

## ESPLENDOR Y MISERIA DE LAS TEORÍAS PREVENTIVAS DE LA PENA\*

Prof. WOLF PAUL  
(Universidad de Frankfurt a.M.)\*\*

La tarea que me ha sido gentilmente encomendada por ROBERTO BERGALLI y JUAN BUSTOS, es de una generosa dimensión: debo tratar sobre el papel que tiene el concepto de la prevención en el derecho penal, desde la perspectiva de la filosofía del derecho. Tal asunto puede ser concebido adecuadamente en el ámbito histórico. Por eso deseo reflexionar acerca de "el esplendor y la miseria" de la idea de prevención en el contexto de la historia moderna del derecho penal. Pero antes hay que aclarar un problema metodológico básico.

Para el conocedor de los manuales de la historia del derecho penal siempre ha regido como cierto que las cruzadas y campañas históricas del derecho contra la injusticia que llamamos «crimen», han sido llevadas a cabo en nombre de altos ideales de la pena. Por esta razón ha sido considerado siempre científicamente legítimo presentar la cambiante historia del derecho penal como una historia de los ideales y de las teorías de la pena —un modo de presentación histórico-jurídico especialmente cultivado en la Alemania obsesionada por el afán teórico<sup>1</sup>.

Este culto historicista de teorías ha llevado entre otras cosas a que la historia del derecho penal se haya deformado en muchas ocasiones a una historia de peleas

\* Agradezco la ayuda recibida para la traducción del texto a FRANCISCO MUÑOZ-CONDE, Cádiz; VÍCTOR QUESADA, Granada; AGAPITO MAESTRE, en Frankfurt a.M.

\*\* Agradecemos al profesor PAUL el habernos enviado esta colaboración, y a la Revista *Poder y control* su autorización para publicarlo.

<sup>1</sup> Típicas de ese estilo de trabajo son fundamentalmente las obras del siglo XIX, como, por ejemplo: FERD. CARL THEODOR HEPP, *Kritische Darstellung der Strafrechtstheorien*, Heidelberg 1829; del mismo, *Darstellung und Beurteilung der deutschen Strafrechtssysteme, Ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgeseztgebunswissenschaft*, 2 vols., Heidelberg, 1843 y 1845. C. REINH. KÖSTLIN, *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriss*, Tübingen, 1859; CARL LUDWIG VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882; HEINZE, *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip, Handbuch des deutschen Strafrechts*, Erster Band, Berlín, 1871; LUDWIG LAISTNER, *Das Recht der Strafe*, München, 1872; KARL DAVID AUGUST RÖDER, *Die herrschenden Gundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Wiesbaden 1867; del mismo, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1870. PEDRO DORADO MONTERO, "Del derecho penal represivo al preventivo", en: *Estudios de derecho penal preventivo*, Madrid, 1901, págs. 7 y ss.

académicas o —como decía cínicamente ARTHUR SCHOPENHAUER— a “una rifa de viejas con birretes de doctores”; o a una historia oscurecida por abstractas ideas de la pena. Se puede polemizar diciendo que —como consecuencia de esto— no existe desde un punto de vista científico una historia del derecho penal que merezca dicho nombre y, por tanto, no hay una ciencia del derecho penal que esté en posesión de su objeto de conocimiento histórico<sup>2</sup>.

Sin embargo, no puede ser rechazada la historia ideal del derecho penal como una historia de puras ilusiones o como una historia ficticia. Desde la obra de MARX<sup>3</sup> sabemos que la historia ideal, en abstracto, refleja la historia real en forma mixtificada y enajenada. Puesto que la historia real, inclusive su superestructura teórica e institucional, manifiesta un proceso progresivo —tal y como la certeza de la filosofía de la historia dialéctica de HEGEL nos ha enseñado—, su estudio permite un juicio sobre el criterio de valor evolutivo de los fenómenos teóricos<sup>4</sup>. Por eso pueden ser puestas de manifiesto en el campo de la reflexión crítico-histórica las funciones progresistas de ideas y teorías, al mismo tiempo que pueden ser determinados los distintos niveles del progreso. Solo es posible volver, en la teoría de la pena, a un nivel anterior al precio de una pérdida de racionalidad. En este sentido, deseo reflexionar en esta contribución sobre el esplendor y la miseria de la idea de prevención en la nueva historia del derecho penal.

Además, tendría que tratar la cuestión de si el gran discurso tradicional de las teorías de la pena —como fue cultivado en el pasado y en parte todavía hoy— contiene perspectivas de futuro para el derecho penal, y de si, por tanto, este discurso efectivamente podría corresponder a la pretensión siempre actual de producir una orientación paradigmática en la lucha por un derecho penal mejor.

La pregunta a la historia de la teoría de la pena es por tanto la siguiente: ¿en qué medida han contribuido, en la más reciente historia, las grandes ideas sobre la pena como “retribución”, “intimidación”, “expiación”, “prevención” en la lucha por un derecho penal mejor? En la real historia progresiva del derecho

<sup>2</sup> Los pocos intentos de describir la historia del derecho penal, no solo como la historia de las teorías, normas, formas e instituciones, sino como historia social, considerados debidamente como los pioneros en el campo del derecho penal, son, por ejemplo, los de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Nueva York, 1939; MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et Punir. La naissance de la prison*, París, 1975; DAVID F. GREENBERG, *Crime and Capitalism*, Palo Alto, 1981; DARIO MELOSSI/MASSIMO PAVARINI, *The Prison and the Factory*, Londres, 1981.

<sup>3</sup> Cfr. especialmente: *El manifiesto filosófico de la Escuela Histórica del Derecho*, 1842; también *La Ideología Alemana*, 1846. La frase conocida de MARX: “Es gibt keine Geschichte des Rechts”, había ya denunciado el dilema del acatamiento historicista. Cfr. al respecto WOLF PAUL, “Marx versus Savigny”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núms. 18-19 (1978/1979), del mismo, “¿Existe la teoría marxista del Derecho?”, en: *Sistema*, núm. 33 (1979).

