

DE LA PUNIBILIDAD A LA PENA

Manuel de Rivacoba y Rivacoba*

Honrado con la invitación a participar en el justiciero homenaje que la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, decana, en su continuidad indefectible, de las de América, tributa a la memoria de quien fue su eminente profesor, el doctor Manuel G. Abastos, me ha parecido que su perfil de esmerado dogmático propicia, o, por lo menos, hace oportuno, concurrir a él con un estudio sobre un punto que no porque en nuestro tiempo lo tenga preterido gran parte de la doctrina deja de ser capital para la intelección del concepto de delito y, lógicamente, las consecuencias que de una intelección adecuada se derivan.

Partamos del reconocimiento de que en la dogmática penal de esta época prevalece, con mucho, el entendimiento del delito como un acto típicamente antijurídico y correspondientemente culpable, sin ninguna referencia a la punibilidad. En el penalismo español no vemos en ésta un carácter esencial y estrato último de delito más que JIMÉNEZ DE ASÚA (¹), FRANCISCO BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA (²), SÁINZ CANTERO (³), COBO (⁴), POLAINO (⁵) y yo mismo

* Universidad de Valparaíso (Chile).

¹ Cfr. principalmente *La Ley y el delito, Principios de Derecho Penal* (3a. ed. corregida y actualizada), México y Buenos Aires, Hermes, 1959, págs. 206, 209, 417 y 425-442, y *Tratado de Derecho Penal* (3a. ed. actualizada), Buenos Aires, Losada, 1965, III, págs. 63 y 320, y VII (1970), págs. 104-137 y 197.

² Dado el carácter disperso de su producción iusfilosófica y jurídopenal (la más importante), puede verse nuestro estudio necrológico sobre él, "Consunción y tránsito de un jurista ejemplar (Francisco Blasco y Fernández de Moreda, 1906-1974)", publicado primero en la "*Revista Jurídica Argentina La Ley*", de Buenos Aires, suplemento diario del 17 de junio de 1974, págs. 1-6, y recogido después en el libro misceláneo *Nueva crónica del crimen*, Valparaíso, EDEVAL, 1981, págs. 137-161. Acerca del punto a que nos referimos en el texto, cfr. en este volumen la pág. 157.

(6) (?). También lo afirma, incluso con reiteración, RODRÍGUEZ DEVESA (4), pero no saca de su aserto un tratamiento sistemático del delito que se corresponda con aquél.

Sin embargo, gran parte del equívoco puede suscitarse en una falta de esclarecimiento adecuado de tres importantes conceptos que se suele tomar como equivalentes o emplear sin la debida exactitud, es a saber, los de punibilidad, penalidad y pena, cuando, a pesar de su íntima relación, difieren esencialmente entre sí.

³ Cfr. *Lecciones de Derecho Penal, Parte general* (3a. ed.). Barcelona. Bosch. 1990. págs. 475-476 y 745-749.

⁴ Cfr. "La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español", en la serie *Estudios penales y criminológicos*, de la Universidad de Santiago de Compostela. volumen VI. 1983. págs. 9-53.

La misma posición, en COBO et al., *Derecho Penal. Parte general* (2a. ed. completa, revisada y actualizada), Valencia. Tirant lo blanch. 1987. págs. 175 y 178-180. en el estudio de las "Cuestiones preliminares" sobre el delito. si bien aseverando la "irrelevancia de la susodicha punibilidad. debido a su insignificante función sistemática e interpretativa en la teoría jurídica" de aquél (pág. 179). por lo que luego no se la considera para nada en el desarrollo de ésta.

⁵ Cfr. "La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico penal y la política criminal". en su libro misceláneo *Criminalidad actual y Derecho Penal*. Universidad de Córdoba. 1988. págs. 11-46. También su exposición sobre el problema en la monografía *El Delito de detención ilegal*. Pamplona. Aranzadi. 1982. págs. 193-199; y su *Programa de Derecho Penal*. Universidad de Sevilla, curso 1988-1989, lección 27, pág. 9.

