

BIBLIOGRAFÍA

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad* 615

vilis (1889), y luego en su libro *Das Sabinussystem* (1892). Éstos consisten en considerar que los comentarios conservan básicamente la estructura del *Ius Civile* de Sabino, por lo que el orden de éste puede reconstruirse a partir del orden de los comentarios. Añade Astolfi que para la reconstrucción puede servir también Gayo, cuya obra *Institutiones* está enraizada en la tradición sabiniana; sin embargo, advierte que el uso de la obra de Gayo debe ser subsidiario, ya que se trata de un libro que está más alejado, formal y materialmente, del *Ius Civile* de Sabino, que los comentarios de Pomponio, Paulo y Ulpiano; puede servir por ejemplo, para definir el lugar que ocupa una institución en el sistema de Sabino, cuando al respecto hay contradicción entre los comentarios.

El libro de Astolfi ofrece, en los tres primeros capítulos, el análisis de los diversos fragmentos de los comentarios en los que se puede distinguir el texto de Sabino, y en el cuarto, la reconstrucción que logra de la obra de Sabino.

Evidentemente que el libro del ilustre romanista italiano merece un análisis pormenorizado, que valore, una por una, las conclusiones que ofrece sobre los diversos fragmentos que analiza. Pero, en general, se puede afirmar que es una verdadera contribución importante al estudio crítico de la jurisprudencia romana.

Jorge ADAME GODDARD

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1983, 175 pp.

Este libro es básicamente, como el mismo autor indica, un trabajo preparatorio para una muy amplia investigación acerca de la recepción y desarrollo de las categorías de la dogmática jurídico-penal alemana en los países de habla española, y su enfoque principal son las relaciones existentes entre el delito y la punibilidad.

Dividido en cinco capítulos, el primero es una introducción metodológica que se refiere sobre todo a la importancia de las teorías dogmáticas, ya que, tanto para interpretar la parte general como la parte especial de un código penal, el dogmático tiene que decidir sobre cómo hacerlo, porque toda sanción penal y todo comportamiento punible deben ser deducidos de una ley o fundados en ella. Esto es de especial importancia en esta rama del derecho para fundamentar la tarea del intérprete, en razón de que constitucionalmente se prohíbe recurrir a

la analogía y a la simple mayoría de razón, por efecto del principio de legalidad.

La finalidad de la dogmática penal es servir a la realización de una determinada actividad del Estado; la de determinar específicamente la base legal con la que es posible resolver en forma legítima un caso concreto juzgado ante los tribunales. Su tarea es la de concretar en proposiciones abstractas ciertas reglas de conducta, distintas a las de la ley, para lo cual debe definir las condiciones en que tales concreciones puedan considerarse legítimamente como contenidas en la ley. En resumen, la importancia de la dogmática radica en que en el momento de la aplicación de la ley, el juez pueda disponer de reglas concretas y aclaratorias al caso específico sobre el que debe decidir.

Anoto aquí, por parecerme muy clara, la definición expresada por Artz y Radbruch, citada en la página 16: "La dogmática es una sistematización de reflexiones basadas en el sentimiento jurídico, y éste impregna la dogmática, al tiempo que ésta educa al sentimiento jurídico."

¿Cuáles son entonces los puntos de partida de las cadenas argumentales de las fundamentaciones jurídico-penales, que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado? Comienzan con una serie de axiomas en que se considera que la ley positiva reconoce su fundamento.

El proceso de formación de los conceptos dogmáticos del derecho penal es uno de los puntos que se incluyen en este primer capítulo, y consiste, expresado en forma breve, en la elaboración de fundamentos que permitan fijar el significado de las reglas contenidas en el derecho positivo.

Dicha investigación no es sólo para aclarar problemas interpretativos de los elementos tradicionales de la teoría del delito, sino incluso para cuestionar el método con el que tradicionalmente se han obtenido las categorías con las que se trabaja. La atención se dirige a dos modelos dogmáticos: el de Binding y el de Liszt, haciéndoles algunas críticas porque, a juicio del autor, llevaron a ambos a obtener resultados erróneos en algunos casos, y en otros, a descuidar ciertos conceptos, citando como ejemplos de esta última situación a las excusas absolutorias. Y a propósito de éstas, el autor nos informa sobre las nuevas concepciones acerca de las "excusas absolutorias objetivas", que tienen un radio de acción más amplio que las excusas absolutorias "personales", aunque advierte que "las razones que fundamentan la personalidad o la objetividad de las excusas absolutorias no han sido hasta ahora puestas en claro de una manera convincente" (p. 41).