<sup>4</sup> Cfr. en general para ello JÜRGEN HABERMAS, “Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts”, en: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt a.M., 1976, págs. 260 y ss.; adicionalmente HERMANN KLENNER, “Anfang und Ende des bürgerlichen Naturrechts”, en: *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, Berlín, 1984, págs. 15 y ss.

penal, ¿ellas han sido efectivas como fuerzas productivas ideológicas o no han sido más que meros epifenómenos académicos?<sup>5</sup>.

La respuesta provisional es que estos ideales han desarrollado, en la evolución histórica del derecho penal, un papel activo como paradigmas en el hacer y pensar jurídico-político, y todavía hoy desarrollan este papel. Siendo consciente de mi escepticismo ante el papel de las ideas en la historia real, y sabiendo que “los ideales se comprometen siempre cuando olvidan el interés” (MARX), a pesar de ello creo que la más moderna historia de las teorías de la pena puede ser entendida como una historia de la lucha por un derecho penal mejor. Claro está, dicha tesis implica que la historia de la teoría de la pena ha de ser al mismo tiempo entendida como una historia del fracaso de la lucha por un derecho penal mejor.

Para poder mínimamente dominar este tema, utilizo el viejo privilegio del filósofo del derecho: poder manifestarme de una forma abstracta, y me limitaré a tratar mi tema en un plano general, metodológico-epistemológico.

—I—

El problema del sentido de la pena en la naturaleza del derecho penal, no conoce límites nacionales o culturales. Como lo demuestra la historia de las teorías de la pena, existen afinidades, tanto en la comprensión como en las respuestas que la filosofía del derecho europea ha dado en el transcurso del tiempo a estas cuestiones fundamentales. Todas las ciencias jurídicas europeas tienen el mismo origen cultural, que no es otro que la antigua filosofía occidental del derecho, con las modificaciones coyunturales propias de cada época. Este marco tradicional dentro del cual se trata el problema de la pena y se buscan “soluciones” fundamentales bajo las condiciones del respectivo contexto social, ha permanecido inalterado durante siglos.

Tampoco el discurso teórico actual sobre la pena ha podido prescindir de este marco tradicional<sup>6</sup>. El viejo dualismo entre teorías absolutas y relativas de la pena sigue todavía caracterizando los frentes de la discusión, pero las viejas antinomias de los fines de la pena no han sido aún superadas. Por cierto que el “moderno” paradigma preventivo ha traído nuevos acentos y ha abierto nuevas perspectivas, sin que por ello se pueda decir que estamos en los inicios de una nueva teoría ni que las teorías “clásicas” sobre los fines de la pena hayan sido derrotadas. Las modernas distinciones entre prevención general “negativa” y “positiva” y entre prevención especial “negativa” y “positiva”, etc., solo ponen de manifiesto cambios de acento y quizá posibiliten un nuevo tipo de relaciones entre los fines de la pena que, aunque conocidos, no representan ninguna innovación fundamental. *De facto*

<sup>5</sup> Para las dificultades metódicas con la pregunta, ¿por qué se producen cambios en derecho penal?: GERD H. WÄCHTER, “Der doppelte Charakter des Strafrechts Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts?”, en: *Kritische Justiz*, 1984, págs. 161 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. por ejemplo JOSÉ CERBEZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, 1976, págs. 18 y ss.

sigue siendo dominante una teoría integradora que, desde SÉNECA, abarca tanto el *quia peccatum est* como el *ne peccetur*<sup>7</sup>. En las palabras del Tribunal Constitucional<sup>8</sup>: “La pena sirve a la retribución junto con la intimidación y la corrección del delincuente”.

Luego, ¿podría decirse que los filósofos del derecho europeos solo han interpretado el derecho penal de manera diferente pero que no lo han cambiado?

## II

La respuesta a este interrogante de carácter teórico-marxista podría ser formulada retrospectivamente en el desarrollo del derecho penal moderno: los teóricos de la pena no solo han interpretado la pena de manera diferente, sino que también han iniciado cambios específicos. El llamado “moderno” discurso sobre las teorías de la pena en el que han participado decisivamente también los krausistas y correccionalistas españoles<sup>9</sup>, reflejan en este sentido, a pesar de la inmovilidad de los principios de que parten sus pensamientos, una nueva dimensión. Esta nueva dimensión consiste en que la discusión sobre las teorías de la pena ya no se considera tanto como un problema teórico y filosófico-argumentativo, sino que se dirige expresamente a la praxis del derecho penal. La praxis se convierte así en la prueba de la teoría. A través de la praxis debe ser demostrada la postulada racionalidad de la pena, su verdad, es decir, su realidad y poder, su capacidad de fundamentación real. La efectividad de la pena respecto a la realización del objetivo, se convertirá en el criterio de fundamentación y justificación de la pena. Finalmente, por la intervención de FRANZ VON LISZT y de su “escuela moderna”, la “praxis” será la condición constitutiva de la validez de las teorías de la pena<sup>10</sup>. La experiencia decidirá sobre la comprensión racional de la pena.

El mismo VON LISZT<sup>11</sup> demostró hasta qué punto la inclusión sistemática de la praxis empírica en el discurso sobre las teorías de la pena produjo una nueva

<sup>7</sup> De *Clementia*, I, 21; De *Ira*, I.5.14-16; “...nam, ut Plato, ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur, revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur ... ergo nec homini nocemus quia peccavit, sed ne peccet, nec unquam ad praeteritum, sed ad futurum poena refertur...”.

<sup>8</sup> Así, la sentencia del Tribunal Constitucional en su decisión publicada en el t. 21, pág. 348.

