

# DOGMÁTICA, HISTORIA DE LA CIENCIA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL

Dr. José Ignacio LACASTA ZABALZA

Dpto. de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Zaragoza

*Paradigma n° 1.* Christian THOMASIIUS (1655-1728): “No puede negarse/que, según los modos corrientes de enseñar en las Universidades, los estudiantes de Derecho no oyen ni aprenden, de una parte muchas cosas/que les son extremadamente necesarias de saber mientras que, de otro lado, aprenden a menudo con gran esfuerzo y aplicación/cosas que, después, van a serles de poco o ningún provecho en la vida ordinaria”.

*Paradigma n° 2.* P. LABAND, 1911: “Todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas... carecen de importancia para la dogmática de un material jurídico concreto y sirve hartos a menudo sólo para ocultar la falta de labor constructiva”.

*Paradigma n° 3.* Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, 1982: “Sencillamente, la ciencia jurídica no pretende el conocimiento de la realidad social y política...; pretende hacer operativo el mundo de las normas jurídicas, simplemente y hacerlo sirviendo a sus fines propios, y ésto, que parece tan simple, requiere, sin embargo, un sistema de razonar completamente diverso del que es propio de las ciencias de la realidad”.

Y hablando de *realidades*: ¿Qué es realmente lo que ha cambiado —de 1728 a 1982— para los estudios dogmáticos del derecho?

¿Qué relación tienen los estudios y la enseñanza del Derecho con la Historia de la Ciencia?

A esta pregunta se puede responder de muchas maneras. Entre otras cosas, depende de a qué se pretenda contestar<sup>1</sup>.

Quiero pensar —para aclarar mi pretensión— que este artículo pueden leerlo personas que no han estudiado Derecho, o que no están al cabo de los habituales problemas metodológicos de los estudios jurídicos. Cada saber suele proporcionar un lenguaje, y aspiro a huir (égida siempre parcial, pues no siempre se hace lo que se quiere), de ese cripto-idioma que es tan característico de la profesión de los investigadores del Derecho.

Participo de la enseñanza de una asignatura, la Filosofía del Derecho, que por su nombre, parece ya indicar un objetivo clarooscuro para los no iniciados.

No es extraño. Filosofía del Derecho. O es Derecho o es Filosofía. Pero, ¿las dos cosas a la vez? Y es que, en la dimensión universitaria española, la Filosofía (la ortodoxa, la de Filosofía y Letras) continúa siendo, en no pocos casos, ese tradicional y difundido “saber de saberes”. Y el Derecho otra cosa; enumeremos *ad hoc* algunos de sus elementos más conocidos: jueces y juicios, códigos de diferente tamaño y especialidad, abogados, funcionarios, etc.

Bueno, el Derecho *también* es eso. Pero de lo que aquí se trata es de si es posible una *conexión* del Derecho, de su aprendizaje y su enseñanza, con las Ciencias y la Historia o no. Creo que ésto permite ya una pequeña aclaración: ese enclave —ciencias, historia, derecho— puede representar una de las aspiraciones de esa todavía enigmática filosofía del Derecho.

Un propósito nada fácil, por cierto. Porque el desfase entre algunas ciencias como la biología y lo que suele entenderse por “filosofía”, o por “ciencias sociales”, es bastante notable. No le falta razón al conductista norteamericano B.F. Skinner cuando observa que:

“Muy probablemente Aristóteles sería incapaz de entender una sola página de cualquier tratado actual de física o biología, y, en cambio, Sócrates y sus amigos tendrían muy poca dificultad en seguir cómodamente la mayoría de las discusiones contemporáneas concernientes a nuestros problemas humanos”<sup>2</sup>.

Cabría añadir, que en el campo del Derecho también se puede extender, esa potencial fortuna socrática, a Aristóteles y sus planteamientos lógicos<sup>3</sup>.

Y ya que hablamos de lógica, es consecuente que pensemos en los usuarios. Para éllo quiero efectuar una pequeña y tenue afirmación: la enseñanza exclusivamente *dogmática* proporciona una *desconexión* premeditada entre Derecho, Historia y Ciencia.

Para razonar este leve aserto, he elegido el terreno del Derecho Penal<sup>4</sup>.

¿Por qué el campo penal? Pues porque tal vez, es el más percibido por el gran público, aunque a veces se tenga una imagen un tanto distorsiona-

da de la justicia penal, a causa de los telefilms anglosajones. Pero, sobre todo, porque es un hecho bastante notorio que “el derecho penal no es menos desigual que otras ramas del derecho burgués y que él es, contrariamente a toda apariencia, el derecho desigual por excelencia”<sup>5</sup>. También, es del dominio común que la calificación de “delincuente” se sitúa ente las capas más desposeídas de la sociedad. O, como afirma Alessandro Baratta:

“Las posibilidades máximas de ser seleccionado para formar parte de la ‘población criminal’, aparecen efectivamente concentradas en los grados más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales)”<sup>6</sup>.

Esta es una opinión procedente de un determinado enfoque sociopolítico bastante extendido, que, convencional y abusivamente suele calificarse —en ocasiones— como “marxista”. Tal apreciación ha sido denominada como “reduccionismo” o “simplismo”, según sostiene el criminólogo norteamericano Jerome Hall:

“Se ha comprobado recientemente que el comportamiento criminal no constituye de ninguna manera el monopolio de los pobres y desdichados, y ésto excluye las interpretaciones simplistas. En los últimos años especialmente el crimen de alcance internacional mostró que algunos de los hombres más capaces eran, al mismo tiempo, los más feroces criminales”<sup>7</sup>.

No creo que casi nadie discuta que el crimen en gran escala *no* es —precisamente— patrimonio de los marginados. Lo que ocurre es que éstos son —habitualmente— los moradores de las cárceles, en tanto que los “grandes delincuentes” lo son rara vez, e incluso suele resultar harto difícil su identificación legal.

En este sentido, por ejemplo, el Consejo Superior del Poder Judicial español, en su Memoria de 1981, parece encontrarse más cerca del “reduccionismo y simplismo marxista” que las apreciaciones funcionales del norteamericano Jerome Hall<sup>8</sup>.

Pero, ¿cómo introducir de lleno al potencial lector en el tema? ¿cómo zambullirle en un mundo metodológico que puede perfectamente serle extraño? Voy a proponer tres diferentes planos de aproximación directa al problema.

A) *Primer plano*: una discusión entre especialistas de dogmática penal.

“En el delito culposo se presupone, sin duda, una acción final. El hombre que conduce un automóvil y causa en forma no dolosa la muerte de otro realiza una acción final: conducir un automóvil. En esa actividad final el fin (ir a un lugar determinado) es jurídicamente irrelevante”<sup>9</sup>.

B) *Segundo plano*. Una *legitimación* autorizada de este tipo de discusiones dogmáticas, y de la Dogmática penal misma:

“A veces se le objeta a la dogmática penal que trata de partir un pelo por la mitad, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero si recordamos la significación de la pena, habrá que responder a esta objeción: difícilmente puede exagerar la dogmática en lo que hace referencia a la fijación de conceptos. Pues la pena, que es tal vez el medio más doloroso de que dispone el Estado para encauzar la vida social, está sólo justificada porque tanto como dolorosa es necesaria...”<sup>10</sup>.

C) *Tercer plano*. La cruda realidad, vista, aunque como es normal un tanto unilateralmente y en defensa del estamento, por el propio poder judicial, que contempla así algunos incisivos problemas de la justicia penal española:

a) “... la facilidad con que, en este campo del ordenamiento jurídico, tiende a quebrarse el principio, hondamente sentido por el pueblo, de la Justicia distributiva. Si la exigencia primordial del concepto de Justicia, como virtud cardinal, impone la igualdad de tratamiento a los iguales, parece obvio reconocer cuando, como con frecuencia sucede en la vida diaria, no todos los delitos son objeto de castigo apropiado”<sup>11</sup>.

b) Hay crisis de confianza en España, porque la justicia penal debe “reconocer que la auténtica reinserción social del delincuente ni se opera con la frecuencia debida ni, en la mayoría de las ocasiones que se produce, es consecuencia directa del tratamiento penal”<sup>12</sup>.

c) “El estado actual de la investigación criminológica permite concluir que la pena privativa de libertad, que ha de reputarse hoy como insustituible, en contadas ocasiones produce, bien sea por su esencia misma o por la forma en que se aplica, los efectos correctores que sería de esperar. Sin contar con el hecho de que, en más de una ocasión, sus efectos son decididamente negativos”<sup>13</sup>.

Es decir, por un lado existen las discusiones sobre los conceptos propios de la dogmática penal, y no fáciles de seguir para los no entendidos; y, por otro, una parte de la realidad de la cuestión penal española, a la cual habría que añadir otros datos relevantes, como la situación increíble de la población reclusa, gran parte de ella en espera de un juicio que no llega, y duplicando, como hasta hace poco en el caso de Carabachel, la capacidad humana de recepción del propio presidio.

Para entenderse, el alumno de segundo y tercer curso de carrera —que es donde se imparte el Derecho Penal— de una Facultad de Derecho, estudia —en su mayoría— las leyes penales desde el punto de vista dogmático, y es totalmente ajeno, salvo por sus aficiones particulares o lo que le digan los medios de comunicación, a cuestiones criminológicas, sociológicas o de Derecho Penitenciario, temáticas que no figuran entre las asignaturas de la carrera.

Y, aunque no existan estas asignaturas, por la conformación preindustrial del plan de estudios vigente, se pueden —y se deben— analizar las leyes positivas desde un punto de vista crítico y en contacto con la realidad social, como lo ponen de manifiesto excelentes libros de análisis del sistema legal-penal<sup>14</sup>.

Pero, quizá haya que detenerse someramente en describir la dogmática jurídica; pues en Derecho, como ha señalado para la Historia de la Ciencia Thomas S. Kuhn, el dogma también cumple su función.

