

MIGUEL BAJO FERNANDEZ
Profesor Agregado de Derecho Penal
en la Universidad Autónoma de Madrid

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA TEORIA
DE LA MOTIVACION DE LA NORMA.—(*)

(*) Este trabajo no hubiera podido ser realizado a no ser por las enseñanzas orales recibidas de mi maestro el Prof. G. Rodríguez Mourullo en relación con cuestiones de Teoría general del Derecho. Los aciertos que pudieran encontrarse en estas páginas a él deberían atribuirse, mientras que sólo el autor es responsable de las tesis incorrectas.

I.— PLANTEAMIENTO

Recientemente ha aparecido en la doctrina jurídico penal española lo que podríamos llamar “teoría de la motivación”, que implica una determinada concepción de la norma y a la que se atribuye importancia decisiva en la teoría jurídica del delito, hasta el punto de que se ha dicho que se convierte “en eje central de la sistemática de la teoría del delito” (1). La teoría de la motivación es una nueva aportación inestimable de Gimbernat a quien siguen, con variantes personales, Muñoz Conde y Mir Puig. Hora es de que rompamos la inercia que sufre nuestra dogmática, tributaria del pensamiento jurídico alemán, y enriquezcamos nuestra doctrina con el estudio de las aportaciones de nuestros penalistas. Sirva este trabajo, que no es adulador sino crítico, como reconocimiento de la importancia y trascendencia de esta nueva teoría.

La teoría de la motivación parte de la base de que la norma jurídico penal, el Derecho penal, cumple una

(1) S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pág. 106.

función motivadora (2) función que se atribuye también a la pena(3) y al tipo(4) en una mixtura que, como veremos, provocará algunas dificultades. La tesis, en síntesis, consiste en que la norma jurídico penal opera, para conseguir la protección de los bienes jurídicos y los efectos preventivos, *motivando* en el individuo un determinado comportamiento mediante la amenaza de una pena, inhibiendo así las tendencias antisociales y promocionando los comportamientos valiosos (5). La atribución a la norma de una tal función coincide con la concepción de la teoría de los imperativos al entender la norma como mandato de la voluntad del soberano dirigido a la voluntad de los súbditos respaldado por la amenaza de sanción. (6)

(2) E. GIMBERNAT, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Anuario de Ciencia jurídica*, I, 1971-1972, pág. 278; F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln 1974, pág. 311; del mismo, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, pág. 50; S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., págs. 57 y 106-107.

(3) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca 1971, págs. 93 y sigs.; S. MIR PUIG, *Introducción* cit., pág. 106-107.

(4) E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 277.

(5) Cfr. E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 279; del mismo, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 95; F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., págs. 312-313.

(6) La referencia a la incisión psicológica de la norma en el sujeto es una constante de la teoría de la motivación. Vid. E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 93 y sigs. y F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., pág. 312 y sigs. A la voluntad del legislador se refiere E. GIMBERNAT repetidas veces en *El sistema*, cit., págs. 277 y 278. A la voluntad del súbdito hace referencia S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 58. Por último a la fuerza que respalda la motivación se remite E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 279 y F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., págs. 313 y 315.

Aunque ni Gimbernat ni Muñoz Conde se han pronunciado expresamente en defensa de una concepción imperativista de la norma, Mir Puig ha visto con claridad la vinculación entre la teoría de la motivación y la de los imperativos. Bajo el epígrafe de “Esencia imperativa de la norma jurídica” advierte que “tal carácter imperativo de la ley penal se corresponde con la función que ésta está destinada a cumplir. La norma penal opera apelando a la motivación del ciudadano... La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo” (7).

Esta vinculación se presenta como evidente en la concepción de la pena de Gimbernat. Para este autor la pena se explica, al estilo del Proyecto Alternativo alemán, por ser una “amarga necesidad” para conseguir un mínimo de orden social. La forma de operar la pena en sus fines preventistas es mediante la función motivadora. “La tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles”; y su efecto es el de “ser un importante medio de encauzamiento de conductas” (8). Pues bien, esta forma de entender la función y la operatividad de la pena coincide con la forma de entenderlo el imperativismo de Austin. Refiriéndose a la concepción de este autor hace Agnelli la siguiente descripción: “hablar de sanción (se entiende en el

(7) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 57.

(8) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., págs. 99, 100 y 96.

pensamiento de Austin) significa considerar... el soberano que quiere incidir psicológicamente sobre el sujeto para obtener la conducta deseada, amenazando con un mal en caso contrario” (9).

A mi entender una concepción imperativa de la norma en el sentido de mandato que conexas dos voluntades (10), no es aceptable porque, en definitiva, a la hora de explicar el conjunto de normas jurídicas, (el Derecho) es más lo que oscurece que lo que aclara. De otro lado quiero adelantar también aquí que son varias las dificultades con que tropieza la teoría de la motivación en diversas cuestiones de la teoría jurídica del delito, sin que ello le reste mérito en las inestimables aportaciones que conlleva. A la exposición de estas conclusiones dedicamos las páginas siguientes.

(9) A. AGNELLI, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino 1959, pág. 177. El paréntesis es mío.

(10) Esta concepción imperativista no es privativa de los autores de la teoría de la motivación sino que se encuentra extendida entre quienes consideran que el dolo constituye un componente del injusto. Tal es el caso de H.-H., JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. A. T.*, 2ª ed., Berlin 1972, págs. 178-179. Refiriéndose a la concepción de Welzel sobre el injusto de la tentativa advierte la concepción imperativista de la norma de este autor, R.-F., SUAREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid 1963, pág. 54. Cfr. además, J. CEREZO MIR, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal español*, en *Nuevo pensamiento penal*, 1, número 2, 1972, pág. 242.

II.— LA TEORIA DE LOS IMPERATIVOS

Advierte Legaz que cuando se habla de la imperatividad de la norma la expresión adquiere distinto significado si se la toma como sustantivo o como adjetivo. “En el primer sentido, el imperativo es un acto que patentiza, en forma de orden o mandato, la existencia de una voluntad dirigida a otra voluntad, compeliendo a ésta a realizar el acto querido por la primera. En cambio, bajo el segundo aspecto, el imperativo es el *sentido* de ciertos actos cuya consistencia está independizada de la voluntad o conjunto de voluntades que lo han producido” (11). Es a la primera concepción a la que anudamos el nombre de concepción imperativista de la norma o teoría de los imperativos que, en el ámbito jurídico penal, tiene su origen en Thon, v. Ferneck y Bierling (12).

Concebir el imperativo en ese primer aspecto a que se refiere Legaz, es decir, concebir la norma como conexión entre dos voluntades, como orden o mandato emanado del legislador dirigido a los súbditos y respaldado por la amenaza de sanción produce importantes consecuencias en el ámbito del Derecho penal. De ahí la necesidad de detenernos brevemente en el estudio de esta posición.

