

Disgresiones sobre la “historicidad” del Derecho Penal

Around the “historicity” of Criminal Law

Manuel COBO DEL ROSAL
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 1 de marzo de 2004

Aceptado: 5 de marzo de 2004

RESUMEN

En este trabajo se realiza una introducción a la teoría general de lo que sea el Derecho y el método jurídico en materia penal. Así, partiendo de la base de que es el objeto de conocimiento quien condiciona el método y no a la inversa, la *historicidad* del Derecho penal positivo ha de tener su respuesta metódica en el conocimiento de la génesis y desarrollo histórico de las proposiciones jurídico penales. Del mismo modo, en el estudio se hace la salvedad de la perennidad de algunos sectores del Derecho penal en consonancia con el sentimiento humano de la justicia.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, historicidad, método.

ABSTRACT

An introduction to the general theory of Law and the legal method in criminal matters. The whole construction is grounded in the declaration that the matter of knowledge is what gives character to the method, not the other way round. Then, the *historicity* of the enforced Criminal Law has to find its methodical answer in the knowledge of the genesis and historical development of the criminal law propositions. Also, the author marks an exception on everlasting character of some sectors of Criminal Law related to the human feeling on justice.

KEYWORDS: Criminal Law, historicity, method.

RÉSUMÉ

L'auteur propose une introduction a la théorie général du Droit et la méthode juridique en matière pénale. Le point de départ étant l'affirmation de que c'est l'objet de connaissance ce qui conditionne la méthode, et pas à l'inverse, l'*historicité* du Droit pénal positif doit trouver sa réponse méthodique dans la connaissance de la genèse et du développement historique des propositions du Droit Pénal. De la même façon, il faut faire une exception avec la pérennité de quelques secteurs du Droit Pénal en relation avec le sentiment humain de la justice.

MOTS CLÉ : Droit pénal, historicité, méthode.

KURZFASSUNG

In diesem Beitrag wird eine Einführung in die allgemeine Theorie des Rechts und der juristischen Methodik im Strafrecht geboten. Ausgehend vom Grundsatz, dass die Erkenntnis die Methodik bedingt und nicht umgekehrt, muss die Geschichtlichkeit des positiven Strafrechts ihre methodische Antwort in der Erkenntnis der Genese und der historischen Entwicklung der strafrechtlichen Ideen finden. Auf dieselbe Weise knüpft die Studie die rettende Lösung der Dauerhaftigkeit einiger Bereiche des Strafrechts an den Gleichklang mit dem menschlichen Gerechtigkeitsgefühl.

SCHLAGWÖRTER: Strafrecht, Geschichtlichkeit, Methode.

SUMARIO: 1. Dedicatoria y recuerdo: Una reflexión sobre la historicidad del Derecho. 2. Reflexión genérica sobre la historicidad y la noción del Derecho Penal. 3. Exigencias derivadas del anterior epígrafe.

1. Dedicatoria y recuerdo: Una reflexión sobre la historicidad del Derecho

Cuando hace más de treinta años coincidí con José Manuel Pérez-Prendes en la Universidad de La Laguna, y desempeñaba entonces las pesadas, inútiles, y a veces crispantes, funciones de Decano de la Facultad de Derecho, teníamos, no obstante, tiempo suficientemente libre para conversar sobre la Historia, la Historia del Derecho y la Historia del Derecho Penal.

Recuerdo ahora, como si fuese ayer, muy vivamente, mis conversaciones con él, sobre el derecho histórico español, muy en especial el del siglo XIX. Alguno de mis trabajos se vio informado, luminosamente, por esos diálogos y largos paseos por distintos lugares de la isla tinerfeña. Una constante, a menudo, de nuestras conversaciones, era la atormentada y apasionante, al menos para mí, figura del General Prim: la impunidad, en que quedó, tras más de veinte años de instrucción, su abyecto e impío asesinato, las subsiguientes investigaciones sobre el mismo, convertidas en auténticas farsas, su vida, su familia, y el comportamiento de algunos de sus compañeros de armas, envidiosos palaciegos, llenos de hedionda mediocridad, que propiciaron o participaron, con bastante seguridad, en la indigna conspiración, en el magnicidio, tan decisivo, por cierto para tan mal, para la historia y futuro de nuestro todavía, dígase lo que digan, invertebrado país.