Habría que comenzar reconociendo que la expresión *Dogmática* suena francamente mal. Pero: “el nombre de dogmática jurídica procede, sin duda, del hecho de que el contenido del orden jurídico que constituye su objeto es como un ‘dogma’ para el jurista, de cuya posición se ha dicho que es semejante a la del teólogo dogmático, que tiene que aceptar sin más el contenido de la Revelación”<sup>15</sup>.

O como escribe el profesor José Cerezo:

“El término dogmática se deriva de la palabra dogma porque para el intérprete los preceptos del derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente”<sup>16</sup>.

A lo cual habría que añadir la interesante matización del profesor penalista Gimbernat:

“Pero la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto, por así decir, a todo lo que le echen”<sup>17</sup>.

Una “ciencia neutra”. Será conveniente, desde el punto de vista crítico, no quedarse únicamente con la tentadora expresión. Importa más la función, la finalidad, de esa pretendida ciencia neutra. Es más, esa manera de proceder ha creado entre los juristas —incluso— una conciencia generalizada de la transcendencia de la labor. “Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la *descripción* del derecho positivo y su *presentación* en forma ordenada o ‘sistemática’, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios)”<sup>18</sup>. Razones profesionales, que también alcanzan, desde luego, a los estudiantes de Derecho.

“Dogmática —expone Enrique Zuleta— no es, pues, sólo la denominación descriptiva de un determinado modo de hacer ciencia jurídica, sino, so-

bre todo, una determinada actitud científica que le sirve de base”<sup>19</sup>. Y que plasma, entre otras características, en la “definitiva separación entre teoría y praxis y la afirmación del saber jurídico como saber esencialmente teórico, presidido por una actitud axiológicamente neutral y tendencialmente descriptiva”<sup>20</sup>.

Históricamente, la conformación del proceso dogmático del Derecho, aunque de orígenes discutibles, tiene lugar como consolidación histórica a lo largo de los siglos XIX y XX, con altibajos y movimientos en contra, pero con un indudable vigor y estrechamente vinculado el proceso —como ha observado el profesor Felipe González Vicen— a una concepción *formalista* del Derecho consistente en que: “La reflexión no está dirigida a la realidad, sino que ésta se mide por aquélla”. El resultado de esta epistemología lógico-formal aplicada al Derecho, “es el nacimiento de una ciencia del Derecho encerrada en su propia conceptualización, ajena al movimiento histórico, y para la cual tanto la teleología como lo real-social son, por definición, el límite del conocimiento”<sup>21</sup>.

Esto es, una ciencia social que se sitúa voluntariamente al margen de la realidad social. Un tanto precipitadamente, podríamos diagnosticar este extraño proceder como un fenómeno epistemológico de autocontemplación; como un curioso saber de fakires occidentales, si no fuera por la seriedad que impone el conocer que —por ejemplo— la aplicación de una pena de privación de libertad, guarda —así mismo— bastante relación con la mentalidad dogmática de los jueces<sup>22</sup>.

Pero, volvamos al capítulo docente. Pensemos en las alumnas y alumnos de segundo y tercer curso de derecho de una Facultad española.

El manual *Curso de Derecho Penal español* del profesor Cerezo, que se estudia e imparte en segundo curso de la Universidad de Zaragoza, tiene varios puntos de partida propios de la ideología dogmática. Empecemos por dos categorías generales y de no poca solera: el *bien jurídico* y la *pena*.

“La función del Derecho Penal —dice el profesor Cerezo— *consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos el Derecho Penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de su coacción*”<sup>23</sup>.

Pero, ¿qué es, qué puede ser, el *bien jurídico*? Algo contrario al *mal*, seguramente. Mas, salgamos de ese pantanoso terreno de la “maldad” y veamos que supone —en concreto— para el profesor Cerezo el *bien jurídico*:

“No hay que confundir el bien jurídico con el objeto material del delito, sobre el que recae la acción delictiva. En el hurto, por ejemplo, el bien jurídico protegido es el patrimonio y el objeto material, la cosa sustraída. El bien jurídico, como valor ideal del orden social, se distingue claramente de los objetos reales en que encarna”<sup>24</sup>.

Un clásico desdoblamiento epistemológico que sucede a menudo entre los juristas, algo así como en la dogmática civil acaece con la diferencia entre “propiedad” y “posesión”<sup>25</sup>. Por un lado, existe el ideal, el bien, y por otro el objeto real, la cosa, que a su vez es examinada con los lentes inequívocos del ideal.

Probablemente pudiera ser una operación mental más fácil, en el caso del hurto genérico, definir que el *bien jurídico* que se intenta proteger es el “patrimonio”, es decir, lo que el Código Civil llama certeramente con su lenguaje decimonónico la *propiedad* (como institución). Y en el caso de un hurto *concreto* esa protección del derecho irá destinada hacia una propiedad privada *particular*.

Este método, si se quiere un tanto artesanal y menos brillante, puede tener la ventaja de evitar el enojoso problema de *verificar* la “encarnación” idealista del Derecho en las cosas.

Por situar la cuestión, cabría añadir —supletoriamente— que esa protección de la propiedad privada la otorga el Estado. Aunque sea algo elemental, no está de menos recordarlo.

Todavía existen otras cuestiones que complican aún más esa difícil valoración acerca del “bien”. “Hay más probabilidades de que una persona robe si resulta que tiene muy poco o nada en absoluto, propio; si su educación no le ha capacitado para conseguir y mantener un empleo decoroso que le permita ganar lo suficiente como para poder comprar lo que necesita; si hay escasez de puestos de trabajo; si no se le ha enseñado a obedecer las leyes; o si ve frecuentemente a otros quebrantar las leyes impunemente”<sup>26</sup>.

La penetrante afirmación, pienso que vale la pena refrescarla, no está hecha desde un punto de vista procedente del “marginalismo social”. Simplemente, el que la efectúa es Premio Nacional de la Ciencia de Estados Unidos en 1968. Un respetable profesor de Harvard, que añade a sus opiniones: “En tales condiciones —paro o pobreza—, la conducta delincuente queda poderosamente reforzada y sería raro que pudiera erradicarse por medio de sanciones legales”<sup>27</sup>.

Vayamos ahora con las sanciones legales de la dogmática, y con su concepto capital: *la pena*. “L a pena es una especie del género sanción jurídica; es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar nue-

vos delitos en el futuro. La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal. La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución". Y prosigue el profesor Cerezo:

"La expiación es posible, pero no necesaria, pues no puede ser impuesta por la fuerza. Implica la aceptación voluntaria de la pena como sanción justa del delito cometido"<sup>28</sup>.

La pena para el profesor Cerezo también posee un aspecto "retributivo", porque reafirma el ordenamiento jurídico además de mantener un "orden social", noción —esta última— sobre la que no parece haber mucho acuerdo en la mismísima sociedad. Suplementariamente, la pena puede servir de expiación, aunque como es lógico —y así lo deja entrever el profesor Cerezo— los presuntos "delincuentes" no suelen sentir el menor entusiasmo por ese experimento<sup>29</sup>.

De todas formas, no es fácil legitimar la pena. Y menos, a mi juicio, desde categorías abstractas como "orden o bien", que vienen a decir tanto científicamente como "Verdad" o "Justicia". Concepciones éstas sobre las que no parece haber gran consenso social, y cada persona o grupos suelen tener su propias apreciaciones y situaciones ante el tema. Pues hasta un personaje tan serio y racional como Sir Karl Popper, posee sus categorías apriorísticas y *presupuestos* acerca de qué *debe* de ser la justicia, y en qué consiste<sup>30</sup>.

Aún y todo el concepto de pena suele ir indisolublemente unido a otros elementos no menos resbaladizos: los de *culpabilidad* o *inocencia*. Si se legitima la necesidad de la pena es porque se da por supuesto que existe una culpa demostrada. Mas, como se pregunta la penalista Mireille Delmas-Marty: "¿...la diferencia está clara y el corte es tan profundo entre la pena que golpea a un culpable y sacrifica a un inocente?"<sup>31</sup>

Hay que notar que el enfoque de la culpabilidad y de la pena tiene un trasfondo eminentemente religioso, muy propio de la civilización judeocristiana<sup>32</sup>. Y, para ilustrar este hecho, la profesora Delmas-Marty, recuerda que en el Museo del Louvre hay un cuadro, *El Calvario* de Mantegna, que representa a Cristo entre dos ladrones. Los ladrones están crispados, en tanto que Cristo soporta la muerte con resignada actitud. La serenidad *del rostro del inocente contrasta patentemente con el violento rechazo de los culpables*<sup>33</sup>.

Es decir, los inocentes aceptan su sacrificio ante lo que es una equivocación, pero los culpables no lo aceptan y se rebelan. Toda una filosofía.



En la vida ordinaria de la justicia penal, es un tema más que discutible que el juez adquiera, o tenga plenas garantías de adquirir, una visión precisa acerca del presunto delincuente y sus circunstancias, o acerca de los condicionantes que rodean la “culpabilidad” y la “inocencia”. Como asevera Castilla del Pino: “el juez se obliga a actuar con una perspicacia que en modo alguno es presumible que posea, de forma que al intentar alcanzar la intencionalidad del acto —si es culpa, o dolo, o simple caso— *queda sumido en la perplejidad prejudiciaria*”<sup>34</sup>. Y ésto, con ser grave, no lo es todo. Porque para cuando llegan al poder y conocimiento del órgano judicial, la persona y los actos sobre los que ha de recaer una sentencia, se ha pasado por todo un abigarrado y dilatado procedimiento, en el que existe una información fabricada *ad hoc* por la policía, una intervención sumarial —no menos *ad hoc*— del juez de instrucción, un examen de los antecedentes penales si los tiene, o si ha sufrido prisión provisional, etc., etc. Factores —estos y otros— que habrán de ser tenidos muy en cuenta por el órgano que adopte la decisión de sentenciar, máxime, si tenemos en cuenta que la “presunción de inocencia” (todo el mundo es inocente hasta que no se demuestre lo contrario) es, en España, de muy reciente instauración constitucional, y, desde luego, de más que dudosa implantación real<sup>35</sup>.

Con un poco de lógica formal, podríamos sostener sin grandes esfuerzos que, si resulta que no es fácil determinar la culpabilidad de una persona por parte del juez especializado, más difícil será establecer un concepto abstracto —la pena— que presupone, formal y materialmente, la determinación de la culpa.

Según analiza Baratta:

“Los casos que llegan ante el juez para que vierta una opinión sobre los mismos, representan el resultado de una fase sumamente avanzada de un proceso de selección en el cual han intervenido como filtros sucesivos los procesos específicos del derecho penal (legislador, la asistencia social, la policía, la fiscalía), además de aquellos procesos que intervienen en el sistema social general”.

Y lo que es más relevante: “En este sentido es posible afirmar que la observación de esa parte del proceso que lleva a cabo la ciencia jurídico-penal, deja fuera la mayor parte de las variables que indirectamente influyen sobre él”<sup>36</sup>.

Hasta aquí, hemos visto dos categorías dogmáticas asumidas por el profesor Cerezo como líneas maestras de argumentación, de soporte, de su manual sobre Derecho Penal. Empero, este libro posee —entre otros— dos conceptos significativos que habrá que analizar. Se trata del ser humano como “responsable de sus actos”, y el *concepto* mismo del Derecho Penal.

El profesor Cerezo, precisa —en la mejor línea de la tradición dogmática— que: “Se discute si pueden ser sujeto pasivo —del delito— los difuntos”. Y, en el caso de ‘injuria o calumnia a un difunto’, apoyándose en el Código Penal, opina: “El heredero actúa aquí como continuador de la personalidad moral del difunto y no como representante de la comunidad, en cuyo caso sería más lógico que ejercitara la acción el Ministerio fiscal”. Concluyendo: “El honor, como dice Welzel, es un aspecto de la dignidad humana, que sobrevive en cierta medida a la muerte”<sup>37</sup>.

Retomemos el problema del *sujeto activo* y su conducta, y dejemos a un lado la bizantina casuística del sujeto pasivo. Aunque —humorísticamente— habrá que reconocer la precisión de la dogmática en este caso, pues es difícil encontrar algo más pasivo que un difunto.

El manual del profesor Cerezo puntualiza: “Sólo puede ser sujeto activo del delito el ser humano. No pueden serlo los animales ni las cosas animadas”<sup>38</sup>. Tal afirmación, sin duda chocante para su Congreso de la Historia de la Ciencia de 1982, no procede simplemente *more dogmatico*. Tiene su fundamento histórico, pues en la evolución del derecho occidental, se ha llegado a procesar, por ejemplo, a ríos y animales (sobre todo durante ordenamientos jurídicos medievales).

El ser humano que comete un delito, es contemplado por el profesor Cerezo como *responsable* del mismo. Más aún: como muy responsable. “Si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana”. El profesor Cerezo, discípulo de Hans Welzel y adscrito a la posición finalista, dice lo siguiente:

“Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos durante el sueño —piénsese en el sonámbulo—, etc.) no puede ser considerada entonces como una conducta humana”<sup>39</sup>.

Menos mal que quedan fuera de la esfera delictiva epilépticos y sonámbulos, pero, para la posición del profesor Cerezo, pueden considerarse incurso en el potencial delito muchísimos actos humanos, con tal de que sean dirigidos a un fin, susceptible éste —éso sí— de ser valorado jurídicamente. Es más, efectúa la identificación global e integral ente *persona* y *ser responsable*. Excluyendo la posibilidad de que exista *involuntariedad* en la comisión del delito, aún cuando el autor no tiene conciencia de quebrantar la ley. Ya que, en esta circunstancia: “Quedarían excluidos del ámbito del Derecho Penal los supuestos en que el sujeto actúa sin conciencia de la anti-

juridicidad de su conducta es decir, de la infracción de las prohibiciones y mandatos implícitos en las figuras dolosas o culposas y su error fuera vencible<sup>40</sup>.

No detallaré la clásica distinción, que tanta fortuna tiene en Derecho Canónico, del error y —sobre todo— de la ignorancia “vencible o invencible”, con tanto éxito en la moral católica, como la célebre conciencia “laxa o escrupulosa”. Lo que intentaremos desmenuzar aquí es esa afirmación categórica e irreversible de la persona como ser responsable.

Bien. Dejemos el problema, por lo menos, en un convencional terreno intermedio y en el que: “El verdadero ‘responsable’ de la conducta inconveniente es el ambiente, y es, por tanto, ese ambiente lo que debemos cambiar, no ciertos atributos<sup>41</sup>”. A éllo, afirmación discutible como todas, hay que agregar otros elementos que plantean serios interrogantes psicológicos: “Aunque hay mucha gente que protesta cuando su conducta puede ser atribuída, mediante un análisis científico, a condiciones externas —lo que, por tanto, hace desaparecer la posibilidad de que esas personas sean elogiadas o puedan ser admiradas—, es lo cierto, sin embargo, que muy rara vez rechazan esas mismas personas la posibilidad de quedar exoneradas de toda culpa, mediante el uso de los mismos procedimientos<sup>42</sup>”.

Hasta el propio Código Penal se hace eco de esas circunstancias externas, e introduce conceptos *ad hoc* tales como el de “estado de necesidad” que puede ser atenuante y aún eximente<sup>43</sup>.

Aunque lo cierto es —como afirma Skinner— que: “Quienes parecen quedar siempre en posición segura son todos aquellos que usan del castigo. Cualquiera aprueba la supresión de la mala conducta, menos el que se comporta mal<sup>44</sup>”.

No es tan fácil, pues, catalogar a una persona como responsable absoluto ante sus propios hechos. En la vida —a veces— hay que decidir escogiendo un *momento* conveniente, un instante que nosotros no hemos elegido, pues “la responsabilidad sobre la decisión —dice Castilla del Pino— *no puede ser en modo alguno de magnitud tal como para ‘dejar pasar’ la situación y resolverla en un no-hacer, que es una suerte hacer descomprometido a fuerza de responsabilizado*<sup>45</sup>”.

Con todo ésto, simplemente, quiero dejar constancia de que en la ecuación dogmática persona = ser responsable, establecida por el profesor Cezeo, existen muchas variables que pueden cuestionar la mismísima ecuación. Variables psicológicas, económicas o genéticas, que constituyen nuestro insoslayable y cotidiano entorno.

Un Derecho Penal, el expuesto por el profesor Cerezo, que se desenvuelve ante los ojos del alumnado descendiendo de categorías como “bien jurídico”, “pena”, “responsabilidad”, a la legislación concreta, y caminando por un camino distinto del que discurre la realidad social, la vida, y los propios destinatarios de esas leyes. Un derecho Penal que se autoconcibe como una especie de cúspide represiva, a donde llega otro concepto abstracto —“la sociedad”— cuando ya no quedan más escalones sancionadores para el presunto delincuente: “Sólo se debe acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.)”. Porque: “El delito es, pues, desde el punto de vista material, una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y constituye una grave infracción de la Ética social o del orden político o económico de la sociedad”<sup>46</sup>.

Conceptos (orden económico, ética, etc.) que no son cualesquiera. Son, como precisa el profesor CERESO a propósito de la vinculación del juez a la ley, “aquéllas —concepciones— que sean dominantes en nuestra sociedad”<sup>47</sup>.

Pero, ya que estamos tratando de la enseñanza universitaria, cabe preguntarse: *¿hasta qué punto asumen —alumnos y alumnas— estos valores ideológicos?* Porque de valores ideológicos se trata. ¿Hasta dónde se incorporan o interiorizan como tales estos valores?

No es sencillo saberlo. Depende de muchas cosas. Entre otras, de la formación cultural y talento crítico del alumnado. De su contacto con la realidad social, y de si éste es amplio y multilateral o muy limitado. Ahora bien, teniendo a pensar que puede ocurrir —en no pocas ocasiones— algo parecido a lo que Paul Feyerabend observa con respecto al problema de la utilización de los *standards* en la Ciencia, cuando dice:

“La enseñanza de standards *no consiste nunca en la mera colocación ante la mente del estudiante y en hacerlos tan claros como sea posible. Se supone que los standards tienen también máxima eficacia causal. Esto hace muy difícil distinguir entre la fuerza lógica y el efecto material de un argumento*”<sup>48</sup>.

No es que sea un razonamiento —el de Feyerabend— que pueda aplicarse mecánicamente al caso jurídico que aquí se examina. Pero algo de cierto hay, creo, en la comparación; sobre todo si reflexionamos en el hecho de que los alumnos tienen que estudiar estos manuales para aprobar.

Hasta aquí, las observaciones críticas realizadas apuntan hacia un objetivo limitado: lo que se enseña y aprende. Pero, ¿y lo que *no* se enseña ni se aprende?

Supongamos que un alumno lee los periódicos, y se entera de que uno de los delitos más cometidos en España, a la cabeza de sus reiteraciones, es el *desacato*. Si es un alumno aventajado, conocerá, por el artículo 240 del Código Penal que: *Cometen desacato los que, hallándose un Ministro o una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, las calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia ó en escrito que les dirijan*. Si el estudiante tiene suerte, mucha suerte, a través del examen de sentencias —cosa que no suele producirse casi nunca y menos en los primeros cursos— podrá coleccionar algunas de las circunstancias y argumentaciones jurídicas, que los jueces pueden tener presente a la hora de calificar una actuación de “desacato”. Pero si la alumna o el alumno se proponen ir un poco más allá del marco dogmático, se tropezarán con una frontera infranqueable —el plan de enseñanza vigente y su aplicación— ante la que se detendrán todas las preguntas críticas de este estilo: ¿por qué tanto desacato en la sociedad española? o ¿por qué esa necesidad constante de dejar bien sentado “el principio de autoridad” por parte de los jueces y funcionarios?. O, en otra dimensión más positivadora y empírica: ¿cómo son las relaciones reales de la administración de justicia con la ciudadanía?<sup>49</sup>

La Sociología jurídica prácticamente no existe, y el enfoque sociológico —salvo contadas excepciones— es extrañísimo metodológicamente en el aprendizaje universitario del Derecho; que se sitúa —en la mayoría de los supuestos— desde su segura atalaya dogmática, y a lo más, desde la crítica internalista.

No hay enfoque sociológico. Pero tampoco suele existir una adecuada perspectiva *histórica*. Y esto es más grave, sobre todo teniendo en cuenta que existe una interesante y prometedora asignatura, denominada Historia del Derecho, que se explica en el primer curso de la carrera. Supongamos que un estudiante quiere saber el porqué de esa extraña —e intensa— evolución del llamado “delito de adulterio”, en los últimos cincuenta años. Las explicaciones debería encontrarlas en la asignatura histórica, ya que élla incluye un apartado expreso dedicado al desenvolvimiento del Derecho Penal español.

Téngase en cuenta que hasta la revisión del Código Penal de 1963, estaba vigente su famoso y, si no fuera por el tiempo, posiblemente redactado por algún protagonista de Calderón de la Barca, artículo 428: *El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro*<sup>50</sup>. Baste con pensar hoy día el cambio expe-

rimentado en las concepciones y prácticas sexuales hispánicas, donde mal que bien se ha institucionalizado el divorcio, y donde se habla —más mal que bien— del aborto, para comprender los saltos sufridos por ese pretendido “delito” en los últimos cincuenta años.

Pues bien. En el manual del profesor Cerezo, se indica que en el texto revisado del Código Penal de 1963: “se suprimió el tratamiento privilegiado de uxoricidio con motivo de adulterio”<sup>51</sup>. Algo es algo. Al menos es una pista que puede dar pie a una posterior profundización.

Pero, en el manual *Iniciación Histórica al Derecho Español* del profesor Jesús Lalinde Abadía, libro vigente hasta hace poco en la Universidad de Zaragoza, el lector no encontrará ni rastro de ése ni de otros cambios legislativos en materia penal<sup>52</sup>. El libro del profesor Lalinde se detiene —curiosamente— en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, en plena segunda República<sup>53</sup>.

Ya se sabe que, para la Historia, cincuenta o sesenta años no son gran cosa. Ciertamente. Pero es de dudoso interés práctico para el alumnado, que éste no conozca la evolución legislativa —en décadas enteras— del Derecho Penal, y sus motivaciones, y encambio pueda enterarse —por seguir el ejemplo de los llamados “delitos sexuales”— de que: “El Derecho visigodo distingue entre que se siga o no pérdida de virginidad en la raptada, pero como en el caso de violación se opone al matrimonio entre autor y víctima, y castiga a los parientes que consienten en el rapto de la desposada, atacando con ello el rapto ficticio, empleado para contraer matrimonio en determinadas circunstancias”<sup>54</sup>.

El paradigma escogido del libro del profesor Lalinde no es sencillamente casual. Pues también se ha explicado muchos años en la Facultad de Derecho de Zaragoza, coincidiendo con las lecciones del profesor Cerezo. Pero es que, además, el doctor Lalinde es un encendido defensor de los manuales (que pueden ser muy diferentes metodológicamente) y, por otro lado, posee una visión nada negativa de sus propios libros (*Mi último Manual, Derecho histórico español, Ariel, Barcelona, 1973, tiene hasta ahora la bibliografía más completa y actualizada en cuanto a Historia del Derecho español*)<sup>55</sup>.

El profesor Lalinde defiende para la enseñanza de la Historia del Derecho una perspectiva, que él teóricamente llama “paralógica” siguiendo a Wilfredo Pareto, pero que desde el punto de vista de la praxis —que científicamente es el que cuenta— bien pudiéramos donominar “medievalismo espartano”.

“Medievalismo espartano”. Puede sonar algo esotérico y frontal, pero tengo el temor —o el “error vencible”— de que es así.

Lalinde Abadía indica preocupado:

“En los últimos tiempos se observa, por el contrario, y en el campo de la historia general, un gran entusiasmo por los estudios de los siglos XIX y XX, con decadencia total del medievalismo, lo que en el futuro puede reflejarse también en la Historia del Derecho”<sup>56</sup>.

Es cierto que esta inquietud por los siglos XIX y XX todavía no se refleja del todo en la Historia del Derecho. Y prosigue el profesor Lalinde:

“Aplaudo el interés histórico por nuestra época, pero considero de una notable miopía el reducir la visión histórica a una época, máxime cuando ésta no ofrece contraste con el presente, por ser el mismo presente”<sup>57</sup>.

Es de miopes, desde luego, dar vueltas y más vueltas a la noria del presente. Pero maticemos. No pienso que se trate de “reducir” el estudio a una época. Más bien sería: *equilibrar*. O sea, bastaría con que un manual — como el del profesor Lalinde— de 1.040 páginas, no fuera predominantemente medieval y visigodo, y se dedique a partes iguales, o proporcionales, a estudiar —también— los cambios institucionales de los siglos XIX y XX.

Pero, aparte de la especialización del doctor Lalinde en la Edad Media, hay otras motivaciones pedagógicas en su proceder: “Nuestra sociedad es una sociedad cómoda, y por algo se la ha calificado como ‘de consumo’, siendo preciso que los que tenemos la responsabilidad de la educación tratemos de ‘espartanizarla’ modestamente”<sup>58</sup>.

Espartanización consistente en medievalizar el alumnado y sacarle de esas frívolas preocupaciones contemporáneas de la Historia actual, que: “Atrae a gran número de alumnos, pero en buena parte, por las facilidades que ofrece en cuanto a su estudio, pues no precisa conocimientos auxiliares importantes, en tanto asusta el medievalismo por los conocimientos que exige de latín, paleografía, diplomática, etc.”. Produciéndose que: “Cualquier alumno, por mediocre que sea, se cree un investigador al leer unos periódicos, unos panfletos y unos Diarios de Sesiones sin que, en realidad, pueda extraer de ellos nada más que unas leves gotas de erudición a las que no puede suministrar sentido debajo de la masa enorme de datos que el verdadero historiador maneja”<sup>59</sup>.

De ahí que uno de los ejercicios pedagógicos fundamentales propuestos por el profesor Lalinde, sea el comentario de textos en latín o en lenguas románicas, así: “El alumno se ve obligado a traducir el latín, a lo que se observa un notable ‘alergia’ en nuestros escolares, y a verter al idioma actual las viejas románicas”. Todo lo cual: “amplia extraordinariamente su visión del mundo”<sup>60</sup>.

Esta es parte de la proposición del profesor Lalinde para el aprendizaje histórico del derecho. Docencia enlazada con una metodología que bien puede calificarse también como dogmática. Pues aparte de su peculiarísima visión sobre la historiografía marxista, las invocaciones a Pareto del profesor Lalinde, no apuntan hacia la preocupación por el poder —una de las claves de bóveda del Derecho— del sociólogo italiano<sup>61</sup>. Sino que se queda en las “peculiaridades”, “tópica”, “autonomía” o “lógica deóntica” para juzgar a un derecho, al fin y al cabo desconectado, una vez más, de la realidad, y estudiado desde su propio sistema o sistemas; comprendiendo la norma jurídica desde la norma jurídica, y el fenómeno de la ley desde el internalismo institucional.

Para mí, que el profesosr Lalinde, que es un admirador de la “Jurisprudencia elegante” holandesa y alemana, se queda más atrás en el tiempo que aquellas afirmaciones del Savigny de primera hora del siglo XIX, cuando escribía que:

“Se puede concebir también la jurisprudencia para ejercer una crítica de la política, para una comparación de la legislación con su resultado y, por tanto, para emitir un juicio sobre la máximas políticas”<sup>62</sup>.

Esto lo decía el paradigma de los paradigmas de la “Escuela histórica del Derecho” en 1802, y con un motivo, precisamente, relacionado con la docencia.

Ahora bien, quizá esa comparación de la legislación con los resultados, indicada por Savigny, podría llevarnos a vericuetos insospechados e inter-santísimos. Nada menos que a comparar la ley y su praxis con la realidad. Y de ahí, a la consideración crítica y externa al Derecho, a la perspectiva “metajurídica”, no va más que un paso. Paso que tendría que dar —pienso— el Derecho para parecerse algo a una ciencia.

Resulta curioso contemplar como metodólogos de la ciencia, como Paul Feyerabend o Imre Lakatos abogan por que “la creciente separación entre historia de la ciencia, filosofía de la ciencia y la ciencia misma constituye una gran desventaja” y “debería terminarse con esta separación en interés de estas tres disciplinas”<sup>63</sup>. Y no sólo éso, sino que, como sostiene Feyerabend, en una visión no dogmática de la ciencia “tampoco se eliminan las interferencias políticas” y la conexión con las ciencias sociales o el arte “recordando que la separación entre las ciencias y las artes es artificial”<sup>64</sup>. Y mientras tanto, en el campo del derecho, sus teorizadores dogmáticos continúan esforzándose en dotarle de una máxima autonomía, en proveerle de un aislacionista lenguaje propio, y en persistir en que lo jurídico no sobrepase el cómodo y privado coto de caza del *formalismo*.



Mejor será, sin embargo, no ser demasiado ambiciosos en cuanto a la utilización de criterios científicos *externos* al Derecho.

Sin embargo, desde el propio derecho, si un alumno quiere conocer una *decisión judicial*, una sentencia, pongamos por caso —por no perder el hilo conductor— de materia penal, para comprender los mecanismos formales que emplea un juez tendrá que esperar a quinto curso de la carrera, donde se estudia a fondo el procedimiento penal en una asignatura que se llama Derecho Procesal Penal.

Incluso puede darse el caso —de hecho se da— de estudiar situaciones prácticas de Derecho Penal, desconociendo absolutamente el procedimiento empleado por jueces y abogados para su aplicación.

De la magnitud y relevancia del proceso penal hoy día, también en la historia, nos dice Michel Foucault que:

“El punto ideal de la penalidad hoy día sería la disciplina indefinida: un interrogatorio que no tuviera término, una investigación que se prolongara sin límite en una observación minuciosa y cada vez más analítica, un juicio que fuese al mismo tiempo la constitución de un expediente jamás cerrado, la benignidad calculada de una pena que estaría entrelazada a la curiosidad encarnizada de un examen, un procedimiento que fuera a la vez la medida permanente de una desviación respecto de una norma inaccesible y el movimiento asintótico que obliga a coincidir con ella en el infinito”<sup>65</sup>.

Es decir, que para Foucault la auténtica pena sería —hoy— la prueba en sí misma, el proceso. Su propio discurso. En todo caso, parece que pena, prueba y proceso son elementos bastante inseparables.

Si bien no son inseparables para el plan de estudios de las facultades de Derecho, que contemplan la pena en segundo y tercer curso, y los mecanismos para ponerla en práctica, el proceso, en quinto curso. El estudiantado tendrá que aguardar dos o tres años para acercarse, siquiera sea desde el punto de vista formal, a las decisiones judiciales *de conjunto en materia penal*.

Habitualmente suele considerarse el Derecho Procesal Penal como un derecho formal, adjetivo, como un procedimiento y, en cualquier caso —en líneas generales— como ciencia “autónoma”<sup>66</sup>.

Sin embargo, en la praxis, algunos de los preceptos incluidos en la ley procesal penal (Ley de Enjuiciamiento Criminal) son de una eficacia *sustantiva* y material increíble. Sobre todo para la persona a la que se le aplican. Como el artículo 503 de la mencionada ley sobre “prisión provisional”. O la posibilidad que tiene el juez de enviar a la cárcel a una persona sin pruebas y sin juicio previo cuando, entre otros requisitos: “conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito” y que “apa-

rezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión” (según la redacción de 22 de abril de 1980)<sup>67</sup>. Es decir, basta con que al juez unos hechos le parezcan hermeneúticamente *como si* pudieran ser delito, y un personaje —psicológicamente— se le antoje presunto culpable, para que éste pueda ser encarcelado.

Es de notar que, en base a una generosa aplicación de este artículo, se encuentran las cárceles españolas repletas de pobladores en espera de juicio.

Pero, en la carrera de Derecho, el Derecho Procesal Penal también se *halla preso en las redes de la dogmática*. El manual del profesor Miguel Fenech, catedrático de la Complutense, que se estudia también en la Universidad de Zaragoza, defiende no sólo el carácter de “ciencia” del Derecho Procesal Penal, sino también su —una vez más— “autonomía”. Todo é ello junto con criterios también axiológicos y de contenido material.

El manual del Profesor Fenech sostiene:

“No podemos definir el Derecho Procesal Penal como ciencia tomando como base de la definición el proceso, ya que en tal caso en vez de delimitar el concepto —a lo que se aspira con la definición— daríamos entrada en él a otros fenómenos distintos por razón del género o de la especie”.

Y continúa:

“El proceso penal como serie de sucesión de actos, en cambio, cobra su fisonomía cuando el concepto meramente existencial se toma en sentido instrumental al servicio de aquel otro finalista de la actividad jurisdiccional. Es el concepto de actividad jurisdiccional penal el que permite definir luego el proceso penal”<sup>68</sup>.

Tras fijar la actividad jurisdiccional como el elemento clave para penetrar en el templo de la ciencia, el profesor Fenech entra en una complicada casuística dogmática, diferenciándola de la actividad legislativa, pues “no se desarrollaba *super partes*”, y de la administrativa, ya que ésta es “*intra partes*”, siendo que “aquí —en la actividad jurisdiccional— se desenvuelve con la colaboración de las partes e incluso de terceros”. Y: “Esta actividad cooperadora viene presupuesta, por consiguiente, por el propio concepto de actividad jurisdiccional, ya que ésta precisa de aquélla”<sup>69</sup>.

Llegando a la definición —para el profesor Fenech— científica:

“Proceso penal es, por tanto, aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y desarrollan en el tiempo, con sujeción a unas normas de procedimiento, y a través de la cual se realiza la actividad jurisdiccional, mediante el ejercicio por el órgano jurisdiccional penal de sus diversas potestades y la realización de las partes y terceros de la actividad cooperadora que aquélla requiere”<sup>70</sup>.

Sólo falta un pequeño detalle: que en el proceso penal se aplica la ley penal, objeto de la asignatura Derecho penal, además de esa “sujeción a unas normas de procedimiento”, que, en el caso de la prisión provisional, son el “procedimiento” para un hecho tan material —y violento— como ir a la cárcel.

Habrá que reconocer, no obstante, que el profesor Fenech admite que el juicio psicológico del juez —el que se institucionaliza en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— tiene sus limitaciones. Esas limitaciones que deberá subsanar —y así de paso se legitima— el dilatado *proceso*. Porque: “El juicio instantáneo, en un solo acto, sólo Dios puede llevarlo a cabo al juzgar, y éllo por cuanto su omnisciencia hace desaparecer la limitación propia de los humanos”<sup>71</sup>.

El problema, por ejemplo, de la prisión provisional, es que no es Dios, sino precisamente un juez humano, de carne y hueso, quien envía a una persona al presidio mediante un “juicio instantáneo”.

Peró el profesor Fenech en su manual también expone sus propios criterios de contenido ideológico:

“El restablecimiento del orden jurídico, en cuanto a la perturbación no patrimonial del delito, se produce a través de la *pena*, entendida como un sufrimiento —nunca como un mal— que se infringe a quien delinquirió; esta pasión o sufrimiento se le infiere por medio de una limitación o privación de alguno de sus derechos, y puede llegar a consistir en la privación del derecho a la vida, origen y fuente de todos los demás derechos, o de la limitación del derecho a la libertad (artículo 25, 2, de la Constitución española)”<sup>72</sup>.

Aquí hay varias cuestiones ideológicas y jurídicas de no poca enjundia. Desde la nada elevada realidad, esa distinción entre “mal” y “sufrimiento” no resulta fácil de entender<sup>73</sup>. Parece que toda persona que sufre, está padeciendo un mal. Y si a alguien le quitan a vida, posibilidad que indica subrepticamente el profesor Fenech, puede que su mal se convierta en definitivo o irreversible. Por cierto, que a pesar de la alusión expresa al artículo 25 de la Constitución referente a las características de la pena, esa afirmación del profesor Fenech de que *puede llegar a consistir en la privación del derecho a la vida, realizada en un manual universitario de 1982*, me parece que resulta un tanto anticonstitucional y que sobrepasa los límites de la “libertad de cátedra”, a no ser que nos encontremos —creo que no— “en tiempos de guerra” y lo dispongan “leyes militares” (según indica el artículo 15 de la Constitución al establecer: queda abolida la pena de muerte).

Recapitulando sobre el paradigma examinado de la enseñanza del Derecho Penal, se puede indicar que: a) se trata de una visión predominantemente dogmática de las categorías penales. b) Hay una escisión, injustifi-

cable y artificial, en el potencial estudio de la decisión judicial, entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. c) Hay una notable ausencia de un enfoque histórico-crítico de la legislación positiva penal española contemporánea, al estar la asignatura Historia del Derecho, las más de las veces, inmersa en sus redes medievales y juristicistas. d) Existe un palpable despegue entre lo que el alumno estudia y la *realidad* de la problemática penal. e) No existe en el plan de estudios vigente un instrumental metodológico adecuado, o asignaturas, sean auxiliares o no, como la Sociología o la Criminología, que permitan conceptualmente acercar el alumnado a esa realidad. f) También se produce una inexplicable ausencia del estudio de la legislación penitenciaria, al no estar incorporado el Derecho Penitenciario, asignatura o materia, creo, de la mayor relevancia.

¿Cuáles pueden ser, si lo son, los posibles remedios a esta situación de arterioesclerosis docente? ¿Cómo contrarrestar ese exceso de colesterol dogmático?

Creo que habría que dejar aparte el tema teórico global de la “justicia penal” pues hay autores, como Foucault, que contemplan serios motivos para cuestionar su propia índole<sup>74</sup>.

En el lenguaje habitual de la historiografía de las revoluciones, cuando se habla de soluciones u objetivos, se suele diferenciar clásicamente entre el “programa máximo” y “programa mínimo”.

Pienso que el programa máximo *ad hoc* ya fue abordado, y brillantemente, por el profesor Juan Ramón Capella en su folleto de 1970, titulado *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*<sup>75</sup>.

Mi intención es quedarme, de momento, aunque sin perder las perspectivas indicadas, en el más módico y posibilista terreno del programa mínimo.

Ya en el año 1963, bastante antes de su célebre polémica sobre el papel de la filosofía en los estudios universitarios con Gustavo Bueno, el profesor Manuel Sacristán, en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Barcelona, observaba que:

“El estudiante de Derecho —a menos, naturalmente, que se salve a pesar de y contra el actual plan de estudios— no llega, pues, al nivel filosófico de una manera ‘natural’, orgánica, por una real y científica profundización en su estudio positivo, sino que se encuentra artificialmente con una construcción especulativa y gratuita, arbitrariamente legada a su tarea de científico, y de la cual, por tanto, puede prescindir perfectamente”<sup>76</sup>.

Por lo mismo, se trata, todavía, como decía Sacristán hace ya casi veinte años, de poner fin a la incrustación ideológica de procederes tales como los de:

“un iusnaturalista de la fama de Rommen”, que “podría cohonestar con el postulado ideal la muerte del extranjero en los derechos primitivos, explicando que eso no es *occisio innocentis* porque para tales derechos primitivos el extranjero no es *non-nocens*”. “Esto —prosigue Sacristán— equivale a confesar que los supuestos y reales metódicos del derecho positivo son las concepciones generales, dadas empíricamente, de una sociedad —en este caso, su concepción de la inocencia— y no el arbitrario postulado iusnaturalista, reducido así a un mero desfogamiento retórico formal”<sup>77</sup>.

Manuel Sacristán Luzón nos habla del ejemplo tomado de un jurista iusnaturalista. Pero sus agudas observaciones se pueden extender también a bastantes positivistas. Pues el problema metodológico no se sitúa aquí en el traído y llevado trasunto del “ser o deber ser”. Sino en salir del estudio operado desde las categorías crustáceas de la dogmática, totalmente impregnadas de su voluntaria desvinculación con la praxis.

En eso estamos, y para ello me atrevo a proponer un esbozo de pequeño programa, una suerte de propuestas más o menos “posibilistas”.

#### 1ª. PROPUESTA:

##### UNA REHABILITACION CIENTIFICA DE LA MATERIA PENAL

La memoria del Consejo Superior del Poder Judicial de 1981, observa certeramente que existe una “no siempre preferente atención que a los juristas en general y a los jueces en particular merece la jurisdicción penal”<sup>78</sup>. A esto habría que añadir que a los abogados no les compensa económicamente, salvo rarísimas excepciones, el ejercicio de esta materia, que, en otros lugares, como en el sur mediterráneo francés, suele producir notables beneficios por otro tipo de razones (por ejemplo, y tal como ha tenido ocasión de poner recientemente de relieve el novelista Graham Green, por la sofisticada organización del crimen).

La preocupación teórica y práctica por el derecho penal debe nacer en las Facultades de Derecho. No es lo mismo estudiar las categorías abstractas de la dogmática, o las polémicas “finalismo-causalismo”, que visitar directamente establecimientos penitenciarios y reformatorios o discutir —teórica y prácticamente— la aplicación del Código Penal y de las leyes procesales en el caso, por ejemplo, del “aceite de colza”, o efectuar un análisis regular de las decisiones jurídicas más relevantes —y más sonadas— de la justicia penal española.

La orientación pecuniario-posesiva de esta sociedad en la que vivimos, siempre será un serio obstáculo para una dedicación seria en España a la

praxis de este terreno penal. Sin embargo, la carrera de juez, aunque — desde su punto de vista— no todo lo remunerada aceptablemente en comparación con otras profesiones, pero de una preeminencia social indudable, debería de estar, desde la carrera, menos aferrada *ab initio* a la clásica dogmática de la autoconcepción del juez como “boca de la ley”, y más vinculada a la realidad social y *al pari* con las teorías penales más innovadoras.

Todo ésto, insisto, ha de comenzar *ex ovo* en la propia enseñanza universitaria del Derecho Procesal Penal. Sin grandes aspiraciones, pues el hecho de que se gane poco dinero con esta materia siempre será un *handicap*. Pero una enseñanza más viva y menos anquilosada, qué duda cabe, creo, que puede servir para rehabilitar moderadamente el Derecho Penal; puede ser un acicate nada despreciable en aras a conseguir un mayor interés del alumnado por estos temas.

#### 2ª. PROPUESTA:

EL DERECHO PENAL NO SE DESENVUELVE DE ESPALDAS  
A LA LEY POSITIVA, MAS BIEN HA DE SER INTEGRADOR  
—CIENTIFICA Y CRITICAMENTE— DE ESTA.

En esta comunicación no se niega la necesidad de estudiar las leyes positivas. Sólo se añade un matiz: “de otro modo”. Es más, pienso que todavía se estudian pocas materias positivas dentro de la asignatura de Derecho Penal.

2ª. a) *El Derecho Procesal Penal ha de ser estudiado como parte insoslayable del Derecho Penal.*

Ya he intentado analizar lo artificioso de esa distinción imperante en nosotros ente las dos asignaturas. Sobre todo, esta separación es un escollo desde el punto de vista de la praxis jurídica, ya que impide al alumnado el análisis científico de la *decisión judicial* en su conjunto, comprendiendo la ley que se aplica junto al procedimiento que se emplea, términos inseparables el uno del otro.

El estudio de casos prácticos y sentencias, los límites de la legislación penal española en su aplicación e interpretación, tendrían que figurar como uno de los *centros* u objetivos del discurso docente de esta asignatura, al efecto de que el alumnado pudiera comprender su contenido.

### 2ª. b) *Inclusión del Derecho Penitenciario.*

O como parte del Derecho Penal, o como asignatura autónoma.

En las cárceles españolas viven muchos ciudadanos y ciudadanas (en estos momentos, alrededor de 23.000 personas). No está de menos, y serviría para aumentar esa primera proposición de rehabilitar la materia penal, que los alumnos y alumnas se enterasen de cuál es el régimen disciplinario de las cárceles españolas, qué reformas se han producido, qué leyes y reglamentos se aplican en esos establecimientos, cuál es la situación jurídico-disciplinaria de una “cárcel de máxima seguridad”, en qué consiste la orientación y los medios actuales de la política carcelaria, etc., etc.

### 3ª. PROPUESTA: INTERDISCIPLINARIEDAD

Un profesor penalista, Antonio García Pablos, escribía no hace mucho:

“La aproximación de la Ciencia del Derecho a la realidad, y la metodología interdisciplinaria tienen también sus *limitaciones*. Porque el ámbito específico del Derecho no es el del ‘ser’, sino el del ‘deber ser’. Tan nefasto me parece el oscurantismo que aisló, durante mucho tiempo, a nuestra Ciencia de la realidad social, como la frívola recepción de todo dato precedente del mundo empírico, amparada en el prejuicio positivista de la exactitud y superioridad de las ciencias naturales respecto a las del espíritu”<sup>74</sup>.

Habría que dejar aparte esa categoría neokantiana —o a lo Karl Engisch— “ciencias del espíritu”, y la discusión sobre si el derecho pertenece al “deber ser”, pero no entrar en una obsesiva —y gastada— polémica de la metodología jurídica.

Lo chocante de la afirmación del profesor García Pablos es su propuesta de limitar la interdisciplinarietà. No extraña tanto esa indicación, si tenemos en cuenta que el trabajo citado de este profesor —como él mismo señala— es una transcripción escrita de un ejercicio de oposiciones<sup>80</sup>. Pero si pensamos en el nada sofisticado alumnado, suena realmente a ironía “paradoxal”.

La sociología jurídica, tras un tímido y valioso intento institucionalizador, en una etapa histórica nada propicia para ello, no figura en los planes de estudio de las Facultades de Derecho. Debería incorporarse, y podría ser una valiosa herramienta para la comprensión por parte del alumnado de los fenómenos jurídico-penales.

En cuanto a la Criminología, si bien puede parecer “excesivo” incluirla como asignatura, al menos no sobraría que, con carácter instrumental, optativo, secundario, o como “lecciones sueltas”, existiera una cierta garantía de que el estudiante de Derecho Penal pudiera acceder a una serie de nociones básicas con las que poder<sup>o</sup> analizar crítica —y sobre todo externamente— las leyes penales.

Problemas estos que, como ya precisaba Juan Ramón Capella en 1970, probablemente no tengan salida en el contexto de una concepción tradicional de las Facultades de Derecho, sino:

“Acaso haya que pensar en un verdadero *politécnico de ciencias sociales*; un tipo de centro nuevo, o un conjunto de centros interrelacionados, en cuyos primeros cursos de estudio se proporcionen fundamentos de ciencias sociales amplios que posibiliten opciones múltiples posteriores”<sup>81</sup>.

#### 4ª. PROPUESTA: UN ENFOQUE HISTORICO-CRITICO DE LOS ESTUDIOS JURÍDICO-PENALES

El profesor Cerezo asevera —no sin fundamento— que la Historia del Derecho Penal ha de ser estudiada como parte correspondiente de la asignatura Historia del Derecho<sup>82</sup>.

Pero los sugerentes, y dotados de futuro si rectifican, estudios histórico-jurídicos en materia penal, han de salir presurosamente del marco medieval dominante. Han de comprender el enorme cambio, estudiado magistralmente por Michel Foucault, que supone pasar de la represión física del Antiguo Régimen al omnipresente —y actual— “panóptico”. Y, desde el punto de vista positivo, deberían de prestar atención a los cambios —y sus razones— experimentados por la legislación penal española en los siglos XIX y XX; y, más institucionalmente, estudiar la evolución histórica del problema de la prueba como cuestión capital del proceso.

O a lo mejor, quizá existe un remedio más simple y menos maximalista: abandonar la noche pedagógica de la Edad Media.

Todas estas proposiciones tal vez no sean enteramente nuevas (no lo son) o tal vez su viabilidad sea problemática (lo es). Pero quisiera que contribuyeran módicamente a desacralizar, a resolver, esa distinción entre “pensar dogmático” y “pensar investigador”, diferenciación demasiado consagrada y estereotipada, a mi juicio, en los estudios actuales de las Facultades de Derecho españolas.



Pues tal distinción —dogma e investigación— viene a ser, analógicamente como esa clásica escisión de la sociedad “racionalizadora”, consistente en separar premeditada y tenazmente la teoría de las praxis transformadora, el pensamiento de la realidad social<sup>83</sup>. O como decía Ihering:

“Lo que el jurista piensa, eso existe. De esa manera se salva de las dificultades que tanto entorpecen la labor del jurista práctico. Para él no existe la cuestión de cómo ha de reconocerse en la práctica las sutiles diferencias por él establecidas, ni cómo puede probarse en el caso concreto una diferenciación de la voluntad que es posible *in abstracto*. Su campo de trabajo está en el reino de la abstracción; las cuestiones concretas se las deja al práctico, y que vea éste cómo se las arregla. De ese modo se elimina la antítesis entre el pensar y la realidad, que tanto da que hacer a todos los demás mortales”<sup>84</sup>.

Y es que, la mediación dialéctica entre el pensar y el ser, el ser y el pensar, continúan siendo un problema capital para un estudio medianamente científico del Derecho.

#### NOTAS

1 He intentado tener presente, con desigual éxito, el contexto —no legalista— en el que se ha presentado y leído esta comunicación.

2 B.F. SKINNER: *Más allá de la libertad y la dignidad*. Este libro es citado por sus resultados, y por su intento de formulación rigurosamente apoyado en hechos biológicos. Esto no quiere decir que comparta globalmente las tesis del pragmatismo y el conductismo. Pues la adopción unilateral de estas tesis, puede llevar a pensar que, como ironizaba, creo que Barrows DUNHAM acerca de DEWEY, “no hay perros en general” y “no existe el género humano”. O a analizar la conducta humana bajo el influjo del consumo... prescindiendo de que existe el fenómeno del paro. Por otra parte, recuerdo que en la película *El juicio de Nürenberg*, el abogado defensor de los jueces nazis (en el film el actor Maximilian Schell) trataba de exculpar a sus defendidos de la responsabilidad de la castración de un obrero comunista, utilizando argumentos —citados expresamente— de jueces norteamericanos partidarios del “darwinismo social”. SKINNER no se sitúa, pienso, en estos extremos, aunque algunas de sus afirmaciones estén, como pretende su autor, efectivamente “más allá de la libertad”. (pág. 12 del mencionado libro, Fontanella, Barcelona 1980)

3 Una muestra fehaciente de la relevancia aristotélica en el Derecho, puede encontrarse en las págs. 76 y 77 del libro de Georges KALINOWSKI: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, ed. Universitaria de Buenos Aires 1979.

4 Quisiera dejar constancia de que esta comunicación no es “un estado de la cuestión” de la Dogmática penal en España, ni de la enseñanza del Derecho Penal. Se toma un paradigma concreto: el de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Aunque no se descarta la realización de generalizaciones del problema.

5 Alessandro BARATTA: *Criminología y Dogmática Penal, Pasado y futuro del modo integral de la Ciencia Penal*, págs. 25 a 61 del trabajo colectivo *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, edición de Santiago Mir, Bellaterra 1980.

6 *Ibidem*.

7 Jerome HALL: *La criminología*, págs. 314 a 355 del libro colectivo *Sociología del siglo XX*, segunda edición, “El Ateneo”, Barcelona 1970.

8 *Memoria de 1981*, texto íntegro, Boletín de Información del Consejo Superior del Poder Judicial, Madrid 1981, y concretamente el apartado “crisis de confianza en la Justicia Penal” (págs. 30, 31 y 32). En un sentido más crítico, *La justice en France*, de Robert CHARVIN, Editions sociales, París 1976.

9 José CEREZO, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pág. 19, Tecnos, Madrid 1982.

10 Enrique GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, págs. 57 a 82 del libro de este autor *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid 1967.

11 “Crisis de la confianza en la Justicia Penal”...

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 Como el de la profesora Mireille DELMAS-MARTY: *Les chemins de la répression*, Presses Universitaires de France, París 1980.

15 Luis LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, tercera edición, Bosch, Barcelona 1972, págs. 78 y 79.

16 José CEREZO: *Curso de Derecho Penal español*, segunda edición, Tecnos, Madrid 1981, pág. 65.

17 *¿Tiene futuro...?*

18 Carlos E. ALCHOURRON y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas sociales*, ed. Astrea, Buenos Aires 1974, pág. 81.

19 Enrique ZULETA: *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1981, págs. 15 y 16.

20 *Ibidem*.

21 Felipe GONZALEZ VICEN: *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid 1961, págs. 71 y 74.

22 Sobre la relación de esa mentalidad con las decisiones judiciales, pág. 41 del mencionado libro *La Justice en France* (“...magistrados dogmáticos encerrados en su individualismo que el poder se esfuerza en mantener”). O: “El excesivo énfasis en la norma produce la *creencia supersticiosa* —entre los funcionarios juristas de élite— en dos realidades, la del Derecho y la del mundo real, tendiendo a considerarse esta segunda como una desdichada imperfección del universo” (pág. 149 del excelente trabajo del Miguel Beltrán: *La élite burocrática española*, Ariel, Barcelona 1977).

23 *Curso del Derecho Penal español*, pág. 17.

24 *Ibidem*.

25 O, más difícil todavía, entre posesión “de hecho y de derecho”. Como ironizaba IHERING: “¿Esa es la Posesión? ¡Qué extraña es! Me la había figurado distinta. Yo pensaba que era un derecho, pero aquí resulta ser un hecho.- Espera un poco. La verás como derecho. Ella se transforma constantemente. Es el Proteo de nuestros conceptos”. Rudolph von IHERING *En el cielo de los conceptos jurídicos*, págs. 317 y 318 del libro *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, trad.\*de Tomás Banzhaf, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1974.

26 *Más allá de la libertad...*, págs. 98.

27 *Ibidem*.

28 *Curso de Derecho Penal español*, págs. 28 y 29.

29 Aunque últimamente el ex-policía norteamericano Gary Gilmore se ha dejado matar voluntariamente en la silla eléctrica, una de las muchas modalidades por las que pueden dejar este mundo algunos de los 800 condenados a muerte que hay hoy en Estados Unidos. De todas formas, esa afirmación del profesor CEREZO acerca de la “aceptación voluntaria de la pena”, para mí que tiene un añejo sabor germánico y recuerda a la hegeliana tesisura de que “el delincuente es honrado con la pena”.

30 Karl R. POPPER: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona 1981: “creo no errar al sostener que la mayoría de nosotros, especialmente aquellos que tenemos una información general humanista, entiende por «justicia» algo semejante a ésto: a) una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida social; b) tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley, siempre que, por supuesto, c) las leyes mismas no favorezcan ni perjudiquen a determinados ciudadanos individuales o grupos o clases; d) imparcialidad de los tribunales de justicia, y e) una participación igual en las ventajas (y no sólo en las cargas) que puede representar para el ciudadano su carácter de miembro del estado”(págs. 95 y 96). Claro que el punto de partida popperiano no puede ser más representativo de la civilización de Occidente. Como dice Michel FOUCAULT: “Entiendo por humanismo —o en Popper, formación general humanitaria— el conjunto de discursos por los cuales se dice al hombre occidental: «si bien tú no ejerces el poder, puedes sin embargo ser soberano». Aún más: cuanto más renunciés a ejercer el poder y cuanto más sometido estés a lo que se te impone, más serás soberano” (*Microfísica del poder*, ed. La Piqueta, segunda edición, Madrid 1980, pág. 34). Bien entendido que la inspiración jurídica de POPPER, como él mismo reconoce (pág. 492) es Kant, a quien considera paradigma de “ideas humanitarias” y de “ardiente liberalismo”. Este filósofo-musa de POPPER, KANT, tiene —entre otras— las siguientes perspectivas humanitarias de las justicia: “Deben ser castigados de muerte todos los asesinos, y todos los que hayan ordenado semejante crimen o hayan sido cómplices” (Kant no incluye a los encubridores, puede que haya sido un «lapsus» de este filósofo, o que, sencillamente no quería hilar demasiado fino). De todas maneras, KANT es un apologista de la pena de muerte, cuya conmutación “no puede tener lugar según la ley pública, sino solamente por un derecho superior, es decir, por un acto del derecho de majestad, acto que no puede remitir la pena más que en casos particulares solamente”. Y: “jamás se ha oído decir que los condenados a muerte por homicidio se hayan quejado de que la pena excediese al delito y que fuera injusta” (parece que en aquel tiempo tampoco hubiera valido de gran cosa una «queja» de ese estilo, aunque lo que Kant no aclara es si las quejas a que se refiere eran antes o después de la ejecución, pues en este segundo caso se entiende perfectamente la propuesta kantiana). No cabe excusar a Kant con el consabido “eran otros tiempos”. Ya entonces había intelectuales opuestos a la pena capital, como el Marqués de BECCARIA, cuyas posiciones las atribuía Kant a “un sentimiento de humanidad mal entendido (compasibilidades)”, págs. 200 y 201 del libro de Immanuel KANT: *Principios metafísicos del Derecho*, V. Suárez, Madrid 1873.

La «racionalidad» de POPPER en esta materia de la Justicia, recuerda a aquéllo que decía IHERING: “A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional. Si así no fuera ¿cómo podríamos llegar a un acuerdo sobre lo que es racional, dadas las profundas diferencias de opiniones que separan a los pueblos y las épocas? Lo nuestro es racional; lo de ellos, si contradice lo nuestro, no lo es” (pág. 349 de *En el cielo de los conceptos jurídicos*).

31 *Les chemins de la répression*, pág. 63.

32 También, aunque con importantes matices, se puede incluir aquí la teoría coránica de la pena. En este sentido del trabajo de Hassan HANAFI: *Mito del castigo o realidad de la inocencia*, págs. 53 a 90 del libro colectivo *El mito de la pena*, Monte Avila, Caracas 1970.

33 *Les chemins...*, pág. 63.

34 Carlos CASTILLA DEL PINO: *La culpa*, Alianza Editorial, Madrid 1973, pág. 269.

35 El derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24 de la Constitución, si bien ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en su famosa sentencia de 28 de Julio de 1981, este organismo ha matizado su postura diciendo que "Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre valoración de la prueba por los tribunales ordinarios, por lo que, en vía de amparo, lo que compete al Tribunal Constitucional es examinar si existe una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, etc..." (Auto de 3 de Marzo de 1982 de la Sección Primera, Sala Primera del Tribunal Constitucional).

36 *Criminología y Dogmática Penal*.

37 *Curso de Derecho Penal español*, págs. 364 y 365.

38 *Ibidem*, pág. 358.

39 *Ibidem*, pág. 337.

40 *Ibidem*, pág. 304.

41 *Más allá...*, págs. 99 y 100.

42 *Ibidem*.

43 Arts. 8 y 9 del Código Penal.

44 *Más allá...*, pág. 104.

45 *La culpa*, pág. 28.

46 *Curso de Derecho Penal español*, pág. 22.

47 *Ibidem*, pág. 62. Aunque, de hecho: "...los jueces frecuentemente se han mostrado dispuestos a compartir el fervor represivo de las autoridades y a considerar la mengua de las libertades civiles, resultado de éllo, como un mal menor o de plano como un bien", pág. 137 del libro de Ralph MILIBAND: *El Estado en la sociedad capitalista*, ed. siglo XXI, sexta edición, Madrid 1976.

48 Paul K. FEYERABEND: *Contra el método*, Ariel, Barcelona 1974, pág. 18.

49 Como dato revelador, quiero describir un hecho que, creo, es significativo. Al menos de la actitud ante los hechos sociales de la judicatura aragonesa. El Colegio de Abogados de Aragón encargó al Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Empresariales de Zaragoza un informe sobre la Administración de Justicia en Aragón. El trabajo, raro en su género e interesantísimo, aportaba muchos datos en torno a cuestiones tan problemáticas, por ejemplo, como «la astilla» o propina a los oficiales de los juzgados para aligerar determinados trámites, o la situación real de la asistencia de letrado en las comisarías y cuartelillos. Pues bien, el Boletín del Colegio de Abogados de Aragón de 1 de Julio de 1982, en su página segunda, traía la siguiente noticia: "Como consecuencia del impacto producido por la publicación en los medios de comunicación social de diversos comentarios relativos a la Memoria y Encuesta sobre la Reforma de la Administración de Justicia, la Junta acordó mantener una serie de reuniones sucesivas con los distintos estamentos el Poder Judicial en nuestra ciudad, a las que fueron convocados todos los funcionarios, en distintos días. El resultado no puede ser más desesperanzador toda vez que únicamente acudieron a dichas reuniones un Sr. Juez de Distrito; dos Secretarios de Juzgados de Distrito; y tres funcionarios de Juzgados de Instrucción". Con semejante actitud ante lo social y la sociología por parte de la judicatura aragonesa, no es extraño que en ese ámbito exista tanta preocupación por mantener el «principio de autoridad».

50 Digo «protagonista», pues según los especialistas en historia de la literatura, parece que Calderón era un personaje mucho más complejo y menos «maniqueo» que quienes aparecen en sus obras.

51 *Curso de Derecho...*, pág. 148.

52 Jesús LALINDE ABADIA: *Iniciación histórica al Derecho español*, Ariel, Barcelona, segunda edición, 1978, “La perturbación del orden fundamental”, págs. 613 a 671.

Como he tenido ocasión de discutir esta ponencia con varios compañeros de Historia del Derecho y de Historia Económica, quisiera puntualizar varias cuestiones. La primera, que no es un «estado de la cuestión» de toda la Historia del Derecho española, sé que hay excepciones; pero me gustaría preguntar a los compañeros de esta asignatura: ¿no es cierto que predominantemente su enseñanza es medievalista y jurídicista? Mucho me temo que no puedan responderme que la Historia del Derecho se enseña globalmente desde un punto de vista, como se dice en metodología científica, «externalista». Por otra parte, la crítica de un manual no es un hecho —como diría Jorge Luis BORGES— «talmúdico» o libresco. Es una crítica legítima, máxime si los manuales, como es este el caso, son exigidos para que el alumnado apruebe la asignatura.

Y, hablando de manuales, el libro de Alfonso GARCIA-GALLO: (*Manual de Historia del Derecho español*, vol. 1, séptima edición revisada, Madrid 1977) que se estudia actualmente en la Universidad de Zaragoza, tampoco da una respuesta satisfactoria para los problemas penales de las últimas décadas, empleando nueve líneas para describir el desarrollo legislativo penal y procesal en los últimos tiempos (pág. 134). Este manual de 1977, año de las primeras Elecciones Generales, dice en su página 911: “El Alzamiento Nacional declara abolidos estos regímenes y restablece en su plenitud la unidad de España” (en el epígrafe 1.519 del citado libro, titulado gráficamente “El separatismo”).

53 *Iniciación Histórica...*, pág. 670.

54 *Ibidem*, págs. 646 y 647.

55 Jesús LALINDE ABADIA: *Hacia una Historia paralógica del Derecho*, págs. 73 a 120 del libro colectivo *El primer año de Derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid 1978. En cuanto a la frase citada, pág. 113, nota (9) del mencionado trabajo.

56 *Ibidem.*, pág. 119.

57 *Ibidem*.

58 *Ibidem*, pág. 107.

59 *Ibidem*, pág. 119.

60 *Ibidem*, pág. 112.

61 *Ibidem*, pág. 100: “El problema —opina Lalinde— aparece gravado por el hecho de que todavía no hay volumen convincente de historiografía marxista que haya aplicado los esquemas a acontecimientos concretos”. Una pregunta: ¿desde cuándo la historiografía marxista se caracteriza por aplicar esquemas previos a situaciones, o categorías a priori a condiciones concretas? Desde nunca, pienso, a no ser que se trate de algún retroestructuralista, o de algún asilvestrado —y fallecido— personaje evolucionista de la II Internacional. Por el contrario, lo que tipifica al idealismo, desde la historiografía marxista es que: “La categoría ha alcanzado una primacía sobre su referente material; la estructura conceptual pende sobre el ser social y lo domina” (pág. 29 del libro de Edward P. THOMPSON: *Miseria de la teoría*, Crítica, Grijalbo, Barcelona 1978). Aún resulta más curiosa la opinión del profesor Lalinde sobre el libro de Carlos Marx *El 18 brumario de Luis Bonaparte* (*Ibidem*, pág. 100): “hasta el punto de que el análisis del propio Marx a un acontecimiento como el golpe de Luis Napoleón en Francia

deja aún, quizá, un cierto regusto a historiografía clásica. Como dice Michel Foucault: “Pero coja por el contrario su análisis —el de Marx— de la Comuna de París o su *18 Brumario de Luis Napoleón*. Encontrará allí un tipo de análisis histórico que manifiestamente no deriva de un modelo del siglo XVIII” (pág. 125 de *Microfísica del poder*).

62 Friedrich Karl von SAVIGNY: *Metodología jurídica*, pág. 34, ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. Como asevera Karl LARENZ, estos trabajos juveniles del mencionado autor; “Permiten conocer en qué medida Savigny se alejó, mediante la concepción histórica y organológica por él ideada ahora —se refiere Lareñz a sus trabajos de 1840—, de su punto de partida en el escrito juvenil” (pág. 31 del libro de Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, segunda edición, Ariel, Barcelona 1980).

63 Paul FEYERABEND: *Tratado contra el método*, pág. 32, Tecnos, Madrid 1981, y *Contra el método*, pág. 136.

64 *Ibidem*.

65 Michel FOUCAULT: *Vigilar y castigar*, siglo XXI, Madrid 1978, pág. 230.

66 Recuerdo que en las clases del catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, ya fallecido, Vicente HERCE, este profesor abogaba por una incorporación del Derecho Procesal Penal al Derecho Penal.

67 Precepto de más que dudosa coherencia con la «presunción de inocencia» establecida en la Constitución.

68 Miguel FENECH: *El proceso penal*, cuarta edición, Ageda, Madrid 1982, págs. 13 a 17.

69 *Ibidem*.

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*. Cabe señalar el problema que representa para un estudiante ateo que estudie el libro del profesor Fenech, admitir la «existencia de Dios» y su «omniscencia». Una vez aprobada la Constitución, debería de haber alguna cláusula jurídica que protegiera a ateos, agnósticos y descreídos de las agresiones ideológicas de personas religiosas como el profesor Fenech.

72 *Ibidem*, págs. 419 y 420.

73 Resultan más sencillas, realistas, y, sobre todo, menos dogmáticas, aquellas palabras pronunciadas en 1682 por Samuel von PUFFENDORF: “El castigo entonces es un mal que sufrimos, impuesto por un mal que hemos causado; en otras palabras, un mal vejatorio que la autoridad impone enérgicamente al individuo, en vista de una ofensa previa” (pág. 245 del tomo II *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina 1980).

74 “El tribunal implica además que existen categorías comunes a ambas partes en litigio (categorías penales tales como el robo, la estafa; categorías morales tales como la honestidad, la inocencia) y que las parte presentes aceptan someterse a ellas. Pues bien, todo esto es lo que la burguesía quiere hacer creer respecto a la justicia, a su justicia. Todas estas ideas son armas que la burguesía utiliza en su ejercicio del poder. Por esto me molesta la idea de un tribunal popular” (pág. 67 de *Microfísica del poder*).

75 Juan Ramón CAPELLA: *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, pág. 41 a 120 del libro *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona 1976. Por cierto que en su pág. 119 me parece excesivamente optimista y poco «ecológica» —hoy día— su visión del futuro del Derecho Penal: “Quitar perderá sentido con la abundancia social”. No parece que caminemos hacia esa abundancia...

76 Manuel SACRISTAN: “Studium Generale” *per a tots els dies de la setmana*, edición ciclostilada de la conferencia que, en memoria del estudiante Josep-Ramón Figuerol, pronunció Sacristán en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Barcelona el 8 de Marzo de 1963.

77 *Ibidem*.

78 pág. 32 de la mencionada *Memoria*.

79 Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico*, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense" nº63 de 1981, págs. 7 a 42.

80 "El presente trabajo reproduce, fundamentalmente (a excepción de las notas y reseña bibliográfica que añado ahora) el texto literal de la exposición correspondiente al segundo ejercicio de oposiciones a profesor agregado e Derecho penal (Criminología), que gané en junio de 1980" (*ibidem*).

81 *Sobre la extinción del Derecho...*, pág. 88.

82 *Curso de Derecho...*, pág. 64.

83 Propuesta «separatista» en la que incluyo, siguiendo a Alberto FEBRAJO, a Niklas LUHMANN; como se asevera en la *Introducción italiana* al libro de LUHMANN: *Sistema giuridico e Dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna 1978.

84 *En el cielo de los conceptos jurídicos...*, pág. 307.