(11) L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Barcelona 1961, pág. 356.

(12) Cfr. J. BAUMANN, *Strafrecht. A. T.*, 7ª ed., Bielefeld 1975, pág. 179; K. LARENZ, *Der Rechtsatz als Bestimmungsatz*, en *Festschrift für K. Engisch*, Frankfurt am Main 1969, pág. 151.

A.— Su inviabilidad como comprensión totalizadora del Derecho

Los inconvenientes con que tropieza una concepción de la norma como orden o mandato emanado de la voluntad del soberano han sido repetidas veces señaladas. Es tradicional advertir que las tesis imperativistas pecan de utilizar un instrumento de limitados alcances al no poder explicar gran parte de los fenómenos jurídicos. En primer lugar enfrentarse con la Historia del Derecho de la mano de esta concepción es completamente estéril ya que resulta inútil pretender justificar como órdenes o mandatos las normas jurídicas reguladoras de las primitivas comunidades (13). Lo mismo puede decirse del Derecho internacional público ya que cada uno de los sujetos de la comunidad internacional de naciones son sujetos soberanos y las normas por las que resultan vinculados no pueden operar como mandatos (14). Dentro del Derecho interno vigente la tesis imperativista, en el sentido expuesto, se muestra impotente ante la costumbre y los principios generales del Derecho reconocidos ambos como fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico (15).

(13) Hägerström. Cfr. S. CASTIGNONE, *La macchina del Diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano 1974, págs. 68—69.

(14) Vid. N. BOBBIO, *La teoria della norma giuridica*, Torino 1958, págs. 174—175.

(15) Sobre estas observaciones cfr. L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona 1973, págs. 42 y sigs.; H. L. A. HART, *El concepto del Derecho* (trad. de G. R. Carrío), Buenos Aires 1968, págs. 33 y sigs.

De otro lado, de aceptar la posición que comentamos, no resulta explicable qué sentido tiene seguir obedeciendo al soberano anterior, es decir, no puede explicarse convenientemente la continuidad del Derecho a través de los cambios políticos (16). En este sentido, partiendo de la diferencia entre lo que él llama “normas heredadas” y “normas implantadas” o de nueva creación, y refiriéndose a determinados ejemplos del Código civil, ironiza Diez Picazo diciendo:” ¿Quién ha mandado estas cosas? . ¿Es que estamos obedeciendo a Don Manuel Alonso Martínez, a la Reina Regente o al Congreso de los Diputados del año 1888? . Parece evidente que no. ¿Es que hay una cotidiana y constante renovación del mandato, por cada sucesivo gobernante, al mantener vigente el Código civil? . Parece claro que tampoco es así. Hay que confesar que... el legislador no emitió rigurosamente un mandato, sino que se limitó a recoger, a dar figura y si acaso a perfilar unas reglas que poseían ya una larga tradición y un hondo arraigo en nuestro país... y que, por consiguiente, el papel de este legislador no difirió sustancialmente del de un recopilador de costumbres”. (17) Traslada la idea al Derecho penal, considerar que cuando se cumple el mandato de no matar se está obedeciendo una orden del legislador de 1944 o 1973 constituye un absurdo aún mayor si cabe. Aunque se diga que es una

(16) H. L. A. HART, *El concepto*, cit., pág. 63 y sigs.

(17) L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., pág. 44.

renovación tácita de un mandato de épocas anteriores habría que convencernos, y eso no es posible, de que el mandato de no matar nace en la noche de los tiempos históricos como una voluntad del soberano.

Además la concepción de la norma como orden o imperativo tampoco puede explicar que el Soberano de quien emana pueda quedar vinculado por la propia norma (18). Y, por último, pese a que Lumia atribuye “inegable éxito” a los imperativistas cuando tratan de justificar las normas permisivas, declarativas, instrumentales, dispositivas o finales (19), hay que reconocer con Hart que las normas que otorgan potestades “es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de ordenes respaldadas por amenazas” (20).

Hart resume la crítica de la concepción imperativista así: “la concepción del derecho como ordenes coercitivos enfrenta desde el comienzo mismo

(18) H. L. A. HART, *El concepto*, cit., págs. 53 y sigs. Una amplia crítica de la concepción voluntarista de la norma es la de Hägerström expuesta por S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto*, cit., págs. 54 y sigs.

(19) G. LUMIA, *Il Diritto tra de due culture*, 2^a ed., Milano 1971, pág. 102.

(20) H. L. A. HART, *El concepto*, cit., págs. 35 y sigs. En este mismo sentido se manifiesta, en relación a las causas de justificación jurídico penales P. BOCKELMANN, *Strafrecht*, A. T. München 1973, pág. 35. En sentido contrario, es decir, intentando conectar las normas permisivas con la teoría de los imperativos se ha esforzado, sin mucho éxito, el propio K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 5^a ed., Stuttgart Berlin-Köln-Mainz 1971, págs. 23 y sigs. Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. de E. Gimbernat), Barcelona 1966, pág. 167.

la objeción de que hay variedades de normas jurídicas, que aparecen en todos los sistemas, que no responden a aquella descripción en tres aspectos principales. Primero, aún una ley penal, que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación diferente al de las órdenes dadas a otros, porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás. En segundo lugar, otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, si no que pueden conferirles potestades ...En tercer lugar, aunque sancionar una ley es en ciertos aspectos algo análogo a dar una orden, algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben su *status* jurídico a ningún acto consciente de derecho". Y aunque estas objeciones han sido salvadas más o menos ingeniosamente "el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas es más lo que oscurece que lo que aclara" (21).

B.— Consecuencias jurídico penales

Una concepción imperativista de la norma, en el sentido expuesto, tiene en el ámbito del Derecho penal mayor trascendencia de la que podía pensarse. En primer lugar obliga a concebir la antijuricidad como no sumisión al mandato, como rebeldía, como desobediencia. Y aunque es cierto que entre los autores finalistas, es decir quienes mantienen una concepción

(21) H. L. A. HART, *El concepto*, cit., pág. 61.

dogmática en el ámbito jurídico penal más ligada a la concepción imperativista, que comentamos, pervive una concepción sustancial del injusto, la defensa del papel preponderante del desvalor de acción en la antijuricidad y, más concretamente, la defensa del llamado “injusto personal”, aparece vinculada directamente a esa concepción de la antijuricidad como desobediencia, es decir, a un Derecho penal de voluntad.

