

Tipicidad en Derecho penal. Un concepto en crisis.

~María José Hernández García~

Abogada, Santa Cruz de Tenerife (España). Socia FICP.

I.- Categorías del delito

El Derecho penal ha evolucionado a lo largo de su historia, que no es otra sino la de la sociedad a la que la norma se pretende aplicar. Esas reglas o criterios se han forjado en el seno de unas costumbres, de unos modos de vida, de una idiosincrasia y de una tradición cultural. La sociedad va demandando su propio derecho penal; que no es el mismo en cada época, como tampoco son los criterios que se toman como base para determinar que conductas son punibles y cuáles no. Huelga decir que los criterios, por otra parte, no son inmutables, como en constante evolución está la sociedad a la que sirve (o así lo pretende) el Derecho penal.

En un sucesivo estadio, pasa a valorarse si la conducta cometida, que se sabe que es contraria al Derecho, es merecedora de reproche o no. Ya habremos pasado por la valoración de la misma como contraria a derecho, pues reconocemos que no hay causa que justifique la conducta. Consideramos si la conducta, que puede consistir en hacer o un no hacer, es merecedora de reproche. Es el momento si preguntarnos si nosotros (ciudadanos medios) en esa misma situación hubiéramos reaccionado de distinta o de igual forma. Si llegamos a la conclusión en un juicio ex ante de la acción que hubiéramos hecho lo mismo, es que al autor no se le podía pedir que llevara a cabo otro comportamiento. Y concluiremos que es culpable. Y si, finalmente, así lo afirmamos, no cabe imponerle sanción penal a quien, en principio, infringió la ley penal.

Tampoco pasaremos por alto los matices. Los criterios para determinar cuáles son las atenuantes y las agravantes, y de qué manera influye la concurrencia de las mismas para determinar finalmente la pena en concreto varían en cada época, en cada sociedad y en cada cultura. Nunca hemos de perder de vista que el Derecho es una ciencia, sí, pero social. Por tanto, lo que afecta a la sociedad, influye directamente en la norma penal. Pero no sólo en la redacción a la hora de tipificar la conducta; ni en la determinación, con carácter previo, de qué conductas (sean acciones u omisiones) van a ser tipificadas. También va a influir en el modo de interpretación de ese lenguaje

jurídico que va ser interpretado, materializado en el caso concreto por el técnico que aplica el derecho.

Las sucesivas modificaciones, tipificaciones y adaptaciones por parte del Derecho penal a lo largo de la historia de un pueblo, puede hacerse la historiografía jurídica de esa sociedad determinada: Y las modalidades delictivas, las frecuencias y los delitos cometidos, nos pueden dar la radiografía de cómo pensaban (o piensan), gustos, costumbres y niveles de desarrollo de las denominadas ciencias auxiliares del Derecho penal: como criminalística, balística, ciencias forenses, medicina o psicología, a título de ejemplos.

II.- Teoría Jurídica del delito

El nacimiento de la Teoría Jurídica del delito es bastante reciente, surgido a finales del Siglo XIX, apenas cuenta con algo más de una centuria. No en vano es el siglo XIX en el que se da el gran salto de la industrialización y se producen los inventos más importantes para la vida del ser humano, si eliminamos los ordenadores en el siglo XX y los avances en el campo de la Medicina. Los demás, han sido, en una manera muy importante, perfeccionamientos de los descubrimientos e inventos realizados o llevados a cabo en la centuria decimonónica. El derecho, no es una excepción.

La escuela alemana necesita sistematizar su nuevo código penal de 1871. De forma resumida, destacamos las siguientes fases, como principales, por las que evolucionó esa sistematización.

- 1) **Causalismo positivista:** se plantea el delito y la responsabilidad como realidades físicas que se explican como mera causalidad y no como libertad. Uno de los máximos representantes de la escuela causalista positivista es *Liszt*. La simple causalidad no es suficiente para determinar la responsabilidad por ciertos delitos. Pensemos en el caso de los delitos cualificados por el resultado: El resultado, de entrada, no es querido por el autor, pero sin sus acciones previas, el resultado no se hubiera producido. La responsabilidad por algo que no se quiere, se revela excesiva, por lo tanto, la hipótesis de partida, al no servir de forma generalizada para todos los casos, han de ser reajustadas, han de cambiarse y se plantea otro enfoque. El centro del estadio es el resultado, una cuestión objetiva.
- 2) **Escuela neoclásica o Neokantiana:** se caracteriza por centrar el estudio en “los valores” que se encuentran presentes en las acciones humanas. Por tanto, el punto

de partida cambia, respecto a la escuela antecesora: Ahora el centro de estudio es el sujeto actor de la infracción. Por ello, se pondrá énfasis en su libertad y en la reprochabilidad de su acción. Como representantes de esta corriente, podemos citar *Radbruch* y a *Mezger*. Después de la Segunda guerra mundial, este enfoque es enriquecido con un nuevo concepto, que está vigente en los tiempos actuales y que inspira nuestro vigente código penal: La acción del ser humano está presidida por una finalidad. Así, comenzó su andadura la escuela finalística, que llega hasta nuestros días. Como representantes, citamos a *Welzel* y *Maurach*.