Naturalmente, también hablábamos, y a fondo, del Código Penal de 1870, de las líneas que le inspiraron y de la ingenuidad de los liberales de la época, que regaron, generosamente, con su sangre, sobre todo, las playas gaditanas, malamente ejecutados por cobardes pelotones de la fusilería absolutista. Mi estudio sobre el "arbitrio judicial en el Código Penal de 1870" (*Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1970) tiene, en verdad, su base ideativa en algunas de esas plúmbeas, a veces, inquietantemente soporíferas, tardes insulares. Muchos creían que estábamos "conspirando",

y hasta acertaban, pero en otras ocasiones estábamos, simplemente, conversando sobre los grandes maestros de la Historia del Derecho europeos, así como sobre las diferentes funciones del moderno Derecho Penal en los países democráticos.

José Manuel Pérez-Prendes es un conversador excepcional, no sólo por su amplia erudición, sino también, por la coincidencia que teníamos en algo importante para ambos: el sentido del humor. El sentido del humor de quienes apenas habíamos cumplido treinta años, y nos encontrábamos ante un hecho, para nosotros desconocido y, quizá, hasta impensable: la "singularidad insular". Ahora ya ha pasado casi toda una vida y José Manuel se jubila y yo también lo haré dentro de poco. Por eso le dedico, con todo mi cariño, y de todo corazón, estas reflexiones que hace tiempo, más de cuarenta años, tenía escritas y completé algunas noches insomnes siendo ambos colegas de la misma lagunera Universidad.

Algo aprendí, y debo decirlo así, de José Manuel Pérez-Prendes, y es mi serio respeto por la Historia y especialmente por la Historia del Derecho. Hasta tal punto, que en el *Prólogo* que redacté en el primer tomo del *Derecho Penal, Parte General*, que escribí con el Dr. Vives Antón, a finales de los setenta, expresamente tomé la decisión de que un Manual de Derecho Penal, no tenía por qué contener ninguna lección, ni descripción, por lo general, planas, de acumulación de datos y más datos sobre los históricos textos legales españoles. Ninguno de los dos, ni Vives ni yo, éramos, ni somos, ni hemos sido, "historiadores del Derecho", ni teníamos la necesaria formación para ello, y en el segundo curso de la licenciatura en Derecho, ya se les debe explicar a los alumnos, la verdad sea dicha, ya es hora de que conozcan un Derecho aplicativo, y no lo que se aplicó hace más de doscientos o quinientos años. Por eso, fue quizá el *primer* Manual de Derecho Penal español, que apareció sin los tópicos y pesados capítulos de Historia del Derecho Penal español, cuando los estudiantes han cursado ya un año entero de Historia del Derecho español. Son, pues, los historiadores del Derecho, y no los juristas a secas, los que tienen que hacer la Historia del Derecho Penal. Los juristas podemos, llegados a cierta edad, hacer alguna que otra singular incursión en algún punto muy concreto sobre la Historia del Derecho, y ya bastante descreídos, esto es muy frecuente; pero no colocar cien o doscientas páginas de "tijera" llenando capítulos y capítulos de la Parte General del Derecho Penal, recogiendo unas exposiciones cansinas que apenas tienen algún sentido, salvo engrosar el texto docente.

2. Reflexión genérica sobre la historicidad y la noción del Derecho Penal

"Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho".¹ Con estas palabras, muy conocidas y repetidas, expresaba Kant su desconfianza en la seriedad de la investigación jurídica. En realidad, el contenido de dicha afirmación

¹ Kant, *Kritik der reinen Vernunft, Tras. Methodenlehre*, I, H., L, Leipzig, 1853, p. 524.

no quiere dar a entender otra cosa sino un marcado atributo del Derecho, esto es, su *mutabilidad*, o si se quiere, desde la perspectiva metódica, la dificultad de su aprehensión conceptual en una fórmula definitoria, un tanto con mentalidad escolástica.

Sin embargo, radicalizar, con un propósito agotador y exclusivista, lo que *es* el Derecho en ese mero carácter, supone ofrecer una idea del mismo, por demás pobre. Es cierto, sin duda, su mutabilidad, expresión de la versatilidad y, a veces, demagogia coyuntural del poder legislativo, pero no lo es menos su *perennidad*, desde el momento que la "justicia, entendida en su esencial significado, no es y no puede ser más que la expresión de una ley absoluta y eterna: superior, por consiguiente, a la mudable legalidad positiva, y radicada en nuestro espíritu, el cual, por esto, no puede consistir todo en la efímera vida que se desarrolla en el mundo sensible, sino que necesariamente pertenece y participa de un orden de verdades ultraterrenas" (Del Vecchio).² De esa forma, tenemos una primera premisa que no deberá ser olvidada: son cosas diferentes la Justicia y el Derecho; aquélla, sin duda, tiene raíces constantes, por decir así, perdurables; éste, en definitiva, es constitutivamente mudable, ya que, en suma, no es más que una *versión* de la primera, formulada aproximativamente. Ahora bien: en la medida que el Derecho constituye *una*, al menos, versión de la Justicia, necesariamente el jurista deberá tener presente tanto a uno como a otra, en su noción y comprensión del Derecho, y concretamente, del penal, pues éste no será más que un concepto referido a aquélla, es decir, su expresión en un tiempo histórico determinado, más o menos limitado.

De aquí, pues, que se nos ofrezcan, en el presente momento tanto su mutabilidad, como su eternidad, tanto como hecho histórico o positivo, como idea ínsita en nuestra mente y hasta, sobre todo, en nuestros sentimientos.³

La misma preocupación la encontramos también, entre otros, en Mezger, que sale al paso de posibles dificultades que pueden presentársele a los que se inician en el estudio del Derecho penal. Para Mezger, el conocido tópico del Fiscal von Kirchmann —que sin cesar se repite por los detractores de la ciencia del Derecho—, es tan sólo una frase más o menos "ingeniosa" que, únicamente, toca la superficie: una ciencia *auténtica* no se convierte nunca en una "tira de papel", aunque cambien sus leyes fundamentales. "No solamente lo que se repite —continúa Mezger—, sino también lo que acontece una sola vez, merece y debe ser investigado por la ciencia".⁴ Y llevaba razón.

² Cfr. G. Del Vecchio, "Mutabilità ed eternità del diritto", *Ius*, fasc. I, marzo 1954, p. 3. Lo que no es obstáculo para reconocer que el Derecho, en buena parte, supone un *resultado cultural*. Por esta razón se afirmó por Prieto Castro, que "las agrupaciones humanas, que viven organizadas en Estado se diferencian de las primitivas y, en general, de las que no constituyen una entidad política que merezca el nombre, por el modo de estar reguladas las relaciones de los individuos entre sí y las que mantienen todos ellos con la comunidad" (L. Prieto Castro, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1959, p. 1).

³ Vid. Del Vecchio, *Art. cit.*, p. 2.

⁴ E. Mezger, *Strafrecht*, t. I., (All. Teil) y en *Studienbuch*, 6ª ed., München-Berlin, 1955, p. 1.