En segundo lugar no parece posible una separación, convicentemente explicada, de antijuricidad y culpabilidad pues, como apunta Bockelmann, “todas las causas que impiden el nacimiento del reproche de culpabilidad, son las que igualmente impiden entender el comportamiento en cuestión como un acto de desobediencia y, por consiguiente, como un hecho antijurídico” (22). No es posible hablar de desobediencia si el autor incumple el mandato jurídico en estado de inimputabilidad o por caso fortuito o en situación tan anormal que aparece como no exigible la conducta adecuada a la norma. Y no se puede hablar de desobediencia porque, en estos casos, la ley exime de responsabilidad criminal, no dirige el mandato a tales sujetos en tales concretas situaciones. Y si la antijuricidad es desobediencia, en estos casos no puede afirmarse la antijuricidad de la conducta.

(22) P. BOCKELMANN, *Strafrecht. A. T.*, cit., pág. 35.

Por último, desde esta concepción de la norma nunca podrá explicarse satisfactoriamente la norma permisiva, o la punibilidad de la culpa inconsciente donde, al no conocer el autor el mandato, no puede hablarse de desobediencia, o que el comportamiento de un inimputable de lugar a efectos jurídicos cuando no pueden conocer ni comprender el mandato emanado de la voluntad del soberano, (23) o la punibilidad de los supuestos de responsabilidad objetiva o los casos de irrelevancia de la *ignorantia iuris* (24). Sobre algunas de estas cuestiones nos detendremos al ocuparnos de las consecuencias que se atribuyen a la teoría de la motivación en la teoría jurídica del delito.

C.— *La norma jurídica como juicio de valor imperativo*

Concluía Cossio, tras un análisis fenomenológico del lenguaje de la norma, que normar no es imperar sino juzgar (25). Que la norma es un juicio, incluso un juicio de valor, es algo comúnmente reconocido en la doctrina penal. Es presupuesto necesario de la concepción de la antijuricidad también como juicio de valor y de la admisión del desvalor de resultado como componente de la antijuricidad. Pues bien, si la norma

(23) P. BOCKELMANN, *Strafrecht. A. T.*, cit., pág. 35.

(24) A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, págs. 15 y sigs.

(25) C. COSSIO, *La norma y el imperativo. Notas analíticas para su estudio*, separado del T. VII, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid 1960, pág. 93 y passim.

es un juicio hipotético, al estilo de Kelsen, o un juicio de valor, no es concebible entender la norma como orden o mandato de la voluntad del soberano. En contra de una concepción de la norma como imperativo hipotético advierte Engisch que “el derecho establece los fines y exige que se realicen de un modo precisamente tan absoluto, tan categórico como la moral”, y si la moral opera con imperativos categóricos y no hipotéticos, el Derecho tampoco podrá operar con imperativos de esta última clase (26). Y en la misma línea observa Diez Picazo que “nadie manda hipotéticamente. Por ello se ha dicho que la norma enuncia, para la hipótesis que describe, un deber-ser. Enunciar un deber-ser y emitir un mandato son actitudes perfectamente diferentes. No es lo mismo decir ‘haz esto’ que decir ‘debes hacer esto’ o decir ‘esto debe ser hecho’. Nos encontramos en presencia de dos planos conceptuales distintos y de dos momentos también diferentes”. (27).

Del mismo modo, si la norma se entiende como juicio de valor tampoco puede ser entendida como orden o mandato del soberano que trata de incidir psicológicamente en el súbdito para conseguir el comportamiento deseado. Ahora bien, la norma no puede concebirse simplemente como un juicio de valor porque, en tal caso, no pasaría de ser un simple deseo o exhorto. En este sentido advierte Bobbio que la justa

(26) K. ENGISCH, *Einführung*, cit., pág. 30.

(27) L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., pág. 47.

reacción contra el imperativismo se excedió cuando, para combatir la noción restringida de mandato o imperativo, acabó por creer que la norma no era mandato ni imperativo en el más amplio sentido del término, ni siquiera prescripción, sino "juicio o valoración perteneciente a un lenguaje diverso a aquél al que pertenecen los mandatos, al lenguaje de la ciencia y no al normativo" (28). La norma es juicio de valor en el sentido de que el deber ser significa antes que nada que el legislador está valorando que determinadas consecuencias son la reacción justa a determinados supuestos (29), pero ese juicio de valoración no es aún norma si no le acompaña la fuerza que le haga valer. La norma es un *deber ser imperativo* porque hay un valor que debe ser realizado en una conducta; es imperativo, imposición, porque impera sometiendo lo espontáneo a un orden (30).

Que la norma además de valoración es imperativo, se ha convertido también en concepción dominante en la doctrina jurídico penal. Pero la extendida opinión según la cual ese imperativo constituye un mandato u orden dirigida al súbdito motivando su comportamiento, no es la forma más adecuada de explicar la norma. Si el Derecho se concibe como conjunto de órdenes del soberano respaldadas por la

(28) N. BOBBIO, *Teoría della norma*, cit., pág. 175.

(29) Cfr. L. RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed., México 1972, págs. 124-125.

(30) Cfr. L. LEGAZ, *Filosofía*, cit., págs. 356-357.

fuerza, no tiene sentido referirnos al juicio de valoración. El mandato emanado de la voluntad del soberano se justifica sólo por ser un mandato respaldado por la fuerza, sin necesidad de referencia alguna a la valoración de su contenido. Es oportuno, a este respecto, recoger la observación de Lumia en el sentido de que “si la fuerza es lo que pone el Derecho, es también la razón quien lo justifica” (31).

Decir que la norma es imperativo equivale a decir que opera como norma de determinación, lo cual no puede identificarse con la orden o mandato que vincula la voluntad del soberano con la del súbdito. Ha advertido Larenz, en este sentido, que mandato y determinación son cosas distintas porque mientras aquél se dirige a influir directamente en la voluntad, la norma de determinación, aunque persiga en último extremo este fin, de modo inmediato trata sólo de hacerse valer (32). La norma jurídica es norma de determinación en el sentido de que a través de ella se hace valer la consecuencia jurídica (33), por lo que decir norma de determinación, equivale a decir, no mandato, sino ordenación o pretensión de validez (34). Es este el sentido que se le da hoy comunmente al

(31) G. LUMIA, *Il Diritto*, cit., pág. 208.

(32) K. LARENZ, *Der Rechtssatz*, cit., pág. 157.

(33) “durch sie Rechtsfolgen in Geltung gesetzt werden”. K. LARENZ, *Der Rechtssatz*, cit., pág. 160.

(34) “Geltungsanordnung”, “Geltungsanspruch”. K. LARENZ, *Der Rechtssatz*, cit., págs. 150-151 y 155.

imperativo de la norma, que no aparece como mandato emanado de una voluntad (35) sino como una pretensión de validez al estilo de Larenz, como un imperar sometiendo lo espontáneo a un orden según Legaz, como prescripción prescriptiva conforme a la posición de Bobbio (36), o como imperativo independiente al estilo de Olivecrona en el sentido de que la norma ejercita una función directiva (prohibitiva o permisiva) prescindiendo de la relación personal o de transmisión de voluntad de un sujeto a otro(37).