<sup>9</sup> Al respecto, WOLF PAUL, *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht. Erinnerung an die Strafrechtsphilosophie von Karl Christian Friedrich Krause und deren Rezeption durch den Krausismo Español*, Frankfurt a.M., 1986; cfr. adicionalmente la exposición de JOSÉ ANTONIO ONECA, “La teoría de la pena en los correccionalistas españoles”, en *Estudios jurídico-sociales, libro homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra*, vol. II, Santiago de Compostela, 1960, págs. 105 y ss.; JOSÉ CEREZO MIR, *op. cit.*, (nota 6), 2ª ed., 1981, págs. 99 y ss.; JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Introducción, Barcelona, 1981, págs. 185 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1982, págs. 266 y ss.

<sup>10</sup> Así, WINFRIED HASSEMER, “Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht”, en: HASSEMER, LÜDERSSEN, NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, págs. 39 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. “Das Verbrechen als social-pathologische Erscheinung (1898), Die Kriminalität, der jugendlichen (1900)”, en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band, Berlin, 1905, págs. 230 y s., 231 y ss.

dimensión cualitativa: las cifras oficiales de la estadística criminal del Reich desde 1882-1897 le daban la prueba para la cuestionabilidad principal del Código Penal de 1871, un código eminentemente retributivo y preventivo general. Con base en un juicio eliminatorio, la nueva ley no tenía efectos y tampoco sentido porque era ineficaz para llegar a conseguir los objetivos principalmente perseguidos por ella. Consecuentemente, constató “el fracaso total, la bancarrota de toda la administración de justicia penal en el país”<sup>12</sup>. El resultado desilusionante del análisis de VON LISZT lo resumió en las siguientes tesis<sup>13</sup>:

“La probabilidad de que alguien cometa un crimen, es mayor si fue condenado anteriormente que si no lo fue”.

“La probabilidad de que alguien cometa un crimen crece con el número de los antecedentes penales sufridos”.

“La probabilidad de que un excarcelado cometa de inmediato un nuevo crimen crece con la duración de las penas cumplidas”.

“Si un joven o ya adulto delincuente comete un delito y le dejamos en libertad, hay menos probabilidades de que vuelva a delinquir que si le castigamos”<sup>14</sup>.

La desilusión de VON LISZT fue total: “No puede ser pensada una condena más rígida de nuestro sistema penal contemporáneo como la que ha sido expresada en estas cuatro tesis. Nuestras penas no producen ni corrección ni intimidación, ellas no producen de ningún modo prevención, es decir, no impiden la criminalidad; al contrario, ellas tienen efecto como un fortalecimiento de los impulsos criminales”<sup>15</sup>. Con ello los fines intimidatorios y el sentido de la justicia del paradigma dominado por las tesis de KANT, HEGEL y FEUERBACH se habían revelado en la práctica como ilusorios y como pura fachada legitimadora.

Cuando FRANZ VON LISZT hacia el final del siglo pasado, se hizo la pregunta crítica sobre los efectos prácticos del concepto de la pena dominante, entonces esa pregunta tenía un carácter progresista. Ella se situaba en el “nuevo horizonte”<sup>16</sup> de una comprensión teleológica de la pena; y estaba basada en los nuevos datos de investigación que se habían conseguido en el ámbito de las ciencias criminales etiológicas<sup>17</sup>. A consecuencia de ello la pena, según el programa de reforma de LISZT, no debería ser una reacción retributiva ciego-automática al crimen sino

<sup>12</sup> Ebd., pág. 339, también 326.

<sup>13</sup> Ebd., pág. 241.

<sup>14</sup> Ebd., pág. 339.

<sup>15</sup> Ebd., pág. 241, también 325.

<sup>16</sup> En este sentido ADOLF MERKEL, “Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der «Neuen Horizonte» in der Strafrechtswissenschaft”, en *Feld Festgabe Rudolf von Ihering*, Strassburg, 1892.

<sup>17</sup> Al respecto, V. LISZT, “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, *op. cit.*, (nota 11), págs. 75 y ss. Sobre el desarrollo de las ciencias criminales en el siglo XIX, cfr. ROBERTO BERGALLI, “Perspectiva Sociológica: sus orígenes”; y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “La criminología”, en: *Pensamiento Criminológico*, I, un análisis crítico. Obra dirigida por R. BERGALLI y J. BUSTOS, Barcelona, 1983, págs. 91 y ss., 15 y ss.; también KLAUS LÜDERSSEN, *Kriminologie*, Baden-Baden, 1984, págs. 210 y ss.

una acción racional de objetivos conscientes de lucha anticriminal<sup>18</sup>. Consecuentemente, la pena tendría que ser concebida como pena racional con objetivos preventivos, cuya racionalidad se conseguirá como instrumento<sup>19</sup> en la lucha contra las causas de la criminalidad. La teoría de la pena en su concepto preventivo fue una consecuencia directa del paradigma ilustrado de las ciencias sociales que comenzó a imponerse al final del siglo pasado en todos los ámbitos científicos<sup>20</sup>.

El progreso cognitivo articulado por la escuela moderna de VON LISZT no solo cambió radicalmente los frentes del discurso teórico penal, sino también los presupuestos y los criterios para el contenido y la extensión de la pena y de sus procesos de amenaza, sanción y ejecución. Esto significaba que el predominio de la teoría de la pena absoluta fue definitivamente roto. Comenzó irreversiblemente la época de la despedida de KANT y HEGEL<sup>21</sup>, que había mantenido, durante muchos decenios la doctrina "majestuosa"<sup>22</sup> de la pena retributiva con encantos líricos y legitimaciones idealistas.

### III

En el ámbito del derecho penal el cambio de paradigma principal se ha realizado en Alemania desde FRANZ VON LISZT; en España *cum grano salis* y desde CARLOS ROEDER<sup>23</sup>, FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS<sup>24</sup> y DORADO MONTERO<sup>25</sup>. Desde entonces la "moderna" teoría teleológica de la pena ha acogido, en lugar de la teoría absoluta, la función orientadora dominante<sup>26</sup>. La pena se fundamenta exclusiva-

<sup>18</sup> V. LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), *op. cit.* (nota 11), Erster Band, págs. 126 y ss.