No obstante, es una cualidad incuestionable del Derecho penal su *historicidad*,⁵ que se acepta y se utiliza, además, como *uno*, y no el único, desde luego, de los puntos de partida en la investigación acerca de la esencia de nuestra disciplina; mucho más, si se tiene presente que los esfuerzos por encontrar una fórmula inmutable, nada menos que con la pretensión de exhaustividad,⁶ no han llegado a puerto seguro en este ámbito. Por esta razón, están llenas de buen sentido las palabras de mi Maestro en la Universidad "Pro Deo" de Roma, Giorgio Del Vecchio, cuando al plantearse en general el problema de qué es el Derecho, decía: si la ciencia del Derecho puede formarse y desarrollarse *presuponiendo* el conocimiento intuitivo y genérico de su objeto, cada uno entiende suficientemente qué sea el Derecho, y todos experimentan en sí y en otros clarísimamente el significado, ¿qué ventajas pueden derivarse de un riguroso examen del concepto mismo?. "Più facilmente che aggiungergli, una definizione gli toglierebbe forse perspicuità".⁷

Esa "perspicuità", esa sensibilidad, esa complejidad y elasticidad del Derecho, es una de las dificultades en orden a la uniformidad y rigidez definitoria y a su objetividad, pero también la primera consideración que ha de ser tenida en cuenta; y así

⁵ De interés, el planteamiento que hace G. Ambrosetti, *Razionalità e storicità del Diritto*, Milano, 1953, para el cual el orden histórico se inserta en el orden ontológico, entendiendo a la *persona como presupuesto de la historia* (p. 163).

⁶ Vid. Además de la literatura que citaremos en el presente estudio, especialmente: R. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. I., Berlín, 1925, pp. 1-2. Siempre de interés por la influencia de su pensamiento en la doctrina española la muy sintética definición de E. Mezger como "el conjunto de normas jurídicas que anudan a un hecho cometido la pena como consecuencia jurídica" (E. Mezger, *Strafrecht*, t. I (All. Teil). *Cit. Studienbuch*, 6ª ed., München-Berlin, 1955, p. 4; asimismo, tiene sumo interés la extensión de la definición que lleva a cabo Mezger en orden a las consecuencias jurídicas para la *prevención* de futuros delitos. Por demás significativa, en referencia a con una completa noción, del Derecho penal, la que ofrece H. Weizel, incluyendo de forma expresa, las *medidas de seguridad* (Cfr. H. Weizel, *Das Deutsche Strafrecht*, 7ª ed., Berlín, 1969, (p. 1). También R. Maurach pone de manifiesto la insuficiencia de la denominación "Derecho penal", justamente por la existencia, dentro de él, de las medidas *preventivas* condicionadas por la *peligrosidad* del autor. Cfr. R. Maurach, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1954, p. 3. Hay trad. esp. de J. Córdoba, *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, 1962, p. 3) También tienen acceso las *medidas de seguridad*, a la definición de J. Baumann, (Cfr. J. Baumann, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)* 2ª ed., Bielefeld, 1961, p. 6) Para un conocimiento del planteamiento del concepto del Derecho penal en la zona oriental alemana, vid. la definición de H. Gerats. J. Lekshas, J. Renneberg, y otros, en *Lehrbuch des Strafrechts der Deutschen Demokratischen Republik* (Allg. Teil), 2ª ed., Berlín, 1959, p. 21 (de Gerats).

En la literatura penal *italiana*, vd. el análisis de los presupuestos y definición de G. Battaglini, *Diritto penale* (Parte General), 3ª ed., Padova, 1949, pp. 3 y ss. esp. p. 10. También B. Petrocelli, *Principi di Diritto penale*, vol. 1, Padova, 1943, p. 3. Vid. igualmente la doble definición del Derecho penal, en cuanto ordenamiento normativo y en cuanto Ciencia, de G. Maggiore, *Principi di diritto penale*. vol. I, 3ª ed., Bologna, 1939, p. 4. De interés, la claridad y gran simplismo que preside la *noción* de Derecho penal en F. Antolisei, *Manuale di diritto penale* (Part. Gen), 4ª ed., Milano, 1960, pg. 1-3. También la estructuración de los *caracteres fundamentales* del Derecho penal, en G. Bettiol, *Diritto penale* (Part. Gen.), 5ª ed., Palermo, 1962, pp. 81-82.

⁷ Cfr. G. Del Vecchio, *Presupposti, concetto e principio del Diritto*, Milano, 1959, p. 9.

se ha podido aludir en un planteamiento filosóficojurídico, al drama entre *razón* e *historia*, ya que racionalismo e historicismo son las dos direcciones, esencialmente presentes, en las modernas explicaciones filosóficas del Derecho.⁸

En el mismo sentido, se ha expresado desde el campo del Derecho privado Castán Tobeñas diciendo que "el Derecho es algo muy complejo y contradictorio, al ser a la vez, *idea y fenómeno de la vida*. Como idea presupone actividad conceptual que se traduce en formulaciones generales. Pero como fenómeno de la vida, va ligado a una realidad empírica, subordinada a infinidad de factores y productora de una variabilidad de casos ilimitada".⁹

Pero, sin necesidad de salirse del campo jurídico penal, la complejidad de nuestra disciplina ha sido puesta de manifiesto, de manera inerte y simplona, cuando se afirma que "estimamos que es imposible hallar una fórmula sintética que, en forma de definición dé un concepto íntegro de la compleja ciencia jurídico-penal".¹⁰ Y de ahí justamente el desarrollo del estudio, sistematizado en los elementos que componen el Derecho penal y en el aspecto en que el Derecho penal estudia los elementos constitutivos de su contenido. Sin embargo, estimamos que confesar tan abierta incapacidad, ciertamente adolece de dos graves defectos: De un lado, supone admitir, más o menos humildemente, cuando no de forma desfalleciente, un fracaso de la propia investigación jurídica, adoptando una cómoda actitud negativa; de otro, significa confundir el verdadero objeto de esa investigación que no es otro sino ofrecer una idea del Derecho penal, sin necesidad de llevar a cabo una larga y penosa disquisición, sobre la versión que supone de lo que no es materia de su definición, ni de su examen técnico, como es la Justicia.

Ahora bien: dar un concepto del Derecho, con todo lo que ello lleva consigo, no es función exigible al penalista, y sin duda desbordaría su labor. Si es de su competencia, como jurista que es, adoptar una postura, una actitud ante el Derecho, y más concretamente, confeccionar, en la medida de lo posible, *su* noción de Derecho penal, o mejor todavía, dar un juicio último sobre éste, llevar a cabo, en suma, la *comprensión justa del concepto del Derecho penal según dijera mi Maestro J. del Rosal*.¹¹

3. Exigencias derivadas del anterior epígrafe

1. Una de las características que hemos de destacar es que el esquema mental del penalista ha de ser *situacional*, y así se significa que ha de ser suficientemente elás-

⁸ Vid. G. Ambrossetti, *ob. cit.*, p. 3. Del mismo, *Il diritto naturale della Riforma Cattolica. (Una giustificazione storica del sistema de Suárez)*, Milano, 1951, pp. 193-217.

⁹ Cfr. Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. (Metodología y Técnica operatoria en Derecho privado positivo)*, Madrid, 1947, p. 356.

¹⁰ J. Ortego Costales, "Notas sobre el concepto del Derecho penal", *Revista Est. Penitenciarios*, VI, 1945. p. 24, de nulo interés.

¹¹ Cfr. del Rosal, *Nuevo sentido del Derecho penal*, Valladolid, 1942, p. 39.

tico como para adaptarse a las necesidades de cada momento evolutivo del *derecho positivo*, objeto esencial y exclusivo de su estudio como penalista.

Si ya hemos mostrado la naturaleza *histórica* de este último, es obvio pensar también que dicho calificativo ha de recaer, igualmente, sobre el *modus* utilizable en su estudio. Ha de entenderse, en consecuencia, de forma que no encasille la actividad del penalista en unos moldes rígidos que imposibiliten la adaptación a las distintas singularidades del objeto. En realidad, no se trata más que de una mera consecuencia lógica de todo lo expuesto ya que, justamente, por su situacionalidad, el intérprete *podrá* ir acusando la dimensión que ha de resaltarse en atención al instante en que se encuentre un derecho positivo dado, huyendo, por tanto, de un rígido y estéril dogmatismo.¹²

No obstante, hemos de hacer constar, al modo que hiciera De Francisci que, de ninguna forma, se es "partidario de aquél historicismo que quisiera reducir toda la realidad a un continuo devenir del que todos los momentos y todos los productos poseerían el mismo valor relativo, es decir, y si bien se mira, ningún valor. Aún reconociendo en efecto que el espíritu humano es una realidad que vive en la historia, que se nutre de historia y que, si se quiere, sufre la historia, yo afirmo al propio tiempo que posee una *esencia eterna*, de la que cada uno de nosotros siente en lo íntimo de la conciencia, el fatigoso y siempre imperfecto realizarse en el tiempo, y por virtud de la cual podemos no solo comprender la historia en el acto en que la vivimos, sino también criticarla y juzgarla mediante una elaboración interior nuestra".¹³

2. La inmediata afirmación que es obligado llevar a cabo, y que satisface, de forma concreta, aquella *exigencia histórica* de nuestro derecho positivo es la de que nuestra interpretación, en cierto sentido, ha de ser *histórica*, esto es, que no pueda desconocer la génesis y evolución¹⁴ de nuestra legislación penal vigente.

De esa forma el penalista deberá tener muy en cuenta, en la *interpretación y construcción dogmática* del derecho vigente, el contenido de sentido que le depare la historia legislativa de la institución penal, pues no debe olvidar, en forma alguna, que *no hay realidad más patente para cerciorarnos de nosotros mismos que el estudio de la Historia* (K. Jaspers).¹⁵ En ese sentido, y como expresión del carácter científico de la investigación jurídica, saliendo al paso de la objeción de que la ciencia del Derecho se ocupa tan solo del conocimiento de algo (su objeto) que es mudable, en suma, histórico, afirma E. Nicol, con validez genérica, que "*la historicidad no anula la verdad*" y que "cuando por fin hemos comprobado que *todas*

¹² Vid. De Francisci, *ob. cit.*, p. 57.

¹³ De Francisci, *ob. cit.*, pp. 61-62.

¹⁴ Lo que no quiere decir que su interpretación en el momento de creación, continúa teniendo vigencia en la actualidad, de acuerdo a como ha quedado expuesto en el texto. Sobre este extremo R. Maurach, *ob. cit.*, t. I., pp. 107-108.

¹⁵ Así, K. Jaspers, *Einführung in die Philosophie*, 1949 (trad. esp. de J. Gaos, México 1959, p. 80 de la trad.).

las ciencias son históricas, sin excepción, o sea por su común condición constitutiva, el nuevo hallazgo parece que haya de traer una reivindicación de la filosofía. Ahora es la física misma la que prueba, con su sola existencia, que la historicidad no anula la verdad".¹⁶

De otro lado, la labor investigadora no ha de ser puramente enumerativa, describiendo datos y más datos históricos, de forma horizontal, -pudiéramos decir-, como por desgracia acontece con frecuencia, sino que se ha de traducir en la búsqueda, con mente problemática y crítica, de *constantes* interpretativas de nuestra legislación penal. Ha de tener, pues, una profundidad y funcionalidad, convirtiéndose el conocimiento histórico en un instrumento por demás útil, para la elaboración dogmática del *derecho vigente*, e incluso para la necesaria, aunque rudimentaria, interpretación, previa a su aplicación (jurisprudencia).

Con lo anterior no quiere decirse que se ignore cuanto la literatura jurídica ha dicho, y censurado, en la interpretación que persigue el encuentro de la *voluntad del legislador*, en contraposición de aquella que primordialmente se fija en la *voluntad de la Ley*, o si se quiere, en el sentido normativo de la misma. Por nuestra parte, no estamos ante dicho dilema, puesto que si bien es cierto que al penalista a la hora de la *aplicación* ha de interesarle, primordialmente, la voluntad de la Ley, no lo es menos que en la fase de la *construcción dogmática* no puede desconocer los principios y constantes que se encuentran en su derecho positivo, y a cuyo conocimiento solamente puede llegar mediante un proceso, fundamentalmente, histórico.¹⁷

No se trata, sin embargo, como pudiera pensarse, simplemente, de subvertir el papel del jurista convirtiéndolo en un mal historiador. La objeción queda resuelta, también desde otra perspectiva, ya que lo que se persigue es conseguir *un instrumento más* con el que interpretar el derecho positivo, sin hacer del conocimiento de ese instrumento una "*última*" finalidad científica, y de acuerdo con esta idea puede distinguirse entre la función de uno y otro.

El mismo De Franciscis apunta correctamente que "mientras el historiador del Derecho puede y debe considerarse desvinculado de cualquier limitación de su investigación, porque está libre de toda preocupación práctica, es natural que el dogmático, empeñado en su actividad productiva dirija su atención a aquella experiencia histórica que le es más próxima, antes bien, está en él latente y viva, no solo como complejo de ideas, sino como forma mental y como orientación moral. Entonces la historia se presenta como la vía más corta para un fecundo ahondamiento del conocimiento jurídico, para un examen clarificador de los procedimientos

¹⁶ Eduardo Nicol, *Los principios de la Ciencia*, México, 1965, pp. 32-33.

¹⁷ Para el problema de la interpretación, que busca la voluntad del legislador o de la Ley, vid. K. Larenz, *ob. cit.*, pp. 250 y ss. K. Engisch, *Einführung, cit.*, pp. 85-95. Ni que decir tiene que tanto en la interpretación como en la aplicación admitimos la teoría *objetiva*, o sea, *la búsqueda de la voluntad de la Ley* (así, también Engisch, en p. 89).

cognoscitivos, para el perfeccionamiento de los criterios y de las reglas técnicas de aquel arte que los juristas están llamados a ejecutar en la sociedad".¹⁸ El arte, por así decir, de aproximarse, cuanto se pueda, a lo justo.

La acentuación de la dimensión histórica de nuestros estudios coloca sobre el camino, conforme decíamos anteriormente, del conocimiento de las constantes de nuestro derecho positivo. Y así se extrae una consecuencia esencial de gran interés para el momento tanto dogmático como legislativo en que se encuentra la doctrina y legislación españolas respectivamente; la de centrar la atención, en un vertical proceso de interiorización, en *nuestro* derecho positivo y en la *realidad* que éste regula.¹⁹

De esa forma se evita, de un lado, la infructífera erudición que se observa en algunos trabajos y que conduce a nuestra doctrina a realizar, más que una auténtica labor tecnicodogmática, una mera, fea y aburrida historia de las ideas penales. De otro, queda radiado, en la medida de lo posible, el peligro que encierra la adaptación de sistemas extranjeros, inaplicables a nuestro derecho positivo, y extraídos *de y para* una realidad jurídico-positiva bien distante de la nuestra. El fenómeno del "finalismo" de la llamada "Escuela de Bonn", no fue más que expresión del fracaso en relación con ésta última idea.

El Profesor Rodríguez Muñoz se preocupó, en más de una ocasión, de poner de manifiesto semejantes consideraciones, así como el riesgo inevitable que entrañan ambas actitudes que no dudamos en calificar de radicalmente estériles,²⁰

¹⁸ De Francisci, *ob cit.*, pp. 58-59.

¹⁹ También decimos en la *realidad* que este regula, y damos a entender la auténtica necesidad de llevar a cabo una seria labor criminológica en España, sentida, de alguna forma, por la mayoría de los penalistas españoles. De otra parte, es innegable la gran contribución que supone la Criminología tanto en la aplicación e interpretación, como en la creación de Leyes penales, y sería presupuesto obligado de toda *reforma* la iniciación de estudios criminológicos tendentes a conocer la *criminalidad del país*. Sobre estas consideraciones vid. H. Mayer, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, 1962, pp. 1-25. Mergen, *Die Wissenschaft von Verbrechen*, Hamburg, 1961, pp. 249-262. En el mismo sentido se ha pronunciado Rodríguez Devesa cuando dice: "en los últimos años se han prodigado más en España los trabajos relativos a la Parte General de la Criminología, que los estudios del delito en particular. Confío por ello en rendir un servicio a los que se interesan por este género de investigaciones proporcionándoles un precioso instrumento de trabajo que, tanto por los resultados como por los principios metódicos y las perspectivas inéditas que abren, suministran adecuados puntos de partida para internarse en un campo sin cuyo cultivo progresivo la ciencia de la legislación no puede progresar ni dogmáticamente ni en el terreno de una razonable política criminal" (Prólogo a *Estudios de Psicología Criminal* de von Hentig, vol. I, Madrid, 1960, p. 5). Un ejemplo, consecuencia de la anterior opinión, en José M^a Rodríguez Devesa, "Algunos aspectos criminológicos del asesinato", *Anales de la Universidad de Murcia*, XVIII, 1959-60, pp. D-333 – D-361.

²⁰ Vid. Rodríguez Muñoz, "Prólogo" a los *Principios del Derecho penal español*, de J. Del Rosal, t. I, Valladolid, 1945, p. 12. También de interés, "Prólogo" de Rodríguez Muñoz a la *Teoría general del delito*, de F. Carnelutti (trad. esp. de V. Conde), Madrid, 1941.

y en idénticos términos, si bien en forma por demás breve, aludimos a este extremo en otra ocasión.²¹

Es sumamente aleccionadora, dentro del marco de esta reflexión, la experiencia que ha supuesto en España, por ejemplo, el auge de la disciplina del Derecho administrativo, que se encuentra, -¡estábamos en los 60!-, en un momento muy interesante de su evolución. El mismo problema ha sido sentido, por los administrativistas, proponiendo pareja solución. Las palabras de F. Garrido Falla son aleccionadoras al respecto, cuando, contemplando la cuestión, desde la perspectiva del juego sistemático entre la Parte especial y la general en el Derecho administrativo, decía: "sólo en la etapa de los balbuceos de una disciplina jurídica puede admitirse que aquélla, (la Parte general del Derecho administrativo), se redacte como un simple resumen de las principales teorías contenidas por la dogmática extranjera y a espaldas totalmente de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Es éste, por el contrario, el que debe proporcionarnos la materia prima indispensable para la construcción de las categorías jurídicas, -posibles, por tanto, según el derecho positivo-, cuyo conjunto sistematizado da lugar a la Parte General".²²

Por último, debe tenerse en cuenta que con la presente consideración se desplaza, e incluso se evita, el reproche de aceptar una mentalidad acentuadamente formalista, en la medida en que en la norma, o mejor en su interpretación, entrarán componentes de instancia histórica, social y cultural que, en ocasiones, ofrecerán el sentido último del precepto, y consecuentemente, la posibilidad de acertar con su finalidad (momento *teleológico*), que sería, en caso contrario, difícilmente averiguable,²³ como no fuese por la intuición casual, por lo demás denostada.

²¹ Vid. M. Cobo del Rosal, "Resumen y sistematización del desarrollo histórico dogmático del concepto del delito", *Revista de Derecho Judicial*, VIII, 1961, pp. 50-51.

²² F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I (Parte General), 2ª ed., Madrid, 1961, p. 11.

²³ Un interesante estudio histórico de inmejorable valor para la interpretación y formación del Derecho común clásico y la génesis del Derecho actual, en E. Cortesa, *La norma giuridica*. I y II, Milano, 1962 y 1964. Vid. también como ejemplo de la dimensión teleológica, J.G. Wolf, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Göttingen, 1962.