Decir que la norma es un *deber ser imperativo*, una valoración que se hace valer (que se impone), no implica una duplicidad en la concepción de la norma. Valoración e imperativo son dos momentos de un todo indisoluble, pero “el desaprobar es lógicamente previo al prohibir” (38). El Derecho como norma de determinación no es concebible sin el Derecho como norma de valoración, como orden objetivo de vida, ya que éste es el presupuesto lógico y necesario del Derecho como norma de determinación (39). Esta prioridad lógica no sólo se impone por su evidencia, sino también por la necesidad de diferenciar la

(35) Una crítica a la teoría voluatarista de la norma se encuentra en Olivecrona cuyo pensamiento es expuesto ampliamente por S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto*, cit., págs. 141 y sigs.

(36) N. BOBBIO, *Teoria della norma*, cit., págs. 75 y sigs.

(37) Cfr. S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto*, cit., pág. 157.

(38) J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid 1976, pág. 152.

(39) Sobre esta conocida posición J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., págs. 150 y sigs.; E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, I, 2^a ed., Madrid 1946, págs. 328 y 331; P. BOCKELMANN, *Strafrecht. A. T.*, cit., pág. 36.

antijuricidad como juicio de valor sobre el hecho, de la culpabilidad que, entendida como reproche al autor por la comisión del hecho, presupone la valoración de antijuricidad. Pues bien, el penalista que mantiene una concepción de la norma como mandato emanado de la voluntad del soberano y, a la vez, mantiene una prioridad lógica del juicio de valoración incurre en una antinomia difícil de salvar.

Para Engisch, por ejemplo, la norma jurídica es un imperativo entendido “en el sentido de que las proposiciones jurídicas expresan una voluntad de la comunidad jurídica, es decir, del Estado, o del legislador. Esta voluntad se dirige a una determinada conducta de los súbditos del Derecho, exige esta conducta para conseguir su realización” (40). Pese a ello reconoce, con Mezger, que la norma de determinación no es concebible sin el *prius* lógico de la norma de valoración, en cuanto una conducta es debida cuando su ejecución es valorada positivamente, y su omisión negativamente (41), y esto, según Engisch, “no impide considerar sustancialmente las normas como imperativos. En la norma la valoración sólo se consigue por medio del imperativo” (42). Este entendimiento, a mi juicio, no es aceptable. Si la norma es mandato de la voluntad del soberano no se explica por qué necesariamente tal voluntad exige

(40) K. ENGISCH, *Einführung*, cit., pág. 22.

(41) K. ENGISCH, *Einführung*, cit., págs. 22 y 27-28.

(42) K. ENGISCH, *Einführung*, cit., pág. 28.

como *prius* lógico una valoración. El mandato del soberano se explicaría exclusivamente por emanar de su voluntad, sin necesidad de tener que apelar a su contenido de valor. De otro lado, es cierto que la valoración sólo se consigue por medio del imperativo, pero esto es sólo cierto en el sentido de que un juicio de valor que no se impone no pasa de ser un mero deseo. La norma exige además la pretensión de validez de la consecuencia jurídica en caso de infracción del presupuesto. Lo que no es cierto es que la valoración sólo se consiga por medio de una orden emanada de la voluntad del soberano.

En la misma situación se coloca Jescheck al concebir la norma como expresión de la voluntad del legislador y atribuir, a la vez, una prioridad lógica a la norma de valoración (43). El mantenimiento de esta doble tesis, a mi juicio incompatibles, procede, quizás, de la inversión de un razonamiento. Se llega a esta concepción de la norma porque se parte de un entendimiento de la antijuricidad en sentido subjetivo, comprendiendo tanto el desvalor de acción como el de resultado. La inclusión del dolo en el injusto obliga, por simple coherencia, a mantener una concepción imperativa de la norma. La norma es un mandato y sólo la voluntad humana puede negarlo, dirá Jescheck (44). Pero como, a la vez, la antijuricidad comprende ineludiblemente el desvalor de resultado, so pena de no

(43) H.-H., JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 178-179.

(44) H.-H., JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 179.

poder distinguirla de la culpabilidad, hay que atribuir a la norma una prioridad lógica como juicio de valoración.

La confusión se agrava en Mir Puig porque ya no es sólo admitir que el juicio de valoración aparezca con prioridad lógica en la norma pese a concebir ésta como imperativo (45), sino que además acepta la posibilidad de que la norma jurídica en general, al contrario que la norma jurídico penal, pueda concebirse sustancialmente como juicio de valor. Según él “en Derecho penal no existen normas que no puedan concebirse imperativamente” (46) independientemente de que se conciba de otra forma la norma jurídica en general. Según Mir Puig la cuestión de si la norma penal es o no imperativa “se trata, en mi opinión, de un problema específicamente penal, que no puede resolverse acudiendo sin más a la teoría general del Derecho. La respuesta puede ser, creo, distinta a ambos niveles”. Y continúa diciendo que “la elección entre ambos puntos de vista (s.c. la norma como juicio de valor o imperativo) puede ser distinta en relación a la norma penal que en relación a la norma jurídica en general” (47). Realmente no se alcanza a comprender cómo la norma puede concebirse de forma distinta según se califique o no de norma penal, cuando se trata de la disyuntiva entre juicio de valor o imperativo, ya

(45) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 57.

(46) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., págs. 54-55.

(47) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., págs. 53-54.

que implicaría dos concepciones del Derecho y dos concepciones del injusto. Si, como el propio Mir Puig apunta, la concepción imperativa trae como consecuencia dogmática “la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo” (48), resultaría que habría que admitir una concepción de la antijuricidad distinta según se trate de la norma en general y de la norma jurídico penal. En Derecho civil, por ejemplo, la antijuricidad sería un juicio de valor objetivo sobre el hecho, y en el Derecho penal una desobediencia dolosa (o culposa). Las consecuencias que tendría la ruptura de la que fué llamada “dilecta unidad de la antijuricidad” (49), aparte de que implica dos concepciones del Derecho, hacen este entendimiento de todo punto insostenible.

Para evitar posibles valoraciones políticas incorrectas no quisiera finalizar este apartado sin advertir que el hecho de que en cada época histórica se haya destacado uno u otro aspecto de la norma (como juicio de valor o como imperativo) obedece a razones concretas. Mientras el Derecho medieval entenderá el Derecho como una ordenación del mundo e insistirá, por tanto, en la norma como razón, el absolutismo lo entenderá como una manifestación de la voluntad del príncipe (50). El imperativismo de Austin aparece, sin

(48) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit. pag., 58.

(49) Vid. E. MEZGER, *Tratado*, I, cit., pág. 360.