<sup>19</sup> Sobre la historia del concepto de Racionalidad y del actuar instrumental, cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»*, Frankfurt a.M., 1968.

<sup>20</sup> Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften. Materialien*. Frankfurt a.M., págs. 71 y ss.

<sup>21</sup> En este sentido, ULRICH KLUG, "Abschied von Kant und Hegel", en: J. BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt a.M., 1968, pág. 36 (41).

<sup>22</sup> Alusión a la frase de R. MAURACH: "Die vornehmste Eigenschaft der Vergeltungsstrafe ist ihre zweckgelöste Majestät", en: *Deutsches Strafrecht. Allgem. Teil*, Karlsruhe, 4. Aufl., 1971, pág. 77.

<sup>23</sup> El enlace aquí aludido de LISZT con RÖDER está demostrado. V. Liszt había asistido en 1874 en Heidelberg al curso de Röder sobre ejecución penal y posteriormente esto le benefició en su propuesta reformista de la ejecución como expresión de la teoría del fin, cfr. v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* 1. Aufl.; adicionalmente en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* Bd. 3.

<sup>24</sup> FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS y ALFREDO CALDERÓN, *Principios de derecho natural*, Madrid, 1916; al respecto LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Don Francisco Giner de los Ríos y el derecho penal", en: *El Criminalista*, t. VIII, Buenos Aires, 1966, págs. 245 y ss.

<sup>25</sup> PEDRO DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1910; al respecto, MARINO BARBERO SANTOS, "Remembranza del profesor Salmantino, etcétera, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, págs. 349 y ss.

<sup>26</sup> Así, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Corsi e ricorsi. Die Wiederkehr Franz von Liszt", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 81 (1969), págs. 685 y ss.; WERNER MAIHOFER, en *Prävention und Strafrecht, Tagungsberichte der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft*, v. 4.12.1976, Heidelberg-Hamburg, 1977, págs. 13 y ss.

mente en la finalidad racional y en el éxito de la realización de ese fin. Solo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa. Introduciendo confianza en la nueva arma política criminal, los penalistas "modernos" han enfrentado las batallas contra la criminalidad con optimismo. Con certeza científica han alimentado la expectativa de que la praxis confirme la verdad y la validez de los fines preventivos por ellos propagados.

Esa expectativa es la consecuencia lógica del enfoque sociológico empírico de la teoría preventiva. Es decir, para ella no es suficiente que el mal que la pena representa se justifique, categórica o especulativamente, con un fin bueno. Solo puede admitirse y legitimarse si además ese fin resocializador y corrector del delincuente, por ella propagado, se realiza en la práctica como una consecuencia empíricamente comprobable. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con la teoría absoluta, la validez de la teoría relativa de la pena se hace depender en la práctica irrevocablemente de su verificación empírica.

Pero si la piedra de toque de la teoría relativa es la verificación de la consecuencia externa beneficiosa, quiere decir que el acento se pone en la praxis de la ejecución penal y del sistema penitenciario. La tendencia preventivo-especial entiende que la esencia de la pena se deriva de la realidad que se refleja de la práctica y, por ello, exige del legislador que las disposiciones sobre clases de pena y medición de la pena se configuren en función del sentido y del fin de su ejecución, exigiendo al mismo tiempo del juez que oriente sus decisiones en función de las consecuencias, etc. En el centro de la nueva actividad política criminal de las agencias jurídicas penales está el individuo delincuente<sup>27</sup>.

La siguiente evolución histórica del derecho penal en Europa pone de manifiesto que estas iniciales esperanzas optimistas que se pusieron en el paradigma preventivo —y que todavía hoy se mantienen— no se han cumplido. Con base en experiencias tenidas especialmente en Alemania, donde la reforma del derecho penal y penitenciario orientada hacia la prevención no solo se magnifica, sino que además se pretende llevar a cabo<sup>28</sup>, se puede manifestar y comprobar empíricamente el esplendor y la miseria de la teoría de la pena preventiva en el ámbito práctico. Numerosas investigaciones sociológicas han demostrado que el sistema penitenciario no está en condiciones de realizar su misión resocializadora. A falta de un concepto consistente y efectivo que pudiera en la práctica transformar las metas de la ley general penitenciaria, se iba imponiendo prácticamente un concepto de tratamiento puramente tecnocrático —instrumental— inspirado en los principios de "orden y seguridad". Las consecuencias se pueden comprobar con posterioridad en las altas cifras de reincidencia.

<sup>27</sup> Cfr. V. LISZT, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, *op. cit.*, nota 11, Zweiter Band, pág. 170.

<sup>28</sup> Cfr. por ejemplo, H. BÖHM, *Strafvollzug*, Frankfurt a.M., 1979, págs. 31 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT, Prólogo a *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, de CARLOS GARCÍA VALDÉS, 2ª ed., Madrid, 1982.

Cien años después de la orientación lisztiana de la teoría de la pena a la finalidad racional, sobre todo al paradigma de la prevención especial, dejan entreverse el excepticismo<sup>29</sup> y la resignación. El modelo de la prevención ocupa, sin duda, un puesto progresivo en la lucha por un derecho penal más efectivo y mejor, pero su significado desde el punto de vista político-criminal es pobre. Una valoración histórica global demuestra que la teoría relativa de la pena no ha superado en Europa la prueba de fuego de la confirmación práctica y, como consecuencia de esta carencia de pruebas de su efectividad, su validez práctica general —si bien no en determinados casos concretos— es puesta en duda. Los resultados positivos que la puesta en práctica de la prevención especial han obtenido en Suecia<sup>30</sup>, solo pueden ser valorados como una expectación dentro de la tendencia general negativa.

