

JOSÉ MARÍA NAVARRETE URIETA

ELEMENTOS RACIONALES E IRRACIONALES
EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

*Al Prof. Legaz y Lacabra como
tardío homenaje en sus "bodas de
plata" con la Cátedra.*

En sentido estricto, podemos decir que el cultivo científico del Derecho penal comienza en la segunda mitad del siglo XVIII. En este momento comienza la estructuración lógica de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina. Primeramente se centra la atención sobre el fundamento y los fines de la pena, luego sobre el delito y como tercera fase y tarea posterior, viene la sistematización de la serie de conocimientos jurídico-penales que hasta este momento andaban dispersos.

Nuestro Derecho penal actual nos viene en cierto modo teñido por la orientación dominante en el momento en que con personalidad propia aparece en el campo de las ciencias. El Derecho penal europeo propiamente dicho, aparece en la época del liberalismo individualista y de su correlato el positivismo jurídico, época que recibe el cetro de manos de un jusnaturalismo filosófico agonizante.¹ El trasplante, con todas sus consecuencias, de las concepciones políticas al seno del Derecho penal, la realizó FEUERBACH.²

No sólo fueron razones de tipo político las que influyeron marcando esta dirección. Hay también otros factores que contribuyeron con gran eficacia a echar al Derecho penal en brazos del positivismo jurídico, como es, por ejemplo, el intento de estructurar al Derecho en un sistema cerrado, ideal que aparece en el horizonte del pensamiento jurídico como la misión a cumplir por la ciencia. Todo el Derecho penal de esta época tiene por base la concepción kantiana del Derecho, de que "el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad".³ El medio para conseguir esto en el campo penal es la exacta descripción de los tipos de delito y la estricta determinación del marco dentro del cual puede moverse la pena. Con esto se trata de defender la libertad del individuo contra el

1. LANG-HINRICHSSEN, *Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus*, en *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, págs. 1 y sigs.

2. E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 2.^a ed., 1944, págs. 508 y sigs.

3. KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, versión española de González Vicén, Madrid, 1954, pág. 70.

arbitrio del Estado en primer lugar, y del juez en segundo lugar. El positivismo jusnaturalista deviene, bajo la influencia de la Revolución Francesa, positivismo legal y se hacen realidad las palabras de VOLTAIRE cuando decía que el ser libre no quiere decir otra cosa que estar sometido a la ley.

Esta concepción, según la cual el Estado de Derecho está configurado por el Derecho, cristaliza en una teoría pura del Derecho que en esencia es la teoría del positivismo jurídico, cuyo exponente máximo es la "teoría pura del Derecho" tal como KELSEN la expuso. Su consecuencia es que todo el ordenamiento jurídico se nos presenta como un sistema de normas abstractas. La misión de la ciencia del Derecho consiste en hacer un análisis completamente libre de valoraciones y lo más exacto posible de esta estructura positiva del Derecho. El Derecho se aparece como un sistema cerrado de normas. La aplicación de estas normas jurídicas es una función normológica. El jurista trabaja con conceptos jurídicos puros y como el Derecho encuentra su fundamentación en sí mismo, el que lo aplica no debe preocuparse por sus consecuencias. El Estado ejerce su poder punitivo solamente "quia peccatum est".

Las construcciones unilaterales de tipo racional-normativo conducen a la ciencia jurídica a contraponer Derecho y realidad, forma y contenido, norma y vida. Aquí precisamente es donde debemos ver la fuente principal de la tan repetida crisis del Derecho penal.

Veamos a continuación cómo juegan y se conjugan entre sí estos distintos elementos dentro de la teoría del delito y de la pena.

1. Comencemos por el concepto del delito. La concepción materialista del positivismo jurídico del siglo XIX se refleja con toda claridad en la estructura dogmática del delito. El delito es, en primer lugar, "lesión de bienes jurídicos" y estos *bienes* son pensados "prima facie" como realidades sensibles del mundo empírico. De aquí que el resultado de la acción delictiva se considera como una transformación producida en el mundo exterior.