(50) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil español. Parte general*, I, Madrid 1955, pág. 50.

duda, políticamente fundado. Agnelli, uno de los más destacados estudiosos del pensamiento de Austin, después de advertir que en el sistema austiniano a diversas funciones no corresponden diversos órganos y es negada la teoría de la separación de poderes (51), señala que “para comprender a Austin se debe rehacer la historia de la cultura inglesa a caballo entre el settecento y el ottocento, la crisis de la autoridad y su nuevo fundamento a través de la reelaboración de los conceptos de ley, derecho positivo, soberanía y sociedad política” (52). Todo el pensamiento utilitarístico y, por tanto, también el imperativismo de Austin, responden a la crisis de autoridad propia de la época precedente (53). Se trataba, pues, de reforzar la autoridad del Soberano al concebir la norma como mandato que ligaba su voluntad con la de los súbditos bajo el amparo de la amenaza de sanción. La influencia del pensamiento político de Hobbes parece indudable (54).

(51) A. AGNELLI, *John Austin*, cit., pág. 164.

(52) A. AGNELLI, *John Austin*, cit., pág. 171.

(53) A. AGNELLI, *John Austin*, cit., pág. 175.

(54) Las modernas concepciones imperativistas de la norma, que ya poco tienen que ver con el viejo imperativismo voluntarista, no han nacido por supuesto para justificar la autoridad del Soberano. Más bien es una respuesta al moderno fenómeno de monopolización legislativa por parte del Estado y la pérdida de la fé en la justificación ideal del legislador y en la racionalidad objetiva de las normas propia del liberalismo decimonónico. Cfr. G. LUMIA, *Il Diritto*, cit., pág. 196-197 y L. LEGAZ, *Filosofía*, cit., pág. 355. El moderno imperativismo, hay que reconocerlo, es también una respuesta a las preocupaciones por la certeza del Derecho. En este sentido G. LUMIA, *Il Diritto*, cit., pág. 191. Pese a ello el Derecho es una forma de vida social y no puede quedar reducido a

III.— LA TEORIA DE LA MOTIVACION Y SUS CONSECUENCIAS EN LA TEORIA JURIDICA DEL DELITO

A.— *La diferencia entre antijuricidad y culpabilidad. El comportamiento antijurídico del inimputable.*

La teoría de la motivación participa con la de los imperativos de las mismas dificultades a la hora de explicar la diferencia entre antijuricidad y culpabilidad. Nadie, sin embargo, identifica hoy ambos elementos, ya que, de lo contrario, se produciría una simplificación de la dogmática con lo que eso significa de empobrecimiento científico. La diferencia se cifra apelando al desvalor de resultado (al lado del desvalor de acción) como contenido de la antijuricidad, y a la comprensión de la culpabilidad como pura reprochabilidad. Pero queda en pie la dificultad de explicar cómo el inimputable (o el que obra por culpa inconsciente, o el que padece un error de Derecho invencible no relevante) puede obrar de forma contraria a Derecho siendo, como es, inaccesible al mandato, a la motivación.

A esta dificultad responde Mir Puig adhiriéndose a la tesis de Jescheck según el cual “también los niños, los

una entidad puramente lógica con ningún otro fundamento que el aparecer como un mandato del Estado. Como forma de vida social no está ontológicamente vinculado al Estado ni opera necesariamente como un mandato. Cfr. L. LEGAZ, *Filosofía*, cit., pág. 365.

jóvenes y los enfermos mentales están sometidos a las normas jurídicas que les afectan, y la experiencia demuestra que de hecho normalmente son motivados por las normas jurídicas” (55). A mi entender esta afirmación es insostenible. Creo que está fuera de lo posible poder convencer a alguien que un niño de corta edad o un enfermo mental profundo, cuyos comportamientos pueden ser antijurídicos y dar lugar a efectos jurídicos (responsabilidad civil de su propio patrimonio o medida de seguridad), pueden ser motivados por una norma jurídica. De ahí que advirtiera Torío que “las indicaciones existentes en el Lehrbuch (de Jescheck), en las que acepta la doctrina de los imperativos, no son todo lo claras que sería de desear en lo concerniente a la vinculación de los inimputables por las normas” (56).

Gimbernat intenta otra vía de explicación derivada de la propia teoría de la motivación, reconociendo la inaccesibilidad del inimputable a la incisión psicológica de la norma y negando a la antijuricidad su contenido de valor. “Conformidad a Derecho —dice Gimbernat— no significa que la acción haya sido positivamente valorada, sino que la ley —por la razón que sea— renuncia frente a la generalidad a amenazar con una pena, a motivar mediante la pena la no comisión del

(55) Texto de Jescheck al que se adhiere S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 56.

(56) A. TORIO LOPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, en *Anuario* 1974, pág. 34, nota 17.

hecho" (57). La regla general que se deduce de ahí es que toda eximente de responsabilidad criminal que opere frente a conductas o situaciones en las que una hipotética amenaza de sanción criminal hubiera cumplido su función motivadora para la no comisión del hecho, es una causa de justificación. Así en la medida en que la pena hubiera sido eficaz para impedir la comisión de las acciones cometidas en estado de necesidad, es decir, que hubiera podido motivar la no comisión de las mismas, el estado de necesidad —dirá Gimbernat— aparece en todo caso (tanto el de bienes iguales como el de bienes desiguales) como causa de justificación (58). Por el contrario, si la pena hubiera sido ineficaz por la inaccesibilidad del sujeto al efecto inhibitorio del castigo (el loco, el niño) la eximente opera como causa de inculpabilidad (59).

Conforme a ello el inimputable también realiza comportamientos antijurídicos, pero lo que no acierta a explicarse entonces es lo siguiente. Si la norma jurídica es un mandato conducente a motivar, a incidir psicológicamente sobre el sujeto para obtener la conducta deseada, cómo es posible que quien es inaccesible a tal efecto inhibitorio, que se deriva de la amenaza de sanción, obre de forma contraria a la

(57) E. GIMBERNAT, *Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pág. 496.

(58) E. GIMBERNAT, *Der Notstand*, cit., págs. 490 y sigs., especialmente pág. 492.

(59) Tal se deduce de E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., págs. 91 y sigs.; del mismo, *El sistema*, cit., pág. 280.

norma. Dirá entonces Gimbernat que en tales casos la norma sigue cumpliendo su función motivadora frente a los demás (60). La explicación, sin embargo, no es satisfactoria. El que, pese a la existencia de una causa de inculpabilidad, la norma siga produciendo efectos inhibitorios frente a los demás mientras que cuando concurre una causa de justificación la norma no quiere motivar a nadie la abstención de una conducta, no es explicación convincente. En efecto, tanto si concurre una causa de inculpabilidad como de justificación la norma no ordena a quien se encuentra en la situación concreta (legítima defensa, inimputabilidad, error invencible) la abstención de una conducta, mientras que frente a quienes no se encuentran en tal concreta situación la norma sigue ordenando tal abstención bajo la amenaza de una sanción.

