acto seguido, se pasa revista al fundamento, la naturaleza y el titular del *ius puniendi*, lo cual procura una nueva oportunidad para justipreciar los procesos de privatización que le han salido al paso (cfr. pp. 478-473). Lo medular del capítulo sexto, empero, está consagrado al límite «formal» del poder punitivo, o sea, la legalidad de delitos y penas, cuyos significados político y científico, no menos que su reconocimiento legislativo, son objeto de un examen tan minucioso, que inclinados estamos a pensar que el autor, cuando alumbre la próxima edición, no tendrá que adentrarse mucho más en la doctrina de las fuentes para ofrecer de éstas un panorama asaz completo. Digamos de pasada que acierta medio a medio la advertencia de que el mandato de determinación, la certidumbre en las leyes penales, hun-

de sus raíces «más en la doctrina de la división de poderes», en la «*legitimación democrática* de las intervenciones jurídico-penales como garantía de libertad de los ciudadanos», que en «la pretensión rayana en la utopía de que el ciudadano conozca o pueda conocer con precisión el alcance de las prohibiciones legales» (p. 530). En la avalancha legislativa de la hora, colmada de ripios técnicos de diverso calibre, esto último parece definitivamente absurdo.

Para García-Pablos son límites «materiales» del *ius puniendi* los principios del hecho, de exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad. El primero, que «prohíbe el castigo de meras *actitudes*, pensamientos, formas de ser, tipos de autor y condiciona la responsabilidad penal a la realización comprobada de una conducta o comportamiento» (p. 560), está unido a la función tutelar de bienes jurídicos. Por ende, el menosprecio de ésta, como en la apoteosis del aseguramiento del sistema social, remata inevitablemente en perforaciones de Derecho penal de autor —o «del enemigo», conforme al uso de moda—. El volumen despliega en todas sus facetas el principio de necesidad de la pena y sintetiza en apretados pero lúcidos párrafos las exigencias del de humanidad, que no se circunscribe, como es sólito creer, a la cuestión de la naturaleza y entidad de las puniciones. La humanidad «supera y trasciende la propia idea de proporcionalidad, porque no sólo supone el rechazo de ciertas penas y consecuencias jurídicas «inhumanas», sino además una determinada comprensión del proceso penal, de la ejecución de las penas e incluso de la Política Criminal» (p. 613), como epítome y corona que es de los demás principios rectores de la cuestión penal.

La metodología aplicada a esta materia, o sea, los supuestos de la Dogmática punitiva y los lineamientos ofrecidos por las distintas escuelas y tendencias, desde la Ilustración hasta los afanes del funcionalismo, ocupan los capítulos postremos del libro. Entre los hitos principales de esa progresión, no cabe duda de que «la concepción neokantiana, hoy todavía vigente, representa el mayor grado de elaboración de la dogmática en la teoría del delito y la cota más alta en la influencia de la ciencia penal alemana» (p. 691). Mas tampoco hay que exagerar en el influjo, haciéndose eco de cada planteamiento, por abstruso que fuere, sólo porque procede del medio germánico, de tradición harto severa, como es sabido. Por fortuna, García-Pablos supo inmunizarse tempranamente contra cierto infantilismo que embriaga a los que sucumben a aquella manía. Sostiene, con plena razón, que «en el mundo del Derecho no cabe la importación ni el trasplante, sin más, de modelos, fórmulas y soluciones foráneas. Cualquier problema, por simple o semejante que parezca, se inserta,

por definición, en un marco jurídico, social y antropológico diferente, irrepetible» —palabras que parecen pensadas y escritas, también, para ciertos codificadores de Hispanoamérica—. En consecuencia, «la reproducción mimética de los debates doctrinales en los mismos términos en que se producen en la Dogmática alemana [...] implica no sólo una evidente falta de originalidad y autenticidad, sino, sobre todo, de rigor científico e intelectual» (p. 809). Con este recaudo, dirige su mirada a la evolución biográfica y temática de la ciencia penal española (cfr. pp. 787 y ss), y considera de máxima actualidad para la Dogmática el vínculo de los enfoques sistemático y problemático, la aproximación a la realidad y el diseño de una Política criminal criminológicamente fundada (cfr. pp. 727-778).

Extender una glosa ya demasiado prolongada resulta innecesario para aquilatar las virtudes de la pieza que se comenta. Acaso no sea el mayor elogio, pero sí lo enaltece de cara a la bibliografía en circulación, que afirmemos que este no es uno de esos libros de profesores de Derecho penal, escritos para profesores de Derecho penal. Se trata de una auténtica introducción a la disciplina, donde se combinan con arte información —inmensa, pero no abrumadora— y deferencia hacia el lector, quien verá recompensada su lectura con un aprendizaje claro, riguroso e imparcial, todo ello a la vez. Puesto que el quehacer del autor en la investigación científica comprende las áreas principales del saber criminalista —Dogmática penal, Criminología y Política criminal—, la ganancia es también tríplice. Y el estudioso de su producción (yo mismo la sigo desde los primeros escritos) experimentará el renovado placer de continuar estudiándola. No un desafío, tanto menos un pesado deber profesional: una sugestiva invitación.

DR. DR. H. C. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Catedrático de Derecho penal
y de Filosofía del Derecho en la
Universidad de Antofagasta