- 3) Bajo el **enfoque finalista**, que ahora se manifiesta o afecta a las categorías del delito. La combinación con el funcionalismo supone que los contenidos de las mismas se explican por sus funciones o por sus consecuencias. Por ejemplo, la finalidad de la pena: decimos que es doble: la de la prevención general y la especial. La primera, establece un carácter disuasorio a toda la población, y más concretamente a quienes tienen una propensión a la comisión delictiva. Ese carácter disuasorio tiene efectos antes de la comisión del hecho delictivo. La segunda, la prevención especial, recibe esa denominación porque ejerce su influencia sobre un sujeto concreto; y, en cierta y menor medida, sobre el núcleo familiar más cercano del delincuente; que también puede ejercer una influencia determinante sobre el propio responsable. A veces, incluso más que la propia pena. Por tanto, la imposición y finalidad de la pena, como razón básica de las restantes categorías del delito que le preceden la que contribuye decisivamente al mantenimiento de una vida en sociedad dentro de unos márgenes aceptables de niveles de conflictividad (así, Jakobs).

Por otra parte, también podemos interpretar que es la política criminal la que, con sus principios, categorías y razones la que dota de significado cada una de las categorías del delito (Roxin).

III.- La norma

Cuando hablamos de una “norma” se nos viene a la mente un enunciado, que determina una regla de conducta. La hay facultativas (que no prohíben) pero aconsejan una determinada conducta o forma de proceder. Y las normas éticas, y las religiosas; que aguardan a un mañana de justicia divina.

La norma penal, con sus prohibiciones y prescripciones encierra un mínimo de

exigencia en nuestra conducción por la vida, con base en unos determinados valores o conforme a una determinada filosofía. Ésta es cambiante, propia de cada época y según cada sociedad. Por tanto, la tradición cultural va impresa en su interpretación. La norma penal, además de esta característica, cuenta con una peculiaridad añadida: si incumplimos su mandato o bien omitimos una determinada conducta que se nos impone, seremos sancionados. Por tanto, en el ámbito penal nos movemos dentro de un campo restrictivo de tipo de normas, que ni mucho menos abarcan todas las que recaen sobre nuestras conductas; sino aquéllas que constituyen la última ratio del denominado “*ius puniendi*” del Estado.

En un sistema de normas no es posible prohibir y, a la vez, prescribir la realización de la conducta. Entonces no estaríamos en un sistema, sino fuera de él, estaríamos en el caos normativo. Un ejemplo de la primera, es el contenido del art. 138 del CP: el homicidio está prohibido. Una conducta prescriptiva, por ejemplo, es la contenida en el art. 195 de nuestro actual CP: hay que socorrer obligatoriamente a quien veamos que está en una situación de peligro grave.

IV.- Multiplicidad interpretativa: el Postmodernismo jurídico.

Hemos afirmado, y mantenemos, que el Derecho Penal, como integrante de una parte de la ciencia jurídica, basa su finalización normativa en dos aspectos principales. El primero, es el que se refiere al lenguaje utilizado en la redacción o confección de la norma. El segundo es el relativo a los valores imperantes en la sociedad y en la época en la que la norma penal tiene vigencia.

El actual se caracteriza por no tener asideros filosóficos jurídicos claros a los que abrazarse. Nuestra época está marcada por dos factores principales: la globalización y la contingencia. Y ninguno de los dos escapa a su influjo sobre el Derecho Penal.

La primera consecuencia la vemos en el lenguaje que se utiliza para redactar la norma penal. La “ley penal en blanco” puede empezar a ser un escollo. En la mayoría de los casos, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, puede estar justificado, al igual que en el de tenencia ilícita de armas. Pero utilizarla en demasía trae como consecuencia una frontera desdibujada entre el Derecho penal y otras ramas jurídicas. Si los bordes limitadores se desdibujan, la riqueza interpretativa provoca sentencias incluso opuestas con base en un mismo precepto. Entonces, el Tribunal Supremo queda elevado, como máximo interpretador, a una labor que no es la suya, y es la de sustituir a

un legislador que hace cinco legislaturas, y especialmente en las tres últimas, que se ha ido acomodando en el campo de la “contingencia”: Ya no se legisla de forma programada, sino a “salto” de los que demanden más los socios, lo que sea urgente, lo que sea para tratar de apagar un fuego, para dar satisfacción a las comunidades autónomas, bien por insistentes y para acallarlas, bien porque son “amigas” del gobierno central.

Otra particularidad en la indefinición normativa penal deriva de las competencias normativas, en el campo del derecho administrativo en manos de las Comunidades autónomas en virtud de sus “constituciones” autonómicas; sus estatutos de Autonomía. Y es que, por seguir con nuestro ejemplo, las comunidades autónomas todas tiene competencias en sus respectivos medio ambientes. La remisión a la ley administrativa para completar el tipo por parte de la norma penal se va a colmar, por tanto, de forma diferente en las Islas Baleares que en Madrid. Y eso es otro factor generador de inseguridad jurídica, a nuestro juicio.

Vivimos en un mundo incierto. No hay certeza sobre lo que va a pasar mañana: si tendremos trabajo, si vamos a cobrar, si vamos a llegar a fin de mes, si vamos a poder pagar nuestras facturas y un largo etcétera. Los asideros sociales, incluidos la religión, se han perdido. Antes, se pasaba mal en la tierra, pero todos confiaban en que la justicia divina, en el toro mundo, pusiera a cada uno en su sitio. Hoy, superados tales dogmas de fe, lo que importa es el hoy, el aquí y el ahora. Y eso, necesariamente tiene reflejo en el legislador, y, por ende, en el legislador penal.

La norma no es legitimada en sí misma, sino en función de su eficiencia, rentabilidad, utilidad o funcionalidad. La norma penal, el Derecho penal, ha de tener en cuenta, entre otros, la globalización, deslocalización, la movilidad laboral y los flujos migratorios; en el que las nuevas tecnologías ya protagonizan el intercambio de datos y de información en la sociedad. Y para ese ingente y apasionante trabajo hacen falta medios, humanos y materiales. Y ahora es el momento de preguntarse por qué, por ejemplo, el Ministerio de Hacienda cuenta con la última tecnología para controlar los bolsillos de los trabajadores con una nómina mientras en los Juzgados y Tribunales españoles cada servidor/ra público no cuenta con un correo electrónico y un escáner por el que remitir a las Administraciones públicas sentencias firmadas en ellos. Se trata del Tercer Poder, pero el Estado, con la inversión realizada, no le reconoce tal categoría. Y entonces es cuando nos preguntamos a qué es debido; y si no interesa, fácilmente puede

intuirse, imaginarse el porqué. El Derecho penal no escapa a esta realidad; pero tampoco puede limitarse a enfrentar los problemas contingentes. La norma penal, por encima de todo, tiene una misión social capital: el mantenimiento de la cohesión social.

El derecho penal, las normas que conforman su cuerpo legislativo han de estructurarse que intermedien entre el individuo concreto y el Estado que sirvieran para cohesionar y, al tiempo, vertebrar una sociedad que hoy tiende a la ruptura y segregación.

Comenzamos a atisbar las primeras reacciones a la “globalización”. Ya tenemos ejemplos del fenómeno contrario, del retorno a la soberanía propia de los estados. El “brexit” del Reino Unido o las aspiraciones soberanistas de Cataluña y País Vasco (este, de momento en menor medida) son algunos ejemplos. Vemos las contradicciones, aunque con sentido, en un mundo en el que la conexión es universal. En tiempo real se puede saber qué pasa al otro extremo del planeta, se puede enviar dinero a donde se quiera, y asistir a un congreso “on line”. En el llamado “primer mundo” casi cualquiera, desde su casa, puede comprar en el súper, ordenar una transferencia, pedir comida a domicilio y entregar comunicaciones al otro lado del planeta por el ordenador. La conexión es más global que nunca, pero nunca la sensación de incertidumbre (también normativa) estuvo más cerca.

Las amalgamas, los límites difuminados, la indefinición, han llegado para quedarse, a la norma penal. Y ello se explica por los siguientes factores:

- 1) La **irresponsabilidad política**: Los políticos dejaron de ser responsables para permanecer en sus asientos como “apagafuegos”. Se acabó, en gran medida, la planificación de la España de los 50-90 del pasado siglo. Ahora los políticos están más centrados en labores internas, frente a la pasividad y la atonía del pueblo que teóricamente los sujeta. Prometen en sus programas electorales lo que después en el poder, quien lo alcanza, no cumple. Y no pasa nada. La gente, que debe ser consciente de ello, se desentiende; mientras observa a los que les mandan como seres “quasiinútiles” para otra cosa, afianzados en sus poltronas con cargo al erario de todos.
- 2) Un **poder legislativo adormecido**: Sus miembros renunciaron a la brillantez en la técnica normativa. La indefinición y las remisiones en blanco entorpecen la labor de los tribunales, que dan diferentes interpretaciones a un mismo enunciado. Así,

supuestos de hecho idénticos, reciben, en diferentes juzgados, divergentes soluciones jurídicas. Serán antagónicos; y, paradójicamente, se habrán basado en el mismo precepto. Y así, llegó la inseguridad jurídica al Derecho, y, por supuesto, a su rama Penal. La doctrina científica penal mudó a lamento resignado toda invocación de la crisis del Derecho penal cuando observó a un legislativo interesado en otros menesteres, más interesantes en obtención de rédito social, mediático o en las próximas urnas; mientras los niveles de delincuencia fueran soportables, el derecho penal no era cuestión prioritaria. La lenta y tardía reacción del legislador al desarrollo social y económico no hace sino corroborar la anterior afirmación.

- 3) Y ante un legislativo adormecido, acomodado y decadente, el ejecutivo está en lo que siempre ha pretendido: controlar todo y cuanto pueda. Y en ese camino, muta la aplicación de la norma: el Derecho ya no se concibe como la mera subsunción del hecho en el supuesto contemplado en la norma. La norma ya no precede (como pretendía Montesquieu) a una realidad fáctica que se subsume en el precepto. La realidad, que puede ser pretendida, es diseñada previamente a la norma; que se acomoda o se busca la interpretación que se ajuste al criterio finalístico adoptado a priori. Así, la falta de claridad en la toma de decisiones de política criminal, el pasar por alto en ocasiones los argumentos criminológicos a la hora de enfrentar reformas penales, la diferencia entre lo que se discute y lo que finalmente entra en vigor, son algunas de esas manifestaciones. Y no cabe olvidar, a *Radbruch*, quien remarcaba que la seguridad jurídica es un aspecto de la justicia misma; y, por supuesto, de la justicia penal.

V.- Toma de Postura

La labor del legislativo es fundamental, ha de retomarla determinadamente para desempeñar y ejercer, eficazmente, su labor de redacción de la norma jurídica penal, que ha de ser oportuna, coherente y clara, acorde con el desarrollo social al que se debe. Así, se descarga a los jueces y Tribunales de una labor que nunca les correspondió: la jurisprudencia no está para que un acomodado legislativo descansa sobre el Poder Judicial las “lagunas normativas” que sólo a él cabe, dolosamente, imputar.

El recurso para la unificación de doctrina se revela insuficiente. Vivimos en un presente de “contingencias”: Pocos extremos, salvo los repetitivos o ya inaplazables, se planifican. La legislatura es de cuatro años y no se ve ni va más allá.

Casi no se mira más allá del año que se programa, económicamente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; no más allá del año. Los políticos dejaron de ser responsables y comprometidos.

Las redacciones normativas adolecen de técnica legislativa rigurosa y de la claridad que fueran exigibles y que correspondería o serían propias de una Política criminal que se supone está determinada, prefijada.

La sociedad, formada por tantos grupos que reclaman su espacio, pierde definición. Lo indefinido implica desestructuración. Entonces los límites, en la sociedad, se difuminan. Y la inseguridad se abre paso.

El Derecho, ciencia social, no es ajeno a esta evolución. Y la inseguridad, ya jurídica, trae consigo la confusión de funciones: mientras se mantiene al legislativo distraído, el ejecutivo controla como siempre y el judicial se ahoga entre papeles y leyes procesales bajo principios decimonónicos. Y éste último, El Poder Judicial, en huida hacia adelante, a veces se convierte en un legislativo contingente; sustitutivo del verdadero; que está acomodado, y, por ello, calificable de decadente.

Los aplicadores del Derecho, lejos de caer en la angustia o desánimo han (hemos) de saber encontrar la oportunidad, en cada situación y en cada pleito, de acercar el ideal de justicia, cada ideal de justicia a la aplicación de la norma. Pues así nos mantenemos vivos, despiertos y atentos. Y para nosotros, aplicadores jurídicos, cobrará sentido toda aparente falta de sentido... también jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

* *Radbruch*, Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes, en *Radbruch/Schmidt/Welzel* Derecho injusto y Derecho Nulo. (introducción, traducción y selección de textos de *Rodríguez Panhiagua*), ed. Aguilar, Madrid, 1971, 3 ss.

* *Crick*, B. En defensa de la política. Barcelona, Tusquets, 2001.

* *Bauman*, Z. La posmodernidad y sus descontentos. Madrid, Akal, 2001.

* *Luzón Peña*, D. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Madrid, Tirant lo Blanch, 2012.

* *Muñoz Conde* F. y *García Arán*, M. Derecho Penal, Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

* www.unav.es/penal/iuspoenale.