En realidad la teoría de la motivación, para ser consecuente, tendría que reconocer que quien es inaccesible a la incisión psicológica, a la motivación, no puede obrar de forma contraria a la norma. En este

(60) " Con el juicio de antijuricidad el legislador coloca un factor condicionante para que los ciudadanos se abstengan de realizar determinadas conductas. Existen, no obstante, ciertas personas inaccesibles desde el punto de vista de la motivación, bien por inimputabilidad permanente o transitoria, bien porque —al desconocer la prohibición— no han tenido tampoco ocasión de dejarse influir por ella. Por estar suficientemente delimitado quienes son esas personas, en estos casos se puede prescindir de imponer la pena sin que sufra por ello un detrimento la prevención general, pues los imputables saben que para ellos esa impunidad no rige y, por ello, siguen teniendo los mismos motivos (el de eludir la imposición de la pena) para comportarse de acuerdo a Derecho". E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 287.

sentido la vieja teoría de los imperativos hacía depender la antijuricidad de la imputabilidad del autor (61) llegando, por tanto, a identificar culpabilidad e injusto (62).

B. — La pertenencia del dolo al tipo de injusto.

La aceptación de las premisas de la teoría de la motivación de la norma obliga, según sus autores, a considerar el dolo como componente de la antijuricidad y, por tanto, al tipo de injusto. “Si el imperativo —dice Mir Puig— opera apelando a la motivación del sujeto, conminándole a decidir *su voluntad* en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no, ha de influir en la gravedad de la contradicción del imperativo” (63).

Una tal concepción de la antijuricidad se corresponde coherentemente con una concepción imperativista. Lo que no parece tan convincente es la argumentación de Gimbernat para llegar a la misma conclusión. Su tesis consiste, en sustancia, en que de la función motivadora del tipo se deduce que el dolo es uno de sus elementos. El tipo penal —dice— “consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar —mediante la amenaza con una pena— para

(61) Cfr. J. BAUMANN, *Strafrecht. A. T.*, cit., pág. 179 y 267.

(62) Así v. Ferneck. Cfr. E. MEZGER, *Tratado*, I, cit., pág. 332, nota.

(63) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 58.

que dicha conducta no se cometa” (64). De ahí se infiere que el dolo es elemento del tipo de los delitos dolosos porque en los delitos castigados exclusivamente a título doloso lo que el Derecho penal trata de motivar es la no comisión dolosa del delito y como aquella conducta, cuya no comisión se trata de motivar (la conducta prohibida), constituye contenido del tipo, el dolo es parte integrante del tipo (65). “El dolo —dice Gimbernat— es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial en la descripción de la conducta prohibida” (66).

Tanto la conclusión como la argumentación son innecesarias porque nadie niega ni la una ni la otra. Cuando aquí se refiere Gimbernat al tipo no especifica de qué “tipo” está hablando. Si se tratara del tipo de injusto estaría aportando Gimbernat un nuevo argumento para la inclusión del dolo. Pero, en realidad, no es del tipo de injusto, sino del tipo de garantía (67) de lo que se está hablando. En efecto, si se atribuye al tipo una función de motivación inhibiendo y

(64) E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 279.

(65) E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., págs. 277-278; y en *Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*, en *F. für H. Henkel*, Berlin-New York, 1974, págs. 155-156.

(66) E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 278; del mismo, *Zur Strafrechtssystematik*, cit., pág. 156.

(67) Entendemos por tipo de garantía aquél que incluye todas las características que deben estar determinadas en la ley en virtud de la vigencia del principio de legalidad. Cfr. K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en *F. für E. Mezger*, München-Berlin, 1954, pág. 131.

encauzando las conductas, no puede referirse al tipo de injusto que recoge simplemente las características que sirven para fundamentar el juicio de antijuricidad, y no incluye, por ejemplo, la pena. El tipo de injusto del delito de homicidio es “matar a otro”, o si se quiere “matar a otro dolosamente”. Pues bien, tal descripción por sí misma no puede cumplir ninguna función motivadora mientras no se le anude al menos la pena. Sólo sabiendo que la pena es elevada puede cumplirse una función motivadora, porque si se castigase con simple multa probablemente no motivara a alguno la abstención. Si, por el contrario, se dice “matar a otro dolosamente será castigado con la pena de reclusión menor” entonces puede decirse que una tal proposición cumpliría una función motivadora, pero ya no es el tipo de injusto sino el tipo de garantía. Y que el dolo pertenece al tipo de garantía es algo que nadie pone en duda.

En realidad la función de motivación se atribuye a la norma o a la pena que es donde realmente ha de ubicarse. Pero la extensión de tal función al tipo, como hacen Muñoz Conde y Gimbernat (68), no es correcta si se entiende como “tipo de injusto” que no equivale a “norma” ni incluye la pena. Y si no se refieren al tipo de injusto entonces no permite deducir todas las consecuencias dogmáticas que se atribuyen a tal función.

(68) F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., pág. 316 y sigs.; E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 277.

C. — *Concepto y función de la pena.*

La función de motivación es tarea fundamental de la pena según esta teoría (69). La sobrevaloración de tal función conduce a Gimbernat a encontrar en el efecto de inhibición de la pena su propio fundamento.

Para este autor la culpabilidad no es reprochabilidad. Niega toda idea de reproche por la imposibilidad de demostrar la existencia del libre albedrío (70). La irresponsabilidad del inculpable se justifica, entonces, por su inaccesibilidad al efecto inhibitorio del castigo. Consecuentemente la pena es —dice Gimbernat— una amarga necesidad dentro de los seres imperfectos que los hombres son. No se impone para retribuir sino para hacer posible la convivencia humana (71).

El problema con el que una tal concepción se enfrenta es el del límite de la pena, porque, como es sabido, toda idea defensiva o exclusivamente preventista, sin el límite de la culpabilidad, tiende a la extralimitación. Gimbernat no es insensible a esta preocupación. Muy al contrario el fin de la creación de

(69) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 96, 99. 100. S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 106, afirma que la motivación “constituye la forma de actuar propia de la prevención general”.

(70) E. GIMBERNAT *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 91; del mismo, *El sistema*, cit., pág. 280.

(71) La pena no tiene una función metafísica de retribución y expiación sino la más simple y modesta de prevenir delitos, según E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 283 y 286.

toda su concepción es el de la seguridad jurídica y el del control de la pena desde la Dogmática (72). La pena se impone por su necesidad pero tal necesidad dirá Gimbernat— sólo se justifica si mediante la pena puede motivarse la no comisión del hecho. De ahí se derivan las siguientes consecuencias. En primer lugar la irresponsabilidad de los inimputables y de los que padecen error invencible de prohibición ya que frente a tales sujetos la pena carece de efectos inhibitorios de control (73). En segundo lugar resulta obligada la proporcionalidad según la gravedad del hecho y según concorra dolo o culpa, “pues si la tarea que la pena tiene que cumplir —explica Gimbernat— es la de... crear y mantener en los ciudadanos unos controles... (estos) han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento” (74). De otro lado la conducta culposa no puede castigarse más severamente porque una mayor pena no puede producir un mayor control de inhibición dado que en la culpa el sujeto no cree que el resultado llegue a producirse, y, por tanto, “todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la

(72) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit. passim, y pág. 108.