A partir del capítulo segundo, los temas que aborda el autor son el

injusto culpable y la punibilidad a él asociada, en diferentes sistemas dogmáticos, y la fundamentación que del derecho penal dieron las teorías absolutas y las teorías fundadas en la prevención especial. A propósito de ello, refiere el autor que la primera diferenciación entre los conceptos de injusto y punibilidad fue hecha por Binding, y apareció a consecuencia de la concepción de la pena basada en la idea de retribución.

Como otra alternativa nos muestra al representante de la teoría positivista de entonces, Franz V. Liszt, quien formuló su teoría a partir de una base de hecho: la lesión del bien jurídico, hasta llegar a expresar que la ciencia del derecho "trabaja con conceptos que se crean a partir de hechos y que se refieren a ellos" (p. 60).

Si bien en algunos puntos coincidían ambos autores, fue en el ámbito de la culpabilidad donde sus concepciones difirieron, sin que por ello llegaran a provocar algunas modificaciones significativas en el contenido del citado concepto. Cuando el autor nos comenta sobre el *Lehrbuch* de Liszt en sus distintas ediciones, explica muy claramente las circunstancias que condicionaron el sistema penal de esa época, entre ellas, el poco desarrollo que habían alcanzado los conocimientos psicológicos y de psicodiagnóstico, mencionando además que la fecha de aparición de las primeras obras de esos temas fue posterior a la muerte de Liszt.

El contenido de la culpabilidad incluyó años más tarde como elemento a la peligrosidad, a propuesta de los propulsores de la prevención especial, con lo que se justificaba el aumento de la pena para la reincidencia.

Con respecto al problema de la punibilidad, en el sistema del mismo autor, la principal preocupación es la existencia de injustos culpables que no son punibles, en razón de un número significativo de excusas absolutorias, y para reafirmarlo transcribo el siguiente párrafo: "En casos individuales el legislador renuncia a la aplicación de una pena frente al autor, a causa de su personalidad, pero esta renuncia sólo tiene lugar respecto de él, mientras que con respecto al resto el hecho sigue siendo punible" (p. 74).

Pasando al tercer capítulo, Enrique Bacigalupo se ocupa de analizar los problemas teórico-jurídicos implícitos en los modelos dogmáticos analizados en el capítulo anterior, concluyendo que la distinción entre injusto culpable y punibilidad es consecuencia de una determinada articulación de las fundamentaciones éticas y político-criminales de la dogmática moderna.

El tema central desarrollado a lo largo del libro puede expresarse en dos interrogantes, que obtienen del autor una respuesta. La primera se

refiere al fundamento del efecto personal o general de una causa que excluye la punibilidad, y es precisamente la falta de interés del Estado en la punibilidad, o en su interés en la no punibilidad. La segunda se puede expresar así: ¿Es correcto aplicar una pena a alguien que supuso erróneamente que su hecho no era punible? La problemática de la conciencia de la culpabilidad tiene que ver con el origen histórico de las formulaciones hoy dominantes del principio de culpabilidad, que hasta ahora están dominadas por la costumbre de tomar en cuenta la motivación del ser humano por el temor a la amenaza de sufrir una pena, como fundamento de la responsabilidad penal.

La motivación para llevar a cabo una conducta o para omitirla, basada en una amenaza en lugar de estarlo en la conciencia de un deber, puede tener un sentido práctico pero no moral. La única forma de que las cosas cambiaran sería obligar al ciudadano a compartir íntimamente aquello que el Estado considera como valores elementales de la vida en común, y esto implicaría una lesión a la dignidad humana, por lo que entonces el derecho penal debe renunciar a considerar el conocimiento de la amenaza como presupuesto de la pena.

La idea del autor es opuesta a esta sugerencia. Para Bacigalupo la culpabilidad debe recibir su contenido del principio de legalidad, y si éste se refiere a las consecuencias jurídicas, la culpabilidad debería tomar en cuenta la conciencia de la punibilidad. Y como fórmula legal indica que el individuo no sólo debe saber desde el principio lo que está prohibido penalmente, sino también la pena que se le aplicará en el caso de violación de la norma. A estas ideas sigue siempre la idea de la prevención general. Si por ella entendemos "la acción inhibitoria ejercida por la amenaza penal, parece claro que la conciencia de la punibilidad sería el elemento necesario para la realización del efecto coactivo de la amenaza" (p. 169); pero no se vería afectada si el Estado sancionara sin tomar en cuenta la conciencia de la punibilidad. Como conclusión, el error sobre la punibilidad (especie o cantidad) carece de relevancia.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *La huelga. Un análisis comparativo*, México, Ed. UNAM, 1983, 135 pp.

Producto de una amplia experiencia confrontada con la meditación