#### IV

Como quintaesencia de los esfuerzos “modernos” para una reforma del derecho penal, se deja comprobar que la teoría teleológica no ha llenado las esperanzas filosófico-políticas en ella depositadas para un mejor y más práctico control de la criminalidad. La “praxis”, y a través de ella la manifiesta realidad del crimen, ponen de relieve la insuperable barrera del impulso reformista teórico. Ello significa que la tradicional discusión sobre las teorías de la pena, no solo se encuentra en crisis, sino que incluso ha dejado de ser actual. Ha perdido su vitalidad heurística, progresiva e innovadora. Frente a la práctica, la idea de la prevención se presenta cada vez más como principio desfuncionalizado, es decir, como fantasma teórico.

Desde el punto de vista histórico, por tanto, el derecho penal hoy se encuentra en una situación discrepante entre su propio pasado y su presente. Esto es, el derecho penal padece, por una parte, una irremediable y progresiva esclerosis en la vieja discusión sobre las teorías de la pena y al mismo tiempo de una vitalidad producida por la praxis, praxis que paradójicamente es la causante de esta esclerosis. Esta “praxis” se ha ‘emancipado’ y aislado del discurso filosófico-científico. Esta división teoría-praxis caracteriza la situación presente. Con ello queda abierta de nuevo la cuestión sobre el sentido de la pena y la misión del derecho penal para la presente filosofía del derecho penal. El paradigma de la prevención como tal se encuentra sometido, por tanto a debate. Esto quiere decir que, después de haber reconocido la progresiva desactualización —o incluso “extinción”— del concepto de prevención, su futuro ha de ser tratado de nuevo filosóficamente. Esta necesidad de renovación de la discusión sobre la teoría de la pena se ha puesto de manifiesto tras los diversos esfuerzos de reforma del derecho penal realizados en muchos países europeos<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Al respecto, WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984, Traducción y notas de FRANCISCO MUÑOZ-CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO, págs. 352 y ss.; adicionalmente HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, “Über die Schwierigkeit, durch ein Gesetz eine Reform zu bewirken”, en: *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, págs. 869 y ss.

<sup>30</sup> Al respecto, SIMSON, “Die Position der Kriminalpolitik in Schweden”, en *Verleihung der Beccaria-Medaille*, 1977 y 1979, Heidelberg, 1981, págs. 53 y ss.

<sup>31</sup> Al respecto, ROBERTO BERGALLI, “Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales”, en: *La Reforma del derecho penal*, II, ed. SANTIAGO MIR PUIG, Bellaterra, 1981, págs. 68 y ss.

A pesar de la gran semejanza en la valoración de la situación histórica bajo estas reformas, parece imperar la perplejidad y la inseguridad en la cuestión por el futuro del derecho penal<sup>32</sup>. No parece haber un gran consenso sobre el ‘cómo’ y el ‘hacia dónde’ de las reformas. Esto es, por el momento parece poco claro cuáles serán las tendencias y perspectivas generales para un desarrollo histórico del derecho penal, así como resulta incierta la cuestión de los caminos concretos que han de ser recorridos para libertar el derecho penal de la crisis de sus legitimaciones y del disfuncionamiento ideológico de sus instituciones. De ahí que se pueda plantear la relevancia o no que hoy pueden tener las iniciativas y reflexiones filosóficas para una renovación de la teoría de la pena, en la reforma del futuro derecho penal.

Por lo que a mí se refiere, no tengo dudas de que la filosofía del derecho penal podrá tener esa importancia, y que las condiciones presentes son favorables en este respecto. Ahora bien, esto solo sería posible bajo un cambio metodológico. Esto significa que este discurso ha de salir del marco metodológico tradicional y pasar a una nueva dimensión.

Es sabido que las cuestiones básicas por el sentido de la pena y la misión del derecho penal no pueden ser discutidas y “solucionadas” en el ámbito interno tradicional de la historia del pensamiento y la forma esotérica del discurso de principios. Hoy no es posible la aclaración de las cuestiones a través de teorías, y menos aún de las clásicas. La despedida de KANT, HEGEL, FEUERBACH y otros doctrinarios de una época ya pasada es una condición necesaria para una evolución del derecho penal.

La segunda condición necesaria consiste en que los conocimientos teóricos sobre la pena han de ser situados en la realidad social del momento histórico, esto es, en las condiciones de la praxis real del derecho penal donde se producen las complejas formas de iniciación y realización de la pretensión punitiva del Estado. Esto supone que la praxis real de la pena tiene que ser el punto de partida y de orientación metodológica de la reconstitución de la teoría de la pena.

Las ventajas estratégicas de esta intención epistemológica son claras. Por un lado, los errores idealistas del pasado serán evitables o casi imposibles. Así, se impide que el pensamiento teórico se oponga doctrinariamente a la práctica —ya sea con principios nuevos o viejos—, y que exija, *hic Rhodus, hic saltá*, la realización de estos principios ideales en la praxis. Las nuevas condiciones harán perder el tradicional modo de pensar postulativo-ideal. En este contexto, el recurso a MARX en su tesis 11 sobre FEUERBACH permanece tan actual como productivo.

Por otro lado, este cambio de punto de vista epistemológico abre una dimensión de conocimiento concreta y realista que la tradicional posición abstracta e idealista desconoce. Con ello, la discusión sobre las teorías de la pena obtiene una posibilidad de acceso directo y concreto a la realidad y al mismo tiempo una perspectiva real sobre el mundo de la experiencia. Solo sobre estas bases podría hacerse posible un cambio en la “praxis”. La teoría concreta sobre la pena —orientada a un cambio

<sup>32</sup> En sentido análogo, FRANCISCO MUÑOZ-CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, particularmente, págs. 121 y ss.

real en la "praxis"— ha de crecer en ella y redirigir su orientación paradigmática y aclaración a esta. La discusión teórica sobre la pena, por tanto, ha de constituirse con el análisis empírico de la "praxis" y repercutir en su conciencia crítica.