La jurisprudencia formalista o jurisciencia —para emplear el término kantiano⁴—, quiere prescindir de todo punto de vista valorativo e intenta construir el concepto del delito con elementos puramente normativos. En este sentido, BINDING, al trazar una línea diferencial entre concepto de acción jurídica y acción natural, no obstante reconoce que tanto una como otra es "una voluntad humana realizada",⁵ pero esta voluntad necesita tener unas propiedades determinadas y un determinado contenido. Estas propiedades tienen que ser determinadas por el Derecho, pues sin ellas, la

4. KANT, *lug. cit.*, pág. 77.

5. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, T. II, 1914, págs. 88 y sigs.

acción es como un marco vacío dentro del cual puede colocarse tanto lo que es antijurídico como lo que es indiferente para el Derecho. El concepto de acción, en este sentido, es algo hecho para el Derecho, en última instancia, un concepto normativo.

Frente a esta dirección formalista del positivismo jurídico del siglo XIX aparece otra dirección completamente contraria, la cual dirige todos sus esfuerzos a construir el concepto del delito partiendo exclusivamente de unos elementos causales-explicativos, considerando que la fuente del concepto de acción es la vida diaria, el significado usual de las palabras o sencillamente, la psicología.

A pesar de que entre las dos direcciones que hemos indicado existe una diferencia radical, no obstante a ambas las caracteriza el hacer una aplicación unilateral de elementos racionales para la estructuración del concepto de acción.

Pero en el concepto del delito, además de estos elementos racionales están subyaciendo también una serie de elementos irracionales. El delito es, en último término, una conducta humana cualificada o *valorada*. Esta calificación o valoración consiste en que el contenido de esta conducta está en colisión con las concepciones morales imperantes en la sociedad. No sólo las variaciones o cambios en el mundo externo perceptible por los sentidos han de ser los únicos resultados que hay que tener en cuenta, sino también aquellas repercusiones en el mundo de los sentimientos, y cuanto más desarrollado y perfilado sea un Derecho penal, más ha de tener en cuenta este mundo íntimo en el que sólo valoraciones emocionales son las decisivas. La protección que el Derecho presta a una serie de bienes jurídicos ideales es una prueba de ello. Las injurias y demás delitos contra el honor, bien sea en la persona del ciudadano, bien sea en las personas constituidas en autoridad (injurias contra el Jefe del Estado, por ejemplo) y lo que es más todavía, en aquellos símbolos expresivos de los valores de un pueblo en un momento histórico determinado (art. 242 del Código penal), así como aquellos delitos que van contra el sentimiento de honestidad general o comunitario (delitos de escándalo público del art. 431, párrafo 1.º), corroboran con creces lo que acabamos de decir. Que lo emocional sea una fuente originaria del Derecho lo admite el propio MEZGER⁶ al reprocharle a ZIMMERMANN que sólo persiga como postulado científico absoluto la ausencia de toda contradicción en el Derecho. Estos tipos de contenido emocional han sido reconocidos aún en los tiempos en los que imperaba

6. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, versión española de Rodríguez Muñoz, 2.ª ed., Madrid, T. I, 1946, pág. 14.

un positivismo exagerado. Los tipos juridicopenales que podríamos llamar inmateriales, han existido siempre.

El "sano sentimiento del pueblo", fundamento de la analogía del derogado párrafo 2.º del Código penal alemán, que tanto dio que hacer a los penalistas alemanes, la "conciencia socialista del tribunal" consagrada en el art. 45 del Código penal soviético como una cláusula amplísima para la determinación de los delitos, son exponentes de hasta dónde puede llegarse por este camino. Lo importante será hallar un justo medio donde se pueda armonizar los elementos racionales e irracionales.

Para ello se ofrecen fundamentalmente dos caminos. El primero consistiría en una transformación total del sistema juridicopenal, desmontando todo aquello que impida al juez moverse libremente. No nos encontramos muy lejos por este camino de la tendencia que propugna la creación libre del Derecho.⁷

El segundo camino consistiría en hacer una nueva estructuración del tipo legal desde el punto de vista técnico, de forma que en vez de que se contuviera en la ley con todo detalle y minuciosidad una enumeración de todos los elementos del tipo, debería aquélla hacer simplemente una descripción a grandes rasgos del objeto jurídico protegido. Una tal estructuración de los tipos penales permitiría al juez, sin renunciar al principio de legalidad, hacer uso, en el momento de enjuiciar el caso concreto que, como un trozo de vida que es, ha de escaparse siempre por entre las mallas del Código, de aquellos puntos de vista valorativos emocionales que normalmente quedan estrangulados entre los detalles del tipo contenidos en la ley. Naturalmente que esto requeriría una especial selección del juez penal—tan deseable, sobre todo en nuestra Patria—, desde el punto de vista de la función que tiene que cumplir complementada con una adecuada preparación. A la forma de cómo el juez penal realiza su función se han referido numerosos autores.⁸

La admisión dentro de la teoría del delito de la existencia de elementos irracionales no quiere decir que conduzca a la eliminación de los elementos lógicos o racionales. La solución del problema de cuál ha de ser el sitio que en la estructura del delito deben ocupar los elementos racionales e irracionales, no depende de concepciones políticas, sino de consideraciones filosóficas.

7. STERNBERG, *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1930, págs. 138 y sigs.

8. JIMÉNEZ DE ASUA, *El juez penal: su formación y sus funciones*, en *El Criminalista*, T. III, 1.ª serie, págs. 116 y sigs.

El Derecho, como parte de las ciencias del espíritu, es una ciencia valorativa, "axiológica". El Derecho penal se ocupa de la valoración de determinadas conductas humanas. Por tanto, la misión de la ciencia del Derecho penal no puede ser la investigación explicativa o causal de tales conductas. Esto sería romper las fronteras de la Criminología. Pero no basta con decir que la ciencia del Derecho penal es una ciencia valorativa, sino que es necesario que nos formulemos la pregunta de cuáles son las valoraciones que la ciencia del Derecho penal, como ciencia valorativa, hace.

La contestación no puede ser otra que decir que las valoraciones con las que el Derecho penal se ocupa, son valoraciones de fenómenos cuya comprobación, en último término, está relegada a una investigación causal explicativa. La ciencia jurídica no puede existir sin la investigación explicativa de su contenido, pues las normas jurídicas toman su contenido de hechos compuestos de elementos causales y cuya constatación sólo puede hacerse siguiendo un camino explicativo. De aquí nace el efecto recíproco entre forma y contenido, o lo que nunca será suficientemente puesto de relieve, que jamás puede haber un contenido jurídico sin forma, de la misma manera que tampoco puede haber una forma sin un contenido determinado.

La Criminología, por medio de sus métodos de investigación, nos da elaborado el contenido o la materia prima del concepto del delito. El Derecho nos suministra la forma por medio de los elementos normativos.⁹ El delito es, por tanto, un contenido que se manifiesta bajo una forma determinada y concreta. Según su propia naturaleza, la estructura conceptual no es otra cosa que un vaciado de elementos materiales por caminos lógicos en una determinada forma.

El Derecho no es simplemente una especie de ordenador de las necesidades vitales, sino que, como todo producto de cultura, tiene también una escala de valores. Esta afirmación puede observarse con toda claridad en el campo del Derecho penal. El legislador no configura los delitos ni de forma caprichosa ni partiendo exclusivamente de aquellos hechos que representan una lesión de intereses o de bienes, sino que tiene que partir también de aquellas concepciones éticas vivas en la sociedad para la que se legisla. El delito, por tanto, no puede ser una construcción lógico-racional completamente rígida. A su esencia pertenecen también aquellos elementos valores irracionales o emocionales que no pueden ser aprehen-

9. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandelemente im Strafrecht*, en *Festschrift für Mezger* cit., págs. 127 y sigs.

didados por medio de un análisis lógico realizado por el entendimiento humano.

Tan errónea por unilateral es la concepción que sólo ve en el Derecho un fenómeno social, como aquella otra que solamente reconoce en él un sistema de valores. El delito, como en general todos los fenómenos jurídicos, tiene una triple forma de revelarse: como un algo *formal* (antinormativo o antijurídico); como un algo *material* (un trozo de la realidad viva concretada en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) y como un algo *valorativo* (conducta reprochable). Estos tres elementos componen la estructura interna de los conceptos juridicopenales: *norma*, *contenido* y *valor*, que a su vez son como tres puntos de donde han partido las tres direcciones jurídicas más importantes de los últimos tiempos, la jurisprudencia de conceptos, la de intereses y la de valores.¹⁰ La coordinación de estas tres direcciones será necesaria para la perfecta elaboración de los conceptos juridicopenales.

2. Veamos ahora el juego de los elementos racionales e irracionales en el campo de la antijuricidad.

La dirección normativa estima que la antijuricidad se agota, o lo que es lo mismo, que es sinónima de antinormatividad. La consecuencia de esta concepción es que la antijuricidad no es otra cosa que un choque o contravención del ordenamiento jurídico, una valoración desfavorable hecha con criterios juridiconormativos. La antijuricidad de una conducta consistirá, pues, en que según la voluntad de la ley, esa conducta no debiera de haber sido realizada; es una conducta que ha contravenido lo establecido en la norma. En esta determinación del concepto de antijuricidad se ha prescindido totalmente de todo elemento material, de forma que según esta dirección, la lesión de bienes o intereses no constituye ningún elemento esencial de la antijuricidad. Mientras una acción no esté expresamente prohibida por las normas no puede ser antijurídica y esta es, además, la única forma de antijuricidad, pues cuando afirmamos que una acción es antijurídica expresamos con ella un juicio de valor realizado con criterios jurídicos que nos conducen a declarar el desvalor de dicha acción. Para la teoría formalista del Derecho, la antijuricidad es solamente un concepto.

Frente a esta dirección que concibe a la antijuricidad solamente como algo formal-normativo, está aquella otra dirección que parte de los contenidos y estructura los conceptos sobre una base metódica causal explicativa. Según esta dirección, el carácter antijurídico de una acción es el resultado

10. MEZGER, *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, Valladolid, 1956, págs. 18-9.

de una valoración realizada con criterios independientes de los contenidos en el Derecho positivo. De acuerdo con esto, una acción es antijurídica porque tiene un carácter asocial o antisocial, o porque tiene una naturaleza socialmente dañosa, etc.

Si nos detenemos a considerar un poco la génesis de las normas jurídicas es algo que salta a la vista que éstas persiguen asegurar la existencia de la sociedad en el seno de la cual tienen vigencia y los intereses personales de los que en ella viven. Cuando una comunidad somete a sanción penal determinadas conductas lo hace porque estas conductas atentan contra la comunidad o contra el individuo. Pero las normas penales no solamente protegen intereses, sino que también reconocen valores. El mandato "no robar", "no matar", etc., sólo tiene sentido cuando los valores "vida" y "propiedad" han obtenido un reconocimiento. Cuáles sean los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal, depende no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad.

La antijuricidad, según lo que acabamos de decir, se nos muestra no solamente como una lesión de las normas jurídicas ni solamente como lesión de intereses, sino también como lesión o puesta en peligro de unos bienes valorados y sometidos a la tutela de las normas juridicopenales.

Este dualismo de los elementos de la antijuricidad cobra una especial relevancia en los casos en que una conducta humana agota todos los elementos normativos de un tipo delictivo, pero desde el punto de vista ético no corresponde aplicarle ninguna pena o bien otra distinta de la que viene señalada en la ley. Si no se admitiera la posibilidad de que el juez, en el momento de aplicar la pena pudiera encontrarse ante el conflicto de verse entre el Derecho positivo y la conciencia ética, no tendría ningún sentido el art. 2.º de nuestro Código penal sabiamente colocado ahí por el legislador.

3. Mucho más patente se nos muestra todo lo que estamos diciendo sobre el juego de los elementos racionales y emocionales si los contemplamos en el área de la culpabilidad.

El positivismo jurídico, sobre una base normativa pura, veía en la culpabilidad sola y exclusivamente un fenómeno jurídico, completamente desconectado de la ética y de la psicología.

BINDING, uno de los más preclaros representantes de esta dirección, fue quien con más ardor ha luchado contra la dirección que veía en la culpabilidad jurídica una repercusión de la culpabilidad ética. De él son las siguientes palabras que transcribimos: "el origen puramente jurídico del concepto originario de culpabilidad, merece que sea puesto de relieve con

toda nitidez. La teoría que dice que el Derecho lo ha tomado del campo de la moral y que lo ha conformado copiando el concepto de la culpabilidad moral es falsa y sólo puede conducir a producir confusiones".¹¹ Más adelante dice: "La culpabilidad se agota en su contraposición al Derecho. Suprimir esta relación en su definición es un pecado mortal contra el método jurídico."¹² Y posteriormente hace unas consideraciones que interesa poner de manifiesto: "Un proceso vital aislado —un hecho instantáneo— que cae quizás totalmente fuera de las costumbres de un hombre hasta este momento, lo ha hecho *culpable* y solamente por eso es penalmente responsable, no por su carácter, no por su permanente manera de ser, no por su conducta anterior y posterior al hecho."¹³

Podemos formularnos ahora la siguiente pregunta: ¿qué es lo que le da a la culpabilidad juridicopenal un contenido jurídico? El mismo BINDING contesta diciendo que en sentido jurídico la culpabilidad se agota en la desaprobación jurídica de la conducta del obligado que lesiona un deber jurídico concreto, conducta que en concreto era evitable y que según la voluntad de la ley tenía también en concreto que ser evitada, o dicho de otra manera, toda la culpabilidad del delincuente consiste en la lesión querida del deber jurídico que conocía y que tenía la obligación de conocer y respetar. La culpabilidad jurídica es distinta que la moral y no puede medirse con los mismos criterios conque esta última se mide. Por otra parte, la culpabilidad jurídica tampoco es una culpabilidad *social*, porque no puede determinarse con los criterios de utilidad o daño sociales. Estas dos últimas tendencias nos conducirían a una falsificación del concepto jurídico de culpabilidad.

Veamos también esta cuestión en otro de los representantes de esta dirección normativa pura. Para BELING, los intentos de querer ver la esencia de esta lesión del deber en la lesión de la moral, de la religión o simplemente de la cultura, es dar un salto hacia atrás y colocarse en un estadio anterior al de la iniciación de un proceso de siglos a lo largo del cual se han ido diferenciando los campos. El mismo escribe: "Los principios objetivos de la moral, de la ética, etc., no son principios jurídicos, sino que devienen tales solamente cuando así son proclamados por el Derecho, y al contrario, un principio jurídico es un principio jurídico aunque al mismo tiempo no sea un principio moral, etc. El derecho es, en todo caso, lo suficientemente fuerte para poder prescindir de estas débiles ayudas de la

11. BINDING, *Die Normen* cit., II, pág. 269.

12. BINDING, *lug. cit.*, pág. 283.

13. BINDING, *lug. cit.*, pág. 286.

moral, etc.” Y sigue preguntando irónicamente: “si al dolo en sentido jurídico pertenece la conciencia de la inmoralidad de la conducta, ¿por qué no ha de pertenecer también a la maldad en sentido moral la conciencia de la antijuricidad? Lo que hay que admitir para lo uno hay que admitirlo también para lo otro”.¹⁴ De aquí se saca la consecuencia de que la culpabilidad jurídica se agota en la lesión de un deber jurídico determinado exclusivamente por el Derecho sin la intervención de la religión, de la moral, etc.

Apenas si existe otro lugar donde la variedad del positivismo jurídico se manifieste con colores más vivos que en el terreno de la culpabilidad juridicopenal. Por doquier se oye hablar de “deber jurídico”, pero queda sin aclarar la pregunta de lo que debemos entender por deber jurídico. El Derecho penal construido sobre fundamentos normativos no se preocupa por determinar el origen del deber jurídico, sino solamente lo acepta y lo concibe como un marco formal totalmente vacío. Ahora bien, este marco vacío sólo puede ser llenado con un contenido si contemplamos el proceso genético de los “deberes jurídicos”. Para esto no nos queda otro remedio que echar por el camino de la concepción explicativa. Deberes cuya única y exclusiva fuente sea solamente el Derecho, podemos decir que no existen. El legislador, al establecer deberes jurídicos en el Derecho, no los crea de la nada, sino que se le revelan como ya existentes en el campo de la ética social viva en un momento histórico determinado.

Frente a la teoría normativa pura de la culpabilidad está la concepción naturalista o psicológica que no ve en la culpabilidad ninguna valoración, sino simplemente una relación psicológica entre la voluntad de un sujeto agente y el resultado de una acción antijurídica, reduciendo la culpabilidad a una especie de “causalidad subjetiva” que no expresa en absoluto nada sobre una valoración moral del autor, sino que sólo le interesa poner de relieve la relación psicológica existente entre la acción antijurídica y la voluntad del autor, lo querido por éste en relación a lo que en la ley aparece como prohibido.

Estas dos concepciones, la normativa pura y la psicológica, pese a que son dos direcciones totalmente distintas, no obstante concuerdan en una cosa: son el producto de la dirección racionalista de la época en que aparecen. Mientras una ve la esencia de la culpabilidad en la lesión del deber jurídico, la otra la busca en una relación psicológica libre de toda valoración.

14. BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906, pág. 184.

La concepción normativa de la culpabilidad, tal como hoy se concibe después de los trabajos de FRANK, GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL y MEZGER,¹⁵ es un exponente de cómo se articulan los elementos racionales e irracionales. La estructura de la culpabilidad, según esta última dirección, supone una ruptura con el concepto de culpabilidad del positivismo jurídico al mismo tiempo que se enfrenta también con la dirección que considera el carácter predominantemente ético de la culpabilidad juridicopenal y concediéndole a la relación psicológica entre el autor y su acción, el sitio que le corresponde dentro de la teoría de la culpabilidad. El concepto de culpabilidad está compuesto por elementos racionales e irracionales, y podemos decir que la culpabilidad es la relación psicológica y ética entre el autor y su acción que trata de expresarse por medio de un juicio de reprochabilidad ético-normativo sobre la base de valoraciones ético-sociales.

4. La estructura jurídica del concepto de pena está condicionada por la concepción filosófica que de la pena se tenga y por los fines que a la misma se asignen por las distintas escuelas. Como consecuencia de esto, en este campo de batalla de las escuelas que la teoría de la pena es, y donde se enfrentan con la mayor desnudez las teorías absolutas y relativas, tienen la supremacía ya los elementos racionales, ya los irracionales.

La Escuela Clásica del Derecho penal, con su base filosófica que fundamentaba a todo el Derecho penal sobre verdades absolutas, convirtió a la retribución en el único fin de la pena, de forma que la pena llevaba su finalidad en sí misma, la pena era para esta escuela un "malum passionis quod inflingitur propter malum actionis".

El carácter formalista de la pena, según el criterio de la Escuela Clásica, está fundamentado sobre la ética individual, pues el mal por el que se "retribuye" es un mal de carácter individual, calibrado únicamente sobre la base de la culpabilidad individual y del peso objetivo de la acción. El núcleo de la pena es un principio derivado inmediatamente de la idea del Derecho, es un atributo de la idea de la justicia.¹⁶

Frente a esta dirección ético-individualista aparece otra dirección notablemente influida por un utilitarismo social, de donde parten, en última instancia, las teorías relativas en lo referente a la naturaleza y fines de la pena. Claro es que su efecto no hubiese sido tan grande en el seno del pensamiento juridicopenal si estas direcciones no hubiesen coincidido con los primeros resultados de la investigación criminológica. De ambos uni-

15. MEZGER, *Tratado cit.*, T. II, 1949, págs. 1 y sigs.; MEZGER, *La culpabilidad cit.*, todo el trabajo está dedicado a este problema. THIERFELDER, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, 1934, págs. 40-61.

16. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, pág. 259.

dos, utilitarismo social e investigación criminológica, surge la idea de la "prevención social" y de la "defensa social". La investigación etiológica de los factores de la criminalidad suministra a las teorías relativas suficiente materia prima para que puedan lanzar como fin de la pena el que ésta tenga un efecto que se proyecte en el futuro, procurando que el delincuente no vuelva a cometer hechos delictivos. De esta manera comienza el proceso de racionalización del concepto de la pena: la determinación racional de un fin como es la protección de la sociedad. Así aparece en escena, junto a los elementos del concepto clásico de la pena, un nuevo elemento distinto del "deber ser" derivado de la idea de la Justicia: se trata del "ser" que se desprende de la idea de la protección de la sociedad.

El principio expiatorio no tiene una fundamentación única en la ética individual, sino que también puede encontrar su fundamento en la ética social. Por tanto, la expiación será calibrada de acuerdo con el grado de enemistad social objetiva y subjetiva, del hecho y del autor.

La pena, esa poderosa institución jurídica, puede convertirse en manos de un Estado totalitario en algo que desvirtúe su propia naturaleza y que constituya un peligro para el individuo. La concepción política totalitaria tratará de quitarle a la pena todo carácter que no sea aquel que redunde en el aumento y fortalecimiento de la propia autoridad. El Estado totalitario usará de la pena con la sola intención de mostrarle al mundo su poder. En la pena se revela, para esta concepción política, la dignidad estatal de un modo simbólico. El delito pasa de ser causa y fundamento de la pena a convertirse en *motivo* de la pena. Todo el sistema penal se convierte en un medio irracional de afirmación de la personalidad estatal. En la realización de la justicia penal, en la aplicación de la pena, faltan por completo aquellos puntos de vista racionales derivados de un fin racionalmente propuesto y éticamente seleccionado.

Para esta dirección, la gravedad de la pena aumenta la autoridad del Estado que obtiene su culminación en la pena de muerte, donde se hace visible de forma patente que el individuo ha de ser sacrificado a la sociedad, o mejor, al Estado. Todas aquellas direcciones que por unos motivos u otros conduzcan a una suavización del sistema de penas quedan proscritas, ya que la suavización de las penas es considerado como una debilidad por parte del Estado.

El Derecho penal, en la determinación de sus fines, no debe elegir aquello que en último lugar puede constituir el resultado final de toda la actuación del total sistema jurídico de un Estado. El grado de perfección de un Derecho penal no debe medirse con el criterio de si en él resplandece la autoridad del Estado, sino según el grado en que dicho ordenamiento

proteja efectivamente los valores jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad. Lo único que aumenta en este sentido el prestigio de un Estado, no es la dureza de las penas, sino la disminución de la criminalidad.

La contestación a la pregunta sobre en qué proporción se encuentran en el concepto jurídico de la pena los elementos racionales e irracionales sólo puede contestarse contemplando su devenir histórico.

Por regla general, tanto la dirección normativa con su formalismo como la dirección basada sobre unos fundamentos ético-sociales, permanecen aferradas a sus principios, cerrando los ojos y los oídos a las exigencias de renovación que impone la vida práctica del Derecho.

Estas direcciones no tienen en cuenta para nada el proceso de desarrollo histórico de la pena. Pasan por alto, sin prestarle la menor atención, el largo camino que va desde un sentimiento instintivo de venganza hasta la pena pública, pasando por el Talión y la "compositio" como dos jalones destacados de este proceso. Tampoco ha sido tenido en cuenta el desarrollo cultural y bio-psico-sociológico del hombre y de sus condiciones de vida.

La significación de la evolución histórica de la venganza es algo que no puede desconocerse. Sin el sentimiento de venganza-justicia arraigado en el alma del hombre nunca se hubiere atrevido el débil a oponerse a los ataques del fuerte. Los conceptos de la dignidad humana y de los Derechos del hombre quizás no hubieran surgido jamás.¹⁷

Como en otras parcelas jurídicas, también en el derecho penal, con el desvanecimiento de las fuerzas instintivas pasan los factores racionales a ocupar la primacía. La pena instintiva se va llenando poco a poco de elementos racionales y de aquí que a la primera reacción de fondo retributivo-vindicativo se vayan anudando unos resultados que aparecen como deseables, con lo cual, la actuación instintiva originaria se va convirtiendo en una actuación consciente de sus fines. Toda la evolución de la pena no es otra cosa que la paulatina transformación de una retribución injusta que tenía lugar, dentro del amplio marco vindicativo, en un castigo justo. La retribución injusta que la venganza supone es en la pena retribución justa. "El Derecho penal retributivo —ha dicho H. MAYER—, es un poderoso testigo de nuestra responsabilidad personal y moral frente a la sociedad y también un testigo de nuestra fe en que somos dueños de nuestros actos."¹⁸

17. HEROLD, *Bemerkungen über das Rechtsprinzip der Zweckstrafe*, ZStrW. XII, págs. 573 y sigs.

18. H. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pág. 51.

ELEMENTOS RACIONALES E IRRACIONALES EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Basta con echar una rápida ojeada sobre la actividad punitiva de los Estados de cultura en los últimos cincuenta años para convencernos de que el pensamiento centripeto del fin de la pena va ganando cada vez más terreno en las distintas legislaciones penales. Educación, mejora, resocialización, en síntesis, que el círculo estrecho y unilateral de la pena retributiva se va ensanchando por medio de una serie de elementos racionales que tienen por finalidad la seguridad y defensa sociales.

Volvemos a repetir que la exacta estructuración del concepto de la pena tiene que partir de la base de que la pena es un fenómeno que se da y que se ha dado en la vida. Si no consideramos el aspecto histórico de la pena estaremos moviéndonos en un espacio vacío que desembocará en un irracionalismo al considerarla como un fenómeno irracional. Por el camino de la consideración de su evolución histórica podremos llegar a su estructuración de forma que constituya una síntesis de elementos racionales e irracionales. La pena está compuesta por elementos derivados de la idea de Justicia, pero también por aquellos otros que proceden de la idea de fin. La pena es en su esencia *retribución* (elemento irracional o emocional) y en sus efectos *prevención* (elemento racional). No olvidemos que la pena es portadora de un juicio-valor de reprochabilidad y que al mismo tiempo representa una situación jurídica individual desventajosa puesta al servicio de los valores individuales y sociales.

A través de estas consideraciones se nos ha revelado que los conceptos juridicopenales están compuestos por tres elementos: forma, contenido y valor. Lo que queríamos poner de manifiesto es que dichos conceptos no son construcciones lógico-racionales puras ni tampoco son solamente referencias a valores.

El Derecho, como todo fenómeno cultural, es él mismo un determinado sistema de valores. De aquí es de donde surgen precisamente sus elementos irracionales. Como consecuencia de una dirección teleológica dirigida a la realización de determinados fines, se va enriqueciendo cada vez más con elementos racionales. Lo mismo que el positivismo jurídico exagerado de la época racionalista conducía a un secamiento del contenido interno de valores culturales el otro extremo, el dar el predominio absoluto a los elementos irracionales, hubiera constituido un retroceso en la marcha progresiva de la evolución del Derecho penal.