⁶ Por no multiplicar las citas. mencionaremos sólo *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*. Valparaíso. Edeval. 1969. págs. 99-100; *Programa analítico de Derecho Penal*. (3a. ed. modificada y actualizada). Valparaíso. Edeval. 1984. Primer curso. lección XVII. pág. 49; *Programa de Derecho Penal*, I Universidad de Córdoba (Facultad de Derecho). curso 1989-1990. lección XVII. pág. 21; *Programa de Derecho Penal*, I y II. Universidad de Córdoba (Facultad de Derecho). s.f. [1990]. Primer curso. lección XVII. pág. 16 y *El delito de contrato simulado*. Madrid. Akal. 1992. págs. 55-60.

⁷ Antes, aunque sin gran rigor sistemático. igualmente CUELLO CALÓN. *Derecho Penal, Parte general* (10a. ed.), Barcelona. Bosch. 1951. I. págs. 272, 275. 561 y 563; SÁNCHEZ-TEJERINA, *Derecho Penal español* (5a. ed.), Madrid, 1950. I. págs. 161-162 y 291; PUIG PEÑA, *Derecho Penal* (5a. ed.), Barcelona, Descó. 1959, I. pág. 262, y II, págs. 194-195; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*. (2a. ed.), Madrid, Akal. 1986. págs 161. 163. 261 y 347; DEL ROSAL FERNÁNDES. *Derecho Penal (Lecciones)*; (3a. ed. del I y la. del II), Madrid, 1960. I. págs. 203-207. y II, págs 75-80 (e igualmente en otras obras), y QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, I. pág. 175 (con algún error. respecto al criterio de Jiménez de Asúa).

⁸ Cfr. su *Derecho Penal español, Parte general* (13a. ed. revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez), Madrid, Dykinson, 1990, págs. 330 y 348.

La punibilidad, por la misma contextura de la palabra que la denomina, no puede consistir sino en la aptitud para ser penado, o, dicho de modo menos general y vago, la cualidad de un acto que lo hace susceptible de ser sancionado penalmente, o, todavía con más propiedad, la nota o característica inherente al concepto de delito según la cual puede ser sancionado con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena. Esto es, aptitud, susceptibilidad, posibilidad, nociones todas ellas, que sólo tienen sentido y pueden ser actualizadas por hallarse conminada la perpetración de aquello a que se refieren, del delito, con una amenaza penal, con la amenaza de una pena.

En consonancia, así como es inconcebible un delito que no sea antijurídico, que no guarde una relación de contradicción con el orden jurídico (*), tampoco es posible un delito que no sea punible, que no pueda ser sancionado jurídicamente con una pena. Ninguno de los restantes elementos o caracteres de la infracción criminal se deduce como éstos *a priori*, de su mera noción, y tiene, por ende, rango necesario; al contrario, todos son de naturaleza empírico cultural y, por consiguiente, de rango histórico, o sea, contingente, que se dan en ciertos ordenamientos, exigidos por el desarrollo cultural a que responden y las valoraciones que los informan, pero que pueden faltar y desaparecen en otros. En efecto, un delito puede serlo sin culpabilidad, y aún es tarea de nuestros días eliminar de los respectivos ordenamientos los últimos vestigios de la responsabilidad objetiva (¹⁰); la tipicidad sólo ha advenido al Derecho Penal con la consagración del principio de legalidad a fines del siglo XVIII o comienzos del XIX, la hemos visto eclipsarse dolorosamente bajo el empuje de los totalitarismos en la primera mitad del XX y se la burla con desoladora frecuencia en la actualidad, e incluso la actividad puede faltar, y en realidad falta, no ya en las manifestaciones más rudimentarias del

⁹Una conducta que no esté en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado "hallase fuera de lo punible (aun cuando contradiga un ordenamiento jurídico extraño, o las costumbres o la moral; y aun cuando -como en los «delitos punativos», «delitos imaginarios»- el que actúa considere erróneamente su acción como antijurídica). La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad (BELING, *Esquema de Derecho Penal* [traducción de Sebastián Soler], Buenos Aires, Depalma, 1944, pág. 22).