(73) E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 280 a 285.

(74) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 99; en el mismo sentido F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., págs. 323—324. Para S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 98, también la prevención conduce a la proporcionalidad por la gravedad del hecho ya que las mayores necesidades de prevención aparecen cuando más importancia tiene el bien jurídico lesionado.

causación imprudente no va con él" (75). En tercer lugar explica suficientemente que no sea punible la producción objetiva (fortuita) de un resultado, porque la pena no puede motivar la inhibición de una conducta imprevisible o inevitable (76).

Pese a estos intentos de conciliar las exigencias de proporcionalidad de la pena con el carácter motivador de ésta, tal conciliación no se consigue. No se consigue porque son presupuestos irreconciliables. La función de motivación se puede conseguir fielmente sin necesidad de proporcionalidad. Puede muy bien ocurrir que una pena severa, no en función de la gravedad del hecho sino de la repetición del mismo, nazca con un efecto inhibitorio de conductas eficaz. La función de motivación explica que haya existido el delito llamado por Quintano de "truchicidio" que castigaba conductas dañosas para la pesca con la pena de reclusión menor. Y explica que se quieran castigar severamente los incendios forestales. Y en tales casos no hay proporcionalidad.

La función de motivación tampoco explica que al autor se le castigue con pena más grave que al partícipe. La motivación es idéntica en ambos casos y la necesidad de castigo puede ser mayor frente al que simplemente participa, por ejemplo, encubriendo al delincuente. Estaría justificado castigar más

(75) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 103.

(76) Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., pág. 319 y E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., págs. 101-102 y S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 153.

severamente al encubridor, por ser el obstáculo más importante a la actuación judicial, que al ejecutor directo del hecho, es decir, por una mayor necesidad de hacer desaparecer tales conductas.

En realidad se puede decir que las preocupaciones de Gimbernat en orden a las garantías del ciudadano frente al Derecho represivo, son las mismas que las de la dogmática tradicional. Lo que ocurre es que no le satisface la idea de retribución o expiación y tiene serias dudas sobre si el libre albedrío, que resulta indemostrable en el caso concreto, puede ser utilizado para fundamentar una idea de reproche jurídico penal. Ni siquiera admite la culpabilidad como límite de la pena, porque pretende “desenmascarar la culpabilidad (por lo menos, su constatabilidad) como un prejuicio” (77). Para él el principio de culpabilidad no sirve como garantía alguna. En primer lugar, dice, porque “se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona” (78). En segundo lugar porque “aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito”. (79).

(77) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 99 nota 39.

(78) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 93.

(79) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 91.

Respecto a la primera observación bastaría aquí con recoger las recientes palabras de Correia: “los abusos y violencias legales que en nombre de un Derecho penal basado en la culpa se han hecho a través de los tiempos son verdaderas negaciones del Derecho penal, en relación a las cuales importa encontrar medios jurídicos de reacción, como puede ser la declaración de su inconstitucionalidad. De otra manera se reduce el derecho a puro voluntarismo, a mero positivismo legal sin válvula alguna por donde penetre la idea de justicia” (80).

Frente a la segunda observación debe señalarse que, efectivamente, no es humanamente experimentable si una persona ha actuado con libre albedrío, es decir, que no se puede tener un conocimiento similar al de las ciencias naturalísticas, cuando se trate de examinar si una persona ha podido actuar en el caso concreto conforme al valor y sentido que la norma impone. Pero tampoco la Ciencia del Derecho, como ninguna Ciencia del espíritu, puede aspirar a un conocimiento de esta clase, es decir, a un conocimiento comprobable mediante la experimentación objetivo—naturalística, sino sólo a un conocimiento por aproximación. Lo que el Derecho como regla de conducta, trata de adivinar es si el sujeto ha obrado libremente en el sentido de que, según nuestra experiencia del obrar humano, otro en su lugar

(80) E. CORREIA, *Sentido e alcance do Projecto de reforma do Código penal português*, en *Ensayos penales*, Santiago de Compostela 1974, pág. 119.

hubiera actuado de otra manera de aplicar la fuerza de voluntad necesaria (81). Este proceso generalizador e indiferenciador en apariencia puede considerarse por ello mismo inválido, pero dado que el conocimiento en las Ciencias que tienen como objeto el hombre sólo puede operar por aproximaciones, no podemos dejar de ver ahí un proceso individualizador, al menos en la mayor medida permitida a las propias limitaciones humanas. Si, dentro de estas limitaciones que impiden conocer de modo absoluto (experimentalmente) la libertad con que cada uno obra, es posible reprochar una conducta, es ya más un problema ético que jurídico.

En el fondo Gimbernat se ha dejado cegar por los prejuicios contra la tesis culpabilista sin percatarse que coinciden sustancialmente en sus postulados fundamentales. En efecto, la pena para Gimbernat es un *castigo*. Su error estriba en que, pese a concebirla así, parte de un ataque radical a los principios de reproche y retribución que, sin embargo, son consecuencia ineludible de concebir la pena como castigo.

Se ve que concibe la pena como castigo en multitud de ocasiones. En primer lugar cuando explica la forma de operar la pena para lograr los fines de prevención mediante la referencia al psicoanálisis donde demuestra que la prevención se consigue con el castigo y no sólo con medidas pedagógicas o educativas

(81) Cfr. H.-H., JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., págs. 304-305

(82). Esto se compagina perfectamente, y es la segunda ocasión en que podemos observar que se concibe la pena como castigo, con la distinción entre pena y medida de seguridad. Gimbernat explica que se imponga a los inimputables la medida de seguridad diciendo que dado que “es mucho más efectiva la imposición de una medida de seguridad, la ejecución de un *castigo* es perfectamente innecesaria” (83). Pero lo más destacable es que además se concibe la pena como castigo retributivo porque sólo se la concibe proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. Esto es, sin duda, una concepción retributiva de la pena, y lo ha visto con claridad Muñoz Conde al no dudar en definir la pena como “retribución, en tanto que supone la imposición de un mal al hecho punible cometido” (84).

En la misma situación se encuentra Mir Puig repudiando la idea de retribución cuando sustenta claramente una concepción retributiva de la pena. En efecto, para este autor la pena es conceptualmente un

(82) “De la misma manera —dice Gimbernat— que la conciencia, el Super— Yo del niño se forma reaccionado con la privación de cariño (con el *castigo*) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado así también la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir—creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana”. E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., pág. 94. El subrayado es mío. Cfr. además F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., pág. 313.

(83) E. GIMBERNAT, *El sistema*, cit., pág. 287. El subrayado es mío.

(84) F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 37.

castigo (85) y, además, proporcionado a la gravedad del hecho (86) y al grado de culpabilidad (87). Quizás se trate de repudiar una concepción de la pena al estilo de las teorías absolutas pero hay que recordar que nadie concibe hoy la retribución en sentido absoluto sino como simple exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor (88).

A este respecto alguien tan poco sospechoso de posturas reaccionarias como Pasukanis, auténtico realizador del Proyecto Krylenko, advirtió que sólo las medidas pedagógicas de defensa social son ajenas a la proporcionalidad y a la culpabilidad, y que una pena proporcional al hecho y a la malicia del autor presupone la idea de culpa (89). Lo que Pasukanis

(85) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 92.

(86) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 98 y 158.

(87) S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág., 161-162.

(88) Cfr. G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, págs. 10-11. En la tesis de Mir Puig parece también vislumbrarse una confusión entre esencia y fines de la pena cuando apunta que "no se castiga para realizar la idea de proporción (lo contrario sería admitir la función retributiva de la pena), sino para prevenir hechos graves y peligrosos hasta el límite determinado por la necesidad de proporción". S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 99. Nadie mantiene que el fin de la pena sea la retribución o la proporción, sino que esto es su esencia. Como el mismo Mir Puig dice, "que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución" (S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pág. 92), porque, en efecto, la pena es un castigo (retributivo) que persigue fines no retributivos, sino preventivos.

(89) E.-B., PASUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, (traducción de J. M. Brohm), París, s. f. (¿1969?), págs. 153 y sigs. principalmente págs. 165 a 167.

considera un prejuicio irracional no es el del libre albedrío sino el de proporcionalidad al que juzga de burdo, brutal e irracional. Pero es consciente de que toda proporcionalidad implica la aceptación de los postulados culpabilistas y de que el principio de proporcionalidad pertenece a una concepción del mundo, la concepción liberal. Pasukanis vió con claridad que sólo se puede mantener una concepción liberal del Derecho penal bajo los principios de reproche, retribución y proporcionalidad. “El error de los penalistas y progresistas —dice— reside en creer que, cuando critican las llamadas teorías absolutas del derecho penal, se encuentran en presencia únicamente de concepciones erróneas, de extravíos del pensamiento que pueden ser refutados por la simple crítica teórica. En realidad, esta forma absurda de equivalencia no es una consecuencia de los extravíos de algunos penalistas, sino una consecuencia de las relaciones materiales de la sociedad de producción de mercancías de las que se deriva” (90). El error de Pasukanis, y por eso seguimos nosotros manteniendo los principios de proporcionalidad y culpabilidad, es no haber tenido en cuenta que la arbitrariedad del poder se controla con el principio absurdo, irracional y grotesco de la proporcionalidad, es decir, con el principio de retribución por el hecho cometido.

D.— Conclusión.—

La teoría de la motivación al entroncar con la de los imperativos y su concepción voluntarista de la norma

(90) E.—B. PASUKANIS, *La theorie générale.*, cit., pág. 167.

produce las mismas insatisfacciones que ésta a la hora de explicar de manera totalizadora el conjunto de normas que integran el Derecho. Dos observaciones quisiera añadir. Concebir la norma jurídica como mandato amparado por una amenaza de sanción que pretende incidir psicológicamente en el súbdito del Derecho para conseguir la realización del comportamiento deseado, tropieza con lo que la realidad nos demuestra. En efecto, de un lado no creo posible operar con el conocimiento de las normas jurídicas por parte del súbdito del Derecho, dada la enorme proliferación legislativa actual. Se puede decir aquí que se sobreestima el número de los que han estudiado jurisprudencia como, con acierto, dijo M.E. Mayer refiriéndose precisamente a Feuerbach cuando éste intenta justificar la impunidad de la tentativa desistida por actuar como motivo para que el autor renuncie a sus intenciones criminales (91).

De otro lado parece que se concibe la norma como una fuerza que configura la realidad futura cuando “no es el derecho el que conforma o configura a la realidad social, sino que es esta última la que produce el derecho que es más conforme con ella” (92). Sin negar la función preventiva que el Derecho cumple, hay que reconocer que la realidad se modela más por obra del hábito, de las creencias, convicciones o prejuicios, que

(91) Citado por G. RODRIGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal* de G. Rodríguez Mourullo— Córdoba Roda, I, Barcelona 1972, pág. 129.

(92) L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., pág. 87.

de la real virtualidad de las normas jurídicas (93). Sería ingenuo decir que si no aumentan los casos de fraude para asegurar la suerte en el juego, es debido a que tal conducta se castiga como estafa en el art. 529, 7º del Código penal. Como es también ingenuo creer que se van a evitar los incendios forestales, principalmente los culposos, por castigar el hecho con una severísima pena. Por el contrario “las normas jurídicas que castigan los incendios dolosos o culposos, resultan impotentes para conseguir la finalidad prevista y se precisa recurrir a fórmulas publicitarias, propagandísticas o, si se quiere, de educación ciudadana y de profilaxis social” (94).

Con esto no se trata de negar la función preventiva que indudablemente cumple y debe cumplir el Derecho penal. Lo que queremos advertir es que tal función se cumple no porque la norma jurídica sea un mandato dirigido al súbdito bajo amenaza de sanción, sino porque es *dictamen de razón* que nace del propio sentir comunitario, es decir, coincidente con unas convicciones cuyo papel preventivo es indudable.

La teoría de la motivación tiene en su haber méritos indudables. A través de ella se intenta explicar algunos de los mecanismos operativos de la prevención distinguiendo entre una motivación general y otra

(93) L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., pág. 93.

(94) L. DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., pág. 89.

especial (95) coincidentes con la clásica diferenciación entre prevención general y especial. Se ha recalcado la importancia de los límites del legislador en la tipificación de las conductas (96) y se ha cuestionado la insatisfactoria teoría de la culpabilidad llamando la atención sobre el problema de su fundamento y alcance (97) en una investigación profunda que no ha regateado el enfrentamiento con los más controvertidos problemas y apuntando las vías por las que se debe continuar. En este sentido me gustaría que estas páginas críticas sirvieran de acicate para seguir cumpliendo la penosa pero necesaria, labor de pioneros.

(95) F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., pág. 316; del mismo, *Introducción*, cit., pág. 52.

(96) Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Funktion*, cit., págs. 317 y sigs.

(97) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro?*, cit., *passim.*, y *El sistema*, cit., págs. 280 y sigs.