Esta posición de un realismo epistemológico tiene como objeto inmediato de conocimiento la realidad de la "praxis", implicando un proceso de conocimiento dialéctico que corresponde a este punto de salida reflexivo. El sentido real de la pena, que en la discusión hermenéutica tradicional solo aparece en forma idealizada y a menudo mixtificada, bucea en el análisis del contenido dialéctico de la praxis real. Aquí se parte de la base, no obstante, de que el sentido real de la pena no es tan fácilmente perceptible en la realidad, o deducible mediante una reducción lineal materialista<sup>33</sup>, sino, como ya dijo MARX<sup>34</sup>, tiene que ser desarrollado "en las propias formas de la realidad existente como su verdadera realidad".

Esto quiere decir: la metodología realista da forma a un proceso de análisis de la praxis real de la pena según el modelo de la dialéctica negativa. Esta procede, como dice ERNST BLOCH<sup>35</sup>, en la forma de "un descubrimiento detector y detectivesco", dirigiéndose a la conciencia ideológica y falsa que es la conciencia institucionalizada en la forma del derecho, articulada en el lenguaje jurídico oficial y cultivada en la política jurídica, filosófica y científica del derecho. El proceder crítico descubre el momento ideológico en la contradicción inmanente entre los fines oficiales de la pena y su uso práctico, esto es, entre teoría y práctica. "Ideología" es, según MARX<sup>36</sup>, la "real y existente mentira" practicada, y precisamente la crítica que denuncia esta mentira crea, con ello, unas bases de conocimiento real para un cambio de la praxis real y para una nueva discusión sobre las teorías de la pena.

La cuestión por los nuevos horizontes de los esfuerzos teóricos, desde una perspectiva actual, y con ello el desarrollo paradigmático, para futuras reformas penales, pasa por los presupuestos de la praxis. Solo la negación dialéctica de la praxis jurídico-penal<sup>37</sup> crea las condiciones para una teoría realista de la pena, en la que las intenciones emancipatorias del hombre y la realización práctica se unen efectivamente. Esto es, una teoría que pueda ser paradigmática y pueda evitar ilusiones idealistas y también sus propias ideologizaciones políticas en el futuro<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Una crítica del método reduccionista lineal en una teoría del derecho materialista-histórica, cfr. WOLF PAUL, "Las dos caras de la teoría marxista del Derecho", en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985-1986.

<sup>34</sup> Carta a Ruge, 1843.

<sup>35</sup> "Der Wissenschaftsbegriff des Marxismus", en *Über Karl Marx*, Frankfurt, 1968, págs. 145 y ss. (147).

<sup>36</sup> "Kritik der Hegelschen Staatsphilosophie", en: *Die Frühschriften* (ed. S. Landschut), Stuttgart, 1953, pág. 46.

<sup>37</sup> Respecto a procedimientos negativo-dialécticos, cfr. DIETRICH BÖHLER, "Zu einer historisch-dialektischen Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts. Probleme einer Rechts und Sozialphilosophie nach Marx", en: *Probleme der marxistischen Rechtstheorie* (ed. H. Rottheuthner), Frankfurt, 1975, págs. 92 y ss.

<sup>38</sup> En estas reflexiones se trata nada menos que de ajustar la independencia política de la ciencia criminal, continuamente en peligro. Respecto de las ciencias del orden y la disciplina al servicio del poder político, cfr. PETER STRASSER, *Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen*, Frankfurt-Nueva York, 1984.

Después de haber esbozado el cuadro histórico, es posible valorar más precisamente la cuestión del esplendor y la miseria de la idea preventiva. Lo que —en las condiciones sociales, políticas y culturales del último siglo— ha nacido como idea progresiva y ha sido formulado por la escuela 'moderna' del derecho penal (—en España a través de los krausistas y correccionalistas—) y concretado mediante un programa politicocriminal, esto es, la idea de la prevención para evitar exitosamente la reincidencia y la reiteración en, por y a pesar del derecho penal y la política criminal, no ha sido todavía superado.

Por el contrario esta idea se ha convertido en paradigma indiscutible del siglo XX. No hay alternativa real en perspectiva. La idea de RADBRUCH<sup>39</sup> —reforzada por el marxismo— de que la finalidad de toda teoría de la pena no es conseguir un "derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal", tiene que ser considerada, en las condiciones de la sociedad actual, como algo irreal y utópico.

A pesar de su posición paradigmática, la idea de la prevención y el *Zweckstrafrecht* ha caído con el veredicto de *nothing Works* (R. Martinson). No solo faltan pruebas empírico-criminológicas de que el *Zweckstrafrecht* produce un efecto revulsivo preventivo-general e individual contra la criminalidad, sino que además hay suficientes indicios y pruebas empírico-criminológicas de que el derecho penal preventivo, en muchos casos, es un arma inefectiva y disfuncional. Me refiero con ello principalmente a aquellos ámbitos interferidos por frecuentes comportamientos criminales como los del derecho penal juvenil<sup>40</sup>, de tráfico de automóviles<sup>41</sup> y de drogas<sup>42</sup>, de medio ambiente<sup>43</sup> y otros. El hecho de que el control jurídico-penal en la realidad empírica no funcione, radica en que —como espero haber demostrado— la concepción teórica de un derecho penal orientado hacia fines parte de una ilusión, o sea de presupuestos idealistas. El concepto preventivo puede esperar una conformación práctica y un éxito real solo cuando deje de observar la praxis real como 'objeto', es decir, cuando no se oponga a la praxis de una forma abstracta, doctrinaria y postulativa con razonamientos 'constructivos' sobre posibilidades y deberes, sino que se base en las realidades de la criminalización y la penalización prácticas.

Esto significa, por un lado, que la misma teoría aniquila sus propias ideas ilusorias sobre la praxis, y observa que esta constituye una realidad autónoma y propia en sí, con sus propias necesidades, máximas y leyes. Con ello, la teoría ha de tener en cuenta, desde una distancia crítico-ideológica, que según la perspectiva pragmática de la praxis del derecho penal, este no es más que un derecho instrumental

<sup>39</sup> *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. (ed. E. Wolf y H. P. Schneider), Stuttgart, 1973, pág. 265.

<sup>40</sup> Cfr., por ejemplo, SIEGFRIED LAMNEK, "Spezialpräventive Wirkungen jugendrichterliche Massnahmen", en: (ed. P.A. ALBRECHT y H. SCHÜLER-SPRINGORUM), *Jugendstrafe an Vierzehn und Fünfzehnjährigen*, München, 1983, págs. 17 y ss.

<sup>41</sup> Por ejemplo, GÜNTHER KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen, 1970.

<sup>42</sup> Por ejemplo, ARTHUR KREUZER, *Jugend-Rauschdrogen-Kriminalität*, Wiesbaden, 1978.

<sup>43</sup> Por ejemplo, WILLY R. LÜTZENKIRCHEN, *Verbrechen ohne Richter*, Köln, 1972.

aniquilatorio de enemigos sociales (*Feindstrafrecht*); que además la lejana ciencia y filosofía del derecho penal sirven exclusivamente para el uso legitimatorio; que además las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción sicofísica y de internamiento. En consecuencia, el concepto preventivo 'educar' se convierte, dentro de los reformatorios juveniles, en un sinónimo de degradación, subordinación y adaptación forzada<sup>44</sup>, y no precisamente de emancipación humana; que además el derecho penal no comienza y acaba en la sala de justicia, sino que comienza con las "trampas de normas jurídicas" y con la actuación policial-criminalista en el campo predelictual, y no acaba tras la ejecución de la pena.

La exigencia de la mediación práctica de la teoría bajo los presupuestos de la praxis, se entiende no solo de una forma negativa como análisis empírico y crítico de la praxis, sino que, a la vez, positivamente como la necesidad de realizar con la praxis y a partir de la praxis un derecho penal mejor. Esto significa realizar una prevención criminal que evite con éxito consecuencias sociales dañinas. El derecho penal preventivo debe ser concebido de una forma que el proceso político-criminal pueda ser cumplido como proceso de 'implementación' (ejecución práctica) de una manera controlada y eficiente.

Pienso que la mediación realizada de la teoría con la práctica y de la práctica con la teoría, constituyen la condición necesaria para que la historia futura del derecho penal no se desarrolle en la nebulosa de los ideales, esto es, que no se continúe como la historia secreta y real de venganza, retribución, opresión, humillación y desprecio para el ser humano.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J. (1960): *La teoría de la pena en los correccionistas españoles*, en "Homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra", vol. II, Santiago de Compostela.
- BAR, C. L. v. (1882): *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín.
- BARBERO SANTOS, M. (1970): *Remembranza del profesor Salmantino*, etc., en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, Homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa", Buenos Aires.
- BERGALLI, R. (1981): *Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales*, en: "La reforma del derecho penal", II, ed. Santiago Mir Puig, Bellaterra.
- BERGALLI, R. (1983): *Perspectiva sociológica: sus orígenes*, en: "El pensamiento criminológico, I, un análisis crítico". Obra dirigida por R. Bergalli y J. Bustos, Barcelona.
- BÖHM, H. (1979): *Strafvollzug*, Frankfurt a.M.
- BÖHLER, D. (1975): *Zu einer historisch-dialektischen Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts. Probleme einer Rechts und Sozialphilosophie nach Marx*, en: "Probleme der marxistischen Rechtslehre" (ed. H. Rottleuthner), Frankfurt a.M.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1983): *La Criminología*, en: "El pensamiento criminológico, I, un análisis crítico", cit., Barcelona.

<sup>44</sup> Cfr. WERNER HEINZ y SALOMON KORN, *Sozialtherapie als Alibi? Materialien zur Strafvollzugsreform*, Frankfurt a.M., 1973.

- CEREZO MIR, J. (1976): *Curso de derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, 1981.
- DORADO MONTERO, P. (1901): *Del derecho penal represivo al preventivo*, en: "Estudios de derecho penal preventivo", Madrid, (1910); del mismo *El derecho protector de los criminales*, Madrid.
- FOUCAULT, M. (1975): *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, París.
- GIMBERNAT, E. (1982): *Prólogo a Comentarios a la ley General Penitenciaria de Carlos García Valdés*, 2ª ed., Madrid.
- GINER DE LOS RÍOS, F. y CALDERÓN, A. (1916): *Principios de derecho natural*, Madrid.
- GREENBERG, D. F. (1981): *Crime and Capitalism*, Palo Alto.
- HABERMAS, J. (1968): *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*, Frankfurt a.M.
- HABERMAS, J. (1970): *Zur Logik der Sozialwissenschaften Materialien*, Frankfurt a.M.
- HABERMAS, J. (1976): *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, en: "Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus", Frankfurt a.M.
- HASSEMER, W. (1983): *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, en: HASSEMER, LUDERSSEN, NAUCKE, "Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?", Heidelberg.
- HASSEMER, W. (1984): *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona.
- HEINZ, W. y KORN, S. (1973) *Sozialtherapie als Alibi? Materialien zur Straf vollzugsreform*, Frankfurt a.M.
- HEINZE (1971): *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprinzip. Handbuch des Deutschen Strafrechts*, vol. I, Berlín.
- HEPP, F. C. T. (1829): *Kritische Darstellung der Strafrechtstheorien*, Heidelberg.
- HEPP, F. C. T. (1843 y 1845): *Darstellung und Beurteilung der Deutschen Strafrechtssysteme. Ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie und der Strafgesetzgebungswissenschaft*, 2 vols., Heidelberg.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1969): *Don Francisco Giner de los Ríos y el derecho penal*, en: "El Criminalista", t. VIII, Buenos Aires.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1969): *Corsi e ricorsi. Die Wiederkehr Franz von Liszt*, en: "Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft".
- KAISER, G. (1970): *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen.
- KLENNER, H. (1984): *Anfang und Ende des bürgerlichen Naturrechts*, en: "Vom Recht der Natur des Rechts", Berlín.
- KLUG, U. (1968): *Abschied von Kant und Hegel*, en: J. Baumann (ed.), "Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer", Frankfurt a.M.
- KÖSTLIN, C. R. (1859): *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriss*, Tübingen.
- KREUZER, A. (1978): *Jugend-Rauschdrogen-Kriminalität*, Wiesbaden.
- LAISTNER, L. (1872): *Das Recht der Strafe*, München.
- LAMNEK, S. (1983): *Spezialpräventive Wirkungen jugendrichterliche Massnahmen*, en: (ed.) P. A. ALBRECHT y H. SCHÜLER-SPRINGORUM, "Jugendstrafe an Vierzehnjährigen", München.
- LISZT, F. v. (1898): *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, Berlín.

- LISZT, F. v. (1900): *Die Kriminalität der Jugendlichen*, en: "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. II, Berlin, 1905.
- LÜDERSSEN, K. (1984): *Kriminologie*, Baden-Baden.
- LUTZENKIRCHEN, W. R. (1972): *Verbrechen ohne Richter*, Köln.
- MAIHOFFER, W. (1977): en: *Prävention und Strafrecht. Tagungsberichte der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft*, en 4.12.1976, Heidelberg-Hamburg.
- MAURACH, R. (1971): en: *Deutsches Strafrecht. Allgem. Teil*. Karlsruhe.
- MELOSSI, D. y PAVARINI, M. (1981): *The Prison and the Factory*, London.
- MERKEL, A. (1892): *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der «Neuen Horizonte» in der Strafrechtswissenschaft*, en: «Feld Festgabe Rudolf von Ihering», Strasburg.
- MIR PUIG, S. (1982): *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona.
- MUÑOZ-CONDE, F. (1985): *Derecho penal y control social*, Jerez.
- PAUL, W. (1978/79): *Marx versus Savigny*, en: "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", núms. 18-19, 243-269, Granada.
- PAUL, W. (1979): *¿Existe la teoría marxista del derecho?*, en: "Sistema", núm. 33, 65-84, Madrid.
- PAUL, W. (1985/86): *Las dos caras de la teoría marxista del derecho*, en: "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", Granada.
- PAUL, W. (1986): *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht. Erinnerung an die Strafrechtsphilosophie von Karl Christian Friedrich Krause und deren Rezeption durch den Krausismo Español*, Frankfurt a.M.
- RÖDER, K. D. A. (1867): *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Wiesbaden.
- RÖDER, K. D. A. (1870): *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid.
- ROXIN, C. (1969): *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en: "Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft", vol. 81.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, H. (1979): *Über die Schwierigkeit, durch ein Gesetz eine Reform zu bewirken*, en: "Festschrift für P. Bockelmann", München.
- SIMSON (1981): *Die Position der Kriminalpolitik in Schweden*, en: "Veleihung der Beccaria-Medaille", 1977 y 1979, Heidelberg.
- STRASSER, P. (1984): *Verbrechermenschen Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen*, Frankfurt-New York.
- WÄCHTER, G. H. (1984): *Der doppelte Charakter des Strafrechts Ökonomie. Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts*, en "Kritische Justiz".

## EL CONCURSO FORMAL ENTRE FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y ESTAFA\*

Dr. JAIME NANCLARES VÉLEZ\*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia del nuevo Código Penal (decreto-ley 100 de 1980), nada ha dado motivo a tanta controversia, en materia de falsedad en documentos como el problema relacionado con la solución jurídica que deba darse a los casos en que el uso de documento privado falso constituye medio de procuración de provecho económico ilícito, particularmente cuando el documento empleado es un título-valor; o sea, la cuestión de si es o no admisible el concurso de hechos punibles entre falsedad en documento privado y estafa. El asunto ha recibido dispares respuestas por parte de la jurisprudencia y la doctrina<sup>1</sup>.

Entre las tesis planteadas a este respecto se destacan: las que afirman la existencia de un concurso aparente de tipos, que concluyen en la inaplicabilidad del tipo de estafa; las que defienden la "absorción" del perjuicio económico por el acto de uso del documento espurio, forma particular de presentar la tesis anterior; las que abstraen la figura del delito "complejo" de la descripción típica del art. 221 del Código Penal, comprensivo del binomio Falsedad en Documento Privado-Estafa, variante, también de las del concurso aparente de tipos; las que proponen de manera general y sin excepción alguna la concurrencia de los mencionados delitos cuando se genera el daño apreciable económicamente; y, finalmente, las que someten la posibilidad del concurso a la condición de aditamento de otra especie de maniobras engañosas al uso del documento falsificado, acción de por sí fraudulenta o engañosa.

\* El presente trabajo tiene por finalidad terciar en la polémica que en torno al concurso entre falsedad y estafa plantean los doctores MARIO SALAZAR MARÍN y ALIRIO SANGUINO MADARIAGA en el núm. 31 de esta Revista. Dejamos a consideración de nuestros lectores los planteamientos aquí contenidos (Nota del Coordinador).

\*\* Fiscal Octavo Superior. Profesor de Derecho Penal General de la Fac. de Derecho de la Universidad de Medellín.

<sup>1</sup> ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, "¿Existe concurrencia delictual entre la falsificación y uso de documentos privados y la estafa? Controversia jurisprudencial", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 31, Bogotá, Edit. Temis, 1986.