En sentido concordante, JIMÉNEZ HUERTA, *La antijuricidad*, México D.F., Imprenta Universitaria, 1952, pág. 11.

¹⁰ "En efecto podemos concebir una acción criminosa sin culpa -recordemos tan sólo la responsabilidad objetiva-, pero no podemos imaginarnos un delito sin antijuridicidad, como un hombre sin aspecto humano". (MAGGIORE, *Derecho Penal* [traducción de José J. Ortega Torres], Bogotá, Temis, 1954-1956, I, pág. 383).

Concordantemente, JIMÉNEZ HUERTA, *loc. cit.*

fenómeno punitivo, con las formas aberrantes de imputación (¹¹), y en una depurada concepción de lo criminoso sobre la base exclusiva de la personalidad (¹²), sino asimismo en los delitos de posición o de sospecha y en situaciones similares.

La significación de la antijuridicidad y la punibilidad (¹³) es, no obstante, diversa. La primera no es un concepto propio únicamente del Derecho criminal, sino que éste comparte con otras ramas jurídicas, o sea, un concepto fundamental del Derecho (¹⁴), y, en cuanto tal, constituye el género próximo de la noción de delito, mientras que la segunda sí es un concepto privativo del Derecho Penal, distingue y separa del abigarrado conjunto de actos antijurídicos y culpables, recorta y perfila dicha noción y constituye lógicamente su diferencia específica.

En este punto no cabe en verdad oponer que, concibiendo el delito como antijuridicidad y culpabilidad tipificadas, regidas por un mismo tipo, "puede hasta desaparecer la «amenaza penal adecuada» como característica especial de las acciones punibles" (¹⁵), pues nunca lo empíricocultural y contingente, lo adventicio, puede dejar sin función ni, por tanto, desplazar lo esencial y necesario. Así se percibe y corrobora con gran claridad en los cambios de la dogmática alemana en su concepción y definición del delito, impuestos por las alteraciones de su ordenamiento penal, cuando las mudanzas políticas suprimen en éste la legalidad y de consiguiente la tipicidad cesó de caracterizar aquél, y quienes habían entendido que la referencia a la última hacía superflua la de la punibilidad y prescindieron de ella hubieron de recurrir de nuevo a su mención para acotar suficientemente el concepto de lo delictivo.

Sentado cuanto antecede, surge con el máximo rigor lógico, y es claro, que un acto cuya perpetración esté conminada con una amenaza penal, o en otros términos,

¹¹ En las cuales, además de una vinculación subjetiva, de orden psíquico, del individuo con lo que ocurra, falta, asimismo, una vinculación objetiva, de carácter físico, o sea, causal.

¹² Piénsese en un neto derecho penal de autor.

¹³ Ambas, según se ha hecho ver, con jerarquía de notas necesarias, o sea, infaltables, en la noción del delito en abstracto o en sí misma considerada, cualesquiera que sean la caracterización que éste reciba en los diferentes ordenamientos punitivos y las consiguientes exigencias que en ellos se añadan y lo constituyan y perfilen y que dogmáticamente proceda indagar y establecer.

¹⁴ Así, por ejemplo, en STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho* (traducción de Wenceslao Roces), Madrid, Reus, 1930, págs. 294-295.

¹⁵ BELING, *La doctrina del delito-tipo* (traducción de Sebastián Soler), Buenos Aires, Depalma, 1944, pág. 29.

que se constituye en tal, cuya razón de ser como tal se origina y determina, por la amenaza de una pena, es y no puede dejar de ser, por ello solo, apto para o susceptible de ser penado, punible (¹⁶).

En otro plano de razonamiento, que enlaza, sin embargo, con el anterior y quizá suponga alguna reiteración, la tipicidad es una nota eminentemente empíricocultural, histórica, y, por ello, accidental y contingente. Ha aparecