

LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, con Prefazione de Norberto Bobbio, col. "Storia e Società", Editori Laterza, Roma-Bari, XXIV-1034 págs.

Desde la época del iluminismo penal hasta el ingreso del funcionalismo tecnocrático en la dogmática —tomando como fechas de referencia 1764, año en que se publica por primera vez *Dei delitti e delle pene* de C. BECCARIA y 1976, en que aparece *Schuld und Prävention* de G. JAKOBS (sin pretender establecer comparación alguna entre ambas obras y autores, ciertamente)— han transcurrido más de dos siglos. No obstante, por un motivo u otro, ni el capitalismo liberal ni el capitalismo de concentración han alcanzado la plena legitimación del sistema de control penal a que ambos dieron lugar, y entre las principales razones para ello debe tenerse en cuenta la frustración del conjunto de garantías que todo sistema penal debe asegurar, mientras aplica el castigo.

I) Ese es el marco temporal en el que se diseña esta obra de LUIGI FERRAJOLI, seguramente la más importante hasta ahora de su acervo intelectual, y posiblemente una de las que más trascendencia están llamadas a ejercer sobre la cultura iuspenalista de esta última parte del siglo XX. Arco de tiempo aquel en cuyo transcurso nace y se configura el derecho penal liberal del que hoy se nu-

tren preferentemente las sociedades de Occidente, las cuales apoyan sus sistemas de relaciones sociales sobre el modo de producción capitalista pero que tanto influjo ha venido demostrando en Oriente, como asimismo en el Este de Europa, en la medida que tan velozmente se está reemplazando en estas sociedades la jerarquía de valores sociales, tal como lo han ya sido sus burocratizantes regímenes de gobierno.

Mas, ¿cuáles son los atributos de esta obra de FERRAJOLI que han provocado no solo los elogios que expresa el propio NORBERTO BOBBIO en la *Prefazione*, sino que apenas a un año de su aparición la Editorial Laterza se encuentra abocada a emitir una segunda impresión? Y, también, ¿cuáles las circunstancias que me convocan —aparte de las personalmente afectivas que me unen a este inestimable amigo (recuerdo de aquellos tiempos del *autunno caldo* de 1968 y 1969 en la Universidad romana, en el nacimiento de *Magistratura Democratica* que tuvo a FERRAJOLI como uno de sus históricos fundadores, en la gestación de *Il Manifesto* o después de *Democrazia Proletaria* y en tantos y tantos encuentros, seminarios, revistas —como *Dei delitti e delle pene*—, publicaciones del gran debate cultural y político italiano de los años setenta y ochenta, eventos todos en los que tuve la suerte de participar, vivir o presenciar)— y que naturalmente pueden inclinar mi valoración a presentar el volumen de FERRAJOLI de este modo como lo hago aquí?

Pues bien, *Diritto e Ragione* no es únicamente un estudio de los sistemas penales, ni tampoco es solo una obra de derecho penal. Mucho menos se trata de una exposición de principios y categorías con los cuales se pretende fundar una nueva teoría penal. Es, más bien, la conclusión de una vastísima y puntillosa exploración continuada durante años en las más diversas disciplinas jurídicas (particularmente en el derecho penal) y de una larga como apasionada reflexión nutrida por estudios filosóficos e históricos, sobre las ideas morales que inspiraron o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas. Para llegar a esa conclusión FERRAJOLI descarga todo su bagaje de conocimientos de filosofía, de epistemología, de ética y de lógica, de teoría y ciencia del derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, enriquecidos todos ellos con la experiencia intensa y vivida, extraída del ejercicio de su pasada actividad de magistrado (fue pretor durante diez años en Firenze), de dirigente en una y mil iniciativas político-culturales y de cabeza de tantas batallas civiles por las libertades individuales y colectivas (también como integrante de la *Fondazione Lelio e Lisli Basso*) en Italia, en Europa y en América Latina.

El profundo discurso de FERRAJOLI se desenvuelve ordenadamente entre la crítica a los fundamentos gnoseológicos y éticos del derecho penal, por un lado, y la crítica de la praxis judicial en Italia (pero con amplias referencias y remisiones a otros ámbitos), por el otro. Y, todo ello, como dice BOBBIO, escapando de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios; más aún, sin perder de vista, no obstante, la multiplicidad de problemas encarados y la riqueza de la información, la coherencia de las partes con el todo de la obra, la unidad del sistema y la síntesis final.

II) Ante esta marea de razones que, en parte y en principio, responden a los interrogantes que promoví arriba, es obvio que la noticia sobre esta obra que muchos anotadores —como S. SENESE en *L'Indice* [dei libri del mese], mar-

zo 1990, 4-6, o E. RESTA en *Il Manifesto* del 5 dic. 1989— la consideran ya fundamental, no puede concretarse simplemente a reseñarla. Junto a una síntesis de ella no se puede menos que, al exaltar las principales cuestiones que pone de manifiesto, dejar que surjan comentarios o reflexiones claramente polémicas con ciertas tradiciones penalistas; sobre todo con aquellas que se manifiestan como “liberales” pero que —tal como las critica FERRAJOLI— a lo largo de sus desarrollos se han demostrado responsables de haber admitido la violación y corrupción de los auténticos principios de tales tradiciones. De ahí que, a la luz del alejamiento de esos principios, revelado por ciertos teóricos afiliados a ellas, a través del olvido o desinterés por la praxis del sistema penal, hoy resulta de verdad quimérica la limitación a los abusos del poder punitivo que el derecho penal del iluminismo pretendía, y más bien es la vida social la que los denuncia al verse inundada de una justicia penal inflacionaria.

La distorsión y el exacerbamiento de los conflictos individuales y sociales a que ha llevado esta tercera fase del capitalismo, la cual en los países centrales produjo la sustitución de los sujetos históricos —capitalista por *manager* y obrero por sindicato [DAHRENDORF]— mientras que en los periféricos genera muerte, miseria y analfabetismo, han provocado una excesiva intervención punitiva del Estado. En consecuencia, no solo la creación de una legislación penal excesiva sino también una aplicación abusiva de ella por las instancias dispuestas a tal fin (policía, tribunales de justicia, instituciones penitenciarias) han dado lugar a un creciente abandono de las garantías fundamentales establecidas por las constituciones positivas, los códigos penales y de procedimiento.

Es verdad que ese proceso de inflación penal por el que atraviesan en general todas las sociedades occidentales se manifiesta en unas, las post-industriales, mediante auténticos reclamos sociales de mayores penas y más severidad punitiva de los aparatos de control penal, mientras que en otras, las no desarrolladas, se traduce en la directa invasión de los factores de poder económico y político sobre la legítima violencia estatal; en ambas, no obs-

tante, es evidente la mediatización que en todo ello cumplen los medios de comunicación social. Mientras tanto, en el campo teórico-penal, las reflexiones han discurrido sin atender la realidad de ese *ius puniendi*.

Más aún, en el afán de encontrar un fundamento del derecho de penar, acorde con el supuesto de una estructura dinámica de las normas jurídico-penales, se ha llegado a idealizar la existencia en ellas de un proceso comunicativo [*Callies*] según una visión sistemática del derecho penal y de la misma sociedad. Semejante proceso, que se establecería tanto entre sujetos relacionados con la norma como entre quienes aguardan algún resultado de su aplicación, pretende, como función última —como bien lo acaba de exponer recientemente en España D. LUZÓN PEÑA, *Alcance y función del derecho penal*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XLII-fasc. I, enero-abril MCMLXXXIX, 5-53 esp. 15-19—, la de estabilizar las conciencias, el equilibrio emocional y el funcionamiento social [JAKOBS], en la creencia de que asegurando el nivel de expectativas de los ciudadanos (de que no se cometa la infracción o de que si se comete, se sancione al infractor) queda afianzado el propio sistema social [LUHMANN]. Mas, con afianzar ese funcionamiento del subsistema penal la teoría no ha logrado ni siquiera mitigar los excesos de su aplicación, con lo cual la satisfacción de las necesarias garantías del mismo ante el eventual abuso del poder de sancionar tampoco ha sido alcanzada con las últimas evoluciones del funcionalismo estructural punitivo.

III) Si esto es lo acaecido en el ámbito de la teoría jurídicopenal, mirando últimamente hacia el Estado democrático, lo sucedido con ella en relación con las caídas de legitimidad en que han incurrido de reciente los Estados del bienestar, es aún más reprochable. Como se sabe, en estas situaciones ha sido emblemático el caso italiano —del que FERRAJOLI mismo ha dado debida cuenta en repetidas ocasiones anteriores a la de *Diritto e Ragione*— cuya legislación excepcional de los años setenta y ochenta invadió el sistema penal ordinario y llevó a su interior elementos que lo

llegaron a corromper tanto en sus fuentes de legitimación política, como en sus principios inspiradores.

La cultura de la emergencia y la práctica de la excepcionalidad que se introdujeron, en principio, como medios de lucha contra el terrorismo, se extendieron luego en Italia a muchas otras situaciones emergentes: la mafia, la camorra, la *n'drangheta*, el tráfico internacional de armas, cierta criminalidad económico-financiera, la corrupción política y administrativa. Pero semejante cultura y práctica, todavía antes de las transformaciones legislativas que generaron, fueron responsables de una involución del sistema punitivo italiano que se manifestó, bajo ciertas formas modernizadas, en la reedición de viejos esquemas substancialistas propios de la tradición penal premoderna, como asimismo en la recepción por la actividad jurisdiccional de ciertas técnicas inquisitorias y métodos de intervención que son típicos de la actividad policial.

Por todo esto quizá resulte el cap. XII de la Parte Cuarta del volumen que comento —salvo mejor opinión o examen— uno de los análisis más lúcidos y brillantes que hoy se pueden leer acerca de la demostración del primado de la razón de Estado por sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal (a lo cual aludiré más tarde con abundancia), sea tanto en situaciones verdaderamente excepcionales —como las creadas por el terrorismo político u otras formas de criminalidad organizada— cuanto en otras en las que la jurisdicción debe suplir al poder político. La alteración de la fuente de legitimación de este derecho y sistema penal excepcionales consiste precisamente —dice FERRAJOLI (pág. 844)— en algo que resulta de verdad clave como para entender, por ejemplo en Argentina, las raíces de cierta legislación de excepción (“punto final”, obediencia debida) o de la jurisdicción que se convirtió en excepcional al aplicarla y de las decisiones políticas que han modificado intervenciones penales (indultos) en función de un principio normativo de legitimación, no más jurídico sino estrictamente político; no más subordinado a la ley como sistema de vincu-

los y garantías, sino sobreordenado a ella. Quiero aludir con esto precisamente a la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* (antiterrorista, antimafiosa para el caso italiano y de *reconstrucción nacional* para el argentino) como justificación política de la ruptura, o si se prefiere del cambio, de las reglas de juego que en el Estado de derecho disciplinan la función punitiva.

IV) Dentro de los múltiples y variados asuntos que provocan mi admiración por este monumental trabajo de FERRAJOLI, hay uno que deseo destacar todavía — pese a una breve alusión que he hecho antes— pues me parece que viene a constituir, si no el principal, al menos uno de los ejes centrales de la investigación. Me estoy refiriendo a lo que nuestro autor plantea desde el comienzo del volumen y despliega prácticamente a lo largo de él, pero que concreta en las tres primeras partes de las cinco que incluye la obra. Se trata de aquellos criterios de racionalidad que deberían informar el derecho penal como también el sistema a que da lugar y que deberían ser pertinentes a tres distintos ámbitos disciplinarios.

El primero de esos criterios designa el tema de la racionalidad de las decisiones penales —pertinente a la *epistemología del derecho*—, o sea del sistema de vínculos elaborado sobre todo por la tradición liberal y orientada a fundamentar sobre el “conocimiento” antes que sobre la “autoridad” los procedimientos de imputación y de sanción penal. El segundo, de carácter axiológico y político que alude al tema —propio de la *filosofía del derecho*— de la *justicia* penal, o sea de las justificaciones ético-políticas de la cualidad, de la calidad y antes todavía de la necesidad de las penas y de las prohibiciones, como también de las formas o pautas de las decisiones judiciales. El tercero, normativo y jurídico, que se relaciona con el tema —pertinente a la *ciencia penal*, o sea a la teoría general del derecho y a la *dogmática* penal de los distintos ordenamientos— de la *validez* o coherencia lógica interna a cada sistema penal positivo entre sus principios normativos superiores, sus normas y sus prácticas inferiores.

Esos tres diferentes criterios de racionalidad permiten a FERRAJOLI distinguir —a través en-

tonces de la epistemología, de la axiología y de la teoría penales— por qué, cómo y cuándo se debe emplear el derecho penal analizando sus fundamentos, sus límites y sus fines. El resultado de tal distinción es la neta separación entre las razones *en, del y de* derecho penal y aquellas otras que pueden denominarse de fuerza, de autoridad o de Estado, las cuales han sido habitualmente (y son) confundidas con las primeras, provocando una utilización instrumentalmente partidista o parcial o ideológica del sistema penal. Esta tarea también permite al autor ir elaborando eso que él va a denominar —en la Parte Quinta de la obra— una *teoría del garantismo penal*, con lo cual queda claramente encuadrado el empleo de los instrumentos penales dentro de lo que FERRAJOLI denomina *derecho penal mínimo*.

Es evidente que esta reflexión teórica y filosófica sobre los fundamentos, otorga a FERRAJOLI una clara posibilidad de analizar aquellos perfiles de *irracionalidad*, de *injusticia* y de *invalidéz* que caracterizan —según su opinión— el ordenamiento penal y procesal italiano. En la Parte Cuarta del volumen nuestro autor procura precisamente demostrar que el sistema penal italiano, desarrollado desde el fascismo a la actualidad, es el resultado de una triple diferenciación interna que correspondería una triple divergencia entre sus principios garantistas y liberales —constitucionales y codificados como su modelo teórico y normativo— y su modo de ser *efectivo*, ya legislativo como jurisdiccional (el deber ser y el ser del sistema penal). La primera diferencia es aquella determinada por el desarrollo, dentro del derecho penal y del procesal, de una larga serie de técnicas e instituciones que más o menos desmienten aquellos principios constitucionales, tales como: la formulación en términos vagos e indeterminados de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión preventiva, las varias violaciones del contradictorio y de la presunción de inocencia, como asimismo los múltiples mecanismos inquisitorios que todavía afligen el proceso penal italiano aun después de la aprobación y entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento. La segunda y más

ostensible diferencia es la producida por la formación, al costado del derecho penal y procesal ordinario destinado a la jurisdicción, de un verdadero y propio derecho penal especial y administrativo, de competencia parcial de la magistratura y en más amplia parte de la policía; se refiere con ello FERRAJOLI al amplio abanico de sanciones *ante, extra o ultra delictum* y *ante, extra o ultra iudicium* compuesto —además que por la prisión preventiva— por las medidas de seguridad, también las de orden público y por los numerosos poderes instructorios como de limitación causal de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial. La tercera divergencia que anota y desarrolla el autor es la que se manifiesta, dentro de ciertos límites, como corriente entre las leyes y su aplicación; las prácticas judiciales, y sobre todo policiales, se realizan siempre a un grado más bajo de las leyes, si no por otra causa, porque estas últimas siempre reflejan modelos de “deber ser” mientras que las primeras están sometidas a imperativos contingentes de eficacia que inevitablemente confluyen para quienes los advierten como molestos obstáculos anti-funcionales; esta divergencia se ha acentuado aún más en Italia durante la última década, a causa de la producción de una masiva legislación “de emergencia”, como de una jurisdicción similar.

De tal modo es como —dice FERRAJOLI— se han producido en Italia tres subsistemas penales y procesales, autónomos entre sí aunque se interfieren variadamente; el primero sometido, según los principios, a las clásicas garantías de estricta legalidad, de responsabilidad personal, del contradictorio y de la presunción de inocencia, no obstante que desmentidas de hecho por formas de legalidad atenuada que dejan amplio espacio a la discrecionalidad judicial; el segundo, expresamente substraído a tales garantías, aun cuando inciden —como el primero— sobre la libertad de las personas y está informado por meras razones de seguridad y por esquemas substancialistas de racionalidad administrativa; y, el tercero, que se ha desarrollado por

vía no solo legislativa sino de manera prevalente por la jurisprudencia, en excepción al primero e inspirado, casi abiertamente, por el criterio decisionista de la justificación de los medios por parte de los fines.

La visión que se recoge de este inventario de derogaciones y lesiones al modelo garantista que provoca cada uno de estos subsistemas penales y procesales que actúan en Italia, según FERRAJOLI, no puede ser menos pesimista aunque también de ella —conviene recordarlo— es que el autor emerge con su teoría de nuevo garantismo: un *verdadero desafío para la teoría y la praxis juridicopenal*. La deducción que puede adelantarse es que la alternativa entre garantismo y autoritarismo, además de configurarse como una alternativa teórica entre diversos modelos de ordenamientos penales, será consecuentemente una aplicación para interpretar el conjunto de todas las oposiciones que puedan manifestarse dentro de un mismo sistema penal entre principios de legitimación y praxis, entre normatividad y efectividad, entre modelo constitucional y funcionamiento concreto de las instituciones punitivas.

Conclusión y propuesta

No cabe ninguna duda de que el aporte de fondo que produce esta gran obra de FERRAJOLI se concreta como un llamado de atención y un reclamo a la cultura penal de nuestro ámbito.

La exacerbación de los sistemas penales contemporáneos no es solo el producto de formas abusivas de aplicación de aquellos instrumentos punitivos a disposición de la policía, la jurisdicción o las cárceles. Es, antes que esto, el resultado de una creación del derecho penal y procesal sometido a las razones no jurídicas. Vale la pena tomar ejemplos de nuestros sistemas penales para saber a qué se alude cuando se menciona este tipo de razones; pocos trabajos con esa orientación pueden recordarse en nuestro ámbito hispanoparlante, rescatando aquí el Primer Informe sobre *Sistemas Penales y Derechos*

Humanos en América Latina, coordinado e introducido por EUGENIO R. ZAFFARONI (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984); los *Principios rectores de la nueva ley procesal penal colombiana*, de FERNANDO VELÁSQUEZ V., Monografías Jurídicas, núm. 57, Bogotá, Editorial Temis, 1987); y la investigación sobre *Emergencia y crisis del Estado social* (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perturbación) de JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDCASAS (colec. "Sociedad-Estado" 3, Barcelona, PPU, 1988). El análisis sociojurídico del sistema de control penal en la República Argentina, en el que estoy empeñado (en colaboración con un equipo de sociólogos y juristas que dirige en Buenos Aires el Prof. JUAN PEGORARO) y ha sido financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español, pretende precisamente seguir una orientación como la propuesta; otro fin sería el de someter el sistema español a un examen comparativo, pero en una fase posterior.

Finalmente, confío en que la obra de FERRAJOLI que he deseado presentar a los estudiosos latinoamericanos y españoles abra un debate que se está reclamando desde la sociedad a nuestra cultura penal; quizá algunas de las reflexiones que acabo de emitir puedan servir de disparador, con ello podría considerarme satisfecho y así se habría brindado una gratificación al querido y respetado colega y amigo.

ROBERTO BERGALLI
Barcelona, agosto de 1990.

IGNACIO AYALA GÓMEZ: *El delito de defraudación tributaria*. (Art. 349 del Código Penal), Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1988.

La oportuna aparición de esta obra va, sin lugar a dudas, a enriquecer el debate jurídico y social sobre el llamado "delito fiscal", de tanta actualidad en España. El vertiginoso crecimiento económico de los últimos años

ha ocasionado el incremento de los gastos sociales, y correlativamente el aumento de las cargas impositivas para sufragarlos. En ayuda de la efectividad de la política fiscal estatal se ha acudido con reiteración al expediente de la utilización de la norma penal. Intervención punitiva que se refuerza en aquellos Estados del capitalismo central sometidos a la llamada "crisis fiscal", surgida de las contradicciones immanentes al *Welfare State*¹. El autor de la presente obra pretende entonces delinear los perfiles dogmáticos y garantistas de la intervención punitiva, que en este delito en particular han sido confusos y divergentes, como lo señala el Prof. OLIVO GARCÍA en el prólogo de la obra.

Siguiendo los esquemas metodológicos de la moderna dogmática juridicopenal, y partiendo del bien jurídico protegido, AYALA GÓMEZ, en diez amplios capítulos, aplica pormenorizadamente las categorías de la teoría del delito al análisis del tipo penal contenido en el art. 349 del Código Penal, plasmando al final sus propuestas de reforma legislativa.

En aras de la brevedad que debe presidir este tipo de comentarios, solo podemos mencionar de manera panorámica algunos planteamientos que consideramos articulan el núcleo de la elaboración teórica de AYALA GÓMEZ, por lo que nos detendremos en primer lugar en el apartado referente al bien jurídico protegido.

Señala el autor la nada pacífica discusión en torno a lo que constituye el contenido material del bien merecedor de protección penal. Refiere en primer término aquellas teorías, ya superadas por cierto, que preconizaban a tales ilícitos como delitos sin bien jurídico (pág. 30). Enseguida menciona las teorías que fundamentan a los delitos fiscales o tributarios como delitos contra el orden socioeconómico. Frente a tales conceptualizaciones se pregunta el autor siguiendo a PÉREZ ROYO²,

cuál es el aspecto concreto de ese orden económico que se ve vulnerado por esta modalidad delictiva (pág. 32). Afirma, entonces, que no podemos conformarnos con aseverar que el bien jurídico es dicho orden en abstracto, sino que hay que indagar qué preciso instituto del sistema resulta dañado de manera inmediata y que en última instancia revierte en la vulneración de aquel. Se aparta así de una consideración macrosocial del interés a tutelar, y siguiendo a la doctrina italiana acoge una concepción microsocio patrimonialista. Para tal teorización considera que se debe distinguir entre "objeto jurídico genérico", que sería la Hacienda Pública como sujeto que desarrolla la actividad dirigida a la obtención de los tributos, y "objeto jurídico específico", que estaría configurado por el interés patrimonial de la Hacienda en el cumplimiento recaudo de aquellos (pág. 104). Estas distinciones, según BUSTOS³, combinan criterios macrosociales y patrimonialistas, lo que no deja de tener una cierta ambigüedad, que se refleja al momento de la tipificación.

Entrando ya en el tipo de injusto, considera el autor que una de las ventajas de su posición en torno al bien jurídico es que permite explicar fácilmente la configuración del tipo como delito de resultado, acarreado ello que solo se sancionen los ataques más graves que efectivamente lesionen el bien; con lo que se daría cumplimiento al principio de intervención mínima de la ley penal (pág. 109).

También en el análisis del tipo objetivo se detiene AYALA GÓMEZ en precisar el alcance de los diferentes elementos normativos del tipo, como las expresiones "tributo", "disfrute indebido de beneficios fiscales", que hacen que el tipo sea una verdadera norma penal en blanco y se necesite acudir a la normativa extrapenal tributaria a fin de fijar su contenido. Así mismo, busca delimitar el alcance del verbo rector "defraudar", que ha sido objeto de serias dis-

crepancias en la doctrina. Sostiene que el concepto de defraudación implica el elemento del engaño, lo que le equipara con otras defraudaciones contenidas en el Código, entre ellas la estafa⁴ pero afirma que en este caso deben admitirse tanto comportamientos activos —la *mise en scène*—, como también omisivos. En el mismo sentido, señala MUÑOZ CONDE, se ha pronunciado el Tribunal Supremo mediante sentencia de 2 de marzo de 1988, en la que admite una tal posibilidad omisiva de adecuación típica, siempre que exista el deber de pagar el impuesto y la omisión pueda calificarse como un acto concluyente de fraude⁵.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuantía establecida en el art. 349, apartándose de la doctrina mayoritaria, AYALA GÓMEZ considera que esta no debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad sino que es el resultado de la acción defraudatoria, siendo por tanto tal resultado elemento del tipo objetivo. En cuanto a la discusión sobre si se trata de delitos comunes, o si el delito de defraudación tributaria requiere de un sujeto calificado, afirma que la posición correcta es considerarlo como delito especial propio, en el sentido de que solo puede serlo quien esté obligado previamente frente a la administración tributaria (pág. 245). Sujetos pasivos serían, por el contrario, los titulares del derecho de crédito surgido con la imposición del tributo, o sea la Hacienda estatal, autónoma y local. Lo que omite considerar aquí AYALA GÓMEZ es a quién debe entenderse por perjudicado, pues, en última instancia, lo que se vulnera con la no cumplida recaudación de los tributos es la capacidad del Estado de atender a sus fines sociales.

Respecto al tipo subjetivo, plantea el autor la discusión doctrinal sobre si es exigible un ánimo especial de defraudar, diferente del dolo. AYALA GÓMEZ rechaza tal posibilidad, afirmando que el verbo rector "defraudar" solo denota

¹ Para una amplia exposición sobre la crisis del Estado social y la crisis fiscal, véase, entre otros, a JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDCASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1988. Así mismo, en la nota 17, pág. 28 de la obra, se menciona alguna bibliografía.

² Cf. FERNANDO PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 1986, pág. 61.

³ Cf. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 342.

⁴ En contra BACIGALUPO; véase a BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 342.

⁵ Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Manual de derecho penal*, parte especial, 7ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1988.

la intención dolosa de realización típica; y acogiendo la expresión de OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO⁶, se estaría ante uno de esos delitos “denotadores de la imprescindibilidad del dolo”. En páginas posteriores se adscribe a la corriente que introduce el ánimo de lucro en la definición del tipo subjetivo, lo que por supuesto tendrá serias repercusiones en el tratamiento que a continuación da, del problema del error. De esta manera, siguiendo a la teoría normativa de la culpabilidad, ubica el error sobre el conocimiento potencial de la antijuridicidad en la culpabilidad. Al admitirse, como lo hace el autor, la imposibilidad de comisión culposa, los errores sobre los elementos configuradores de la relación jurídica tributaria conducen a la negación del dolo y a la consiguiente impunidad de la conducta (pág. 308). Sobre la no incriminación de la imprudencia, afirma: “El legislador ha querido que solo las conductas dolosas sean constitutivas de delito tributario de defraudación, ello representa que solo los ataques más graves al bien jurídico, desde la configuración del desvalor de acción y del de resultado, deben ser tenidos en cuenta a efectos punitivos” (pág. 310).

En los capítulos siguientes, AYALA GÓMEZ se extiende exhaustivamente en el estudio de otros aspectos importantes de teoría del delito, como los referentes a la antijuridicidad, culpabilidad, consumación y concurso del tipo penal con figuras delictivas como las de falsedad, o la de alzamiento de bienes o de apropiación indebida.

Finaliza la obra analizando las implicaciones positivas a su sentir, derivadas de la reforma de 1985, al eliminar la configuración de los delitos contra la hacienda pública como delitos solo perseguibles a instancia de la administración tributaria, al tiempo que suprime la prejudicialidad instaurada por la ley de 1977. Sostiene que se da autonomía a la justicia en la persecución de tal delincuencia y se subordina la Administración Tributaria a sus decisiones; ello, interpretado en conso-

nancia con el reconocimiento del principio *non bis in idem*, contribuye a una mayor seguridad jurídica.

Por el riguroso tratamiento científico del tema, creemos que la presente obra arroja valiosas ideas que clarifican caminos en tan importante materia.

JULIO CÉSAR RODAS MONSALVE
Becario de investigación
Universidad de Salamanca.

WINFRIED HASSEMER - FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, 236 págs.

Se proponen los ilustres profesores alemán y español presentar una visión del estado actual de la criminología y el derecho penal. Si bien el texto no corresponde propiamente a una introducción al estudio de estas ciencias, ya que por su contenido mismo la obra no tiene una estructura meramente pedagógica, sino más bien crítica y de actualización, sí proporciona al académico y al estudioso del derecho penal y de la criminología una visión informativa de lo que son algunas de las tendencias y corrientes que están en discusión en el momento, sobre puntos cruciales de ambas ramas.

Metodológicamente, el libro está dividido en dos partes: la primera se dedica a la criminología, que a su vez se subdivide en cuatro capítulos. El primero, denominado “El conocimiento de la criminalidad y del delito”; el segundo, “La criminalidad como fenómeno de la vida cotidiana”, donde se trata la problemática desde el punto de vista de su incidencia social, el impacto y la actitud de la colectividad frente al delito. El tercero, “Extensión de la criminalidad”, en el cual se trata de manera particularmente interesante una visión sobre la estadística criminal, como disciplina auxiliar de la criminología y la política

criminal; consideraciones sobre la llamada “cifra oscura”, que llevan a concluir con evidente inquietud que bajo su manto de oscuridad yacen innumerables acciones delictivas que jamás se investigan. Y el capítulo cuarto, “Concepto de conducta criminal”, en el que se exponen los conceptos de conducta “desviada” y conducta “punible”, según el ángulo de las diversas teorías, como la del *Labelling approach*.

Según advertencia de los distinguidos tratadistas, hoy en día se impone frente al saber normativo propio del derecho penal, un saber empírico que suministra la criminología. Ella brinda al derecho penal datos más o menos confiables sobre la criminalidad y el delito, datos que deberá recoger este para cuestionarse o reafirmar sus propósitos.

Se plantea la discusión sobre si el objeto de la criminología viene dado o limitado por el objeto mismo del derecho penal, o si, por el contrario, la criminología como ciencia tiene la suficiente entidad y autonomía para imponerse su propio objeto de conocimiento, sin subordinarse al que le suministre otra rama del saber jurídico. Se dice, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la criminología es, por un lado, el estudio de la “conducta desviada”, y dentro de ella también la “criminalidad”; y por otro, el proceso de definición y sanción de esa conducta desviada y de la criminalidad (el “control social”). En tanto, al derecho penal le interesa la conducta desviada, pero ya desde el punto de vista de su imputación a una persona determinada. Según ello, los conceptos de criminalidad para la criminología y para el derecho penal no necesariamente coinciden (de hecho, según el texto, son diferentes).

La segunda parte, “El derecho penal”, en la cual, como anotábamos anteriormente, no se busca tanto una introducción pedagógica a quien pretenda iniciarse en el estudio de los temas y generalidades de tan rica rama del derecho, como plantear inquietudes sobre las tendencias y modalidades de visión desde la cual se está abordando hoy en día el tema. Consecuentes con ello, los autores parten de

un concepto o argumento sobre una materia, desarrollándola para finalmente fijar una posición.

Es así como el derecho penal está encaminado actualmente a lograr una misión específica: la protección de bienes jurídicos. Se afirma tajantemente, entonces, que el legislador debe acatar siempre este principio inspirador: solo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto de derecho penal. Reconocen, sin embargo, que el concepto de bien jurídico es un concepto complejo, incluso artificial, que puede llegar a ser manipulado (como efectivamente lo manipulan, según sus intereses, ciertos regímenes políticos), y según se enfoque desde el plano del bien jurídico individual, inspirados en la “teoría personalista del bien jurídico”, o del bien jurídico universal, según se protejan los intereses colectivos, servirá a su finalidad de llegar a ejercer un efectivo control social.

El otro gran principio del derecho penal moderno es la “formalización”, el cual, lejos de contradecirse o excluirse con el de la “protección a los bienes jurídicos”, se complementa, formando una estructura sólida.

Precisamente por su condición de intervenir en los asuntos más graves que afectan a la comunidad, y de aplicar sanciones que implican hasta llegar a privar de su libertad a una persona, el derecho penal debe suministrar al procesado —y a la sociedad— toda la información y transparencia posibles, rodeándolo de las garantías fundamentales, ofreciendo, en fin, objetividad y prudencia para no contradecir su propia función de instrumento para la convivencia pacífica.

Y de esa manera observan con preocupación tan ilustres profesores cómo la tendencia es, al contrario, la “desformalización” del derecho penal, con el pretexto de lograr la “efectividad” y “funcionalización” del mismo. En nuestro medio es palpable tal situación en el hecho del paulatino traslado a las autoridades administrativas de muchos ilícitos penales cuyo conocimiento correspondía exclusivamente al órgano jurisdiccional.

⁶ Cf. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO y SUSANA HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Rafael Castellanos Editor, 1986, pág. 303.

Un conocimiento útil y productivo se forma y consolida en la medida en que se planteen tesis y se estudien sus críticas y contraargumentos. El presente volumen contiene consideraciones críticas a las legislaciones alemana y española, específicamente. Lo que no obsta para que sean válidas dichas posiciones en nuestro medio. Podrán diferir las legislaciones, pero los principios que ha logrado la civilización tienen vigencia universal: el respeto por los derechos del reo, y la observancia de todas las garantías procesales y de ejecución de penas tienen consagración positiva en la mayoría de legislaciones penales.

Para el estudioso del derecho penal, cuya dedicación ha de ser permanente, analizar todas las posiciones doctrinales posibles sobre materias penales para tomar una posición que le permita entender los fenómenos delictuales y los comportamientos mismos del hombre, es un deber fundamental. La intención de HASSEMER y de MUÑOZ CONDE es esa, finalmente.

FELIPE ALBERTO VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ.
Facultad de Derecho de la U. P. B.

BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1990, 195 págs.

La presente obra de los catedráticos de derecho penal, BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO, es presentada por sus autores como un manual didáctico dirigido a los estudiantes de los primeros niveles de la materia. No obstante, el trabajo va mucho más allá, dado que desarrolla temas de debatida actualidad, como lo es el replanteamiento de la teoría de la pena, en consideración a que constituye la primera y más importante consecuencia jurídica del delito.

Formalmente, la obra está dividida en diez capítulos, al final de los cuales se cita una amplia bibliografía en lengua castellana del tema tratado: están así mismo precedidos por

una serie de textos que conforman un auxiliar importante para facilitar el enfoque y comprensión del tema, como son, entre otros, el actual Código Penal Español, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y, como complemento lógico, la Constitución Española.

En el primer capítulo se expone brevemente la evolución histórica de los fines de la pena según las diferentes teorías, las absolutas del retribucionismo clásico y las relativas, preventivo-general y preventivo-especial, poniendo de manifiesto que su contenido depende de la ideología de cada ordenamiento jurídico; de igual forma se plantean los inconvenientes de tales teorías, entre los que se destacan los referidos al criterio resocializador frente a la actual crisis del Estado asistencial. De otra parte se descarta el fin retributivo de la pena desde un enfoque ético-jurídico, cuyo objetivo en primer lugar es el de cumplir con la función preventiva. Se retoma el concepto de prevención como función de racionalidad del derecho penal, en un marco de autolimitación de la idea de castigo.

El capítulo segundo se reserva a la pena capital, y en él se exponen las teorías antiabolicionistas; al respecto se demuestra su incompatibilidad con el objetivo resocializador y su inconveniencia ante la posibilidad de error judicial con efectos de carácter irreversible.

Se menciona el aporte del Iluminismo en el siglo XVII respecto a la reforma penitenciaria como corriente humanista y la influencia del sistema pensilvánico o filadélfico y el progresivo inglés; igualmente el retroceso que significó en esta materia el pensamiento positivista, con su método y técnica de control de la personalidad.

Los capítulos siguientes abarcan lo referido a la institución de la pena privativa de libertad, su insustituibilidad, a pesar de la crisis carcelaria, por su naturaleza perdurable en el tiempo, que permite durante su ejecución un plan de reinserción social; se trata así mis-

mo la ejecución de la pena y se formulan críticas al concepto amplio que incluye en él a las medidas de seguridad. La obra también se refiere a temas como el de la naturaleza jurídica de la norma penitenciaria, el desarrollo de la regulación en España con base en la Ley Orgánica General Penitenciaria, el aporte de la criminología en el derecho penitenciario y el análisis estadístico de la criminalidad.

Se destaca la importancia del proceso individualizador y los principios infranqueables de legalidad, la exigencia de la colectivización de los medios de ejecución de las penas como límite de carácter pragmático. Se dedican algunas páginas a otras clases de penas como la restrictiva de libertad y las pecuniarias, estas últimas como consecuencia de un enfoque político criminal moderno, menos estigmatizante para el individuo.

Al controvertido tema de las medidas de seguridad se le asigna un capítulo, en consideración a que constituyen verdaderas sanciones penales, utilizadas como medio de prevención especial, cuyo objetivo se ha visto truncado, debido, entre otros motivos, a la falta de establecimientos adecuados para la obtención de las metas propuestas. Critican el concepto de peligrosidad introducido por la

Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, se incluye en el texto una crítica fundamentada además en una sentencia del Tribunal Constitucional Español, la cual excluye del ámbito constitucional dicho concepto, con lo cual queda sin campo de aplicación la ley antedicha, dada la imposibilidad de hacerla efectiva sin quebrantar con ello el principio de legalidad.

Culmina la obra con un capítulo referido al tema de la responsabilidad civil, como otra consecuencia jurídica del delito.

Digamos finalmente que la obra reseñada constituye, sin lugar a dudas, un aporte importante respecto a una concepción moderna del tratamiento de la teoría de la pena, ya que ofrece criterios de interpretación en cuanto a la aplicación de la sanción penal, a partir de una política criminal y social dirigida a un fin resocializador con miras a efectivizar al máximo las garantías individuales. Ello, en el sentido de ser esta una exigencia del Estado de derecho como límite material al poder punitivo, teniendo en cuenta el innegable carácter instrumental de la pena como medio de control social.

VERÓNICA GÓMEZ CEBALLOS
Medellín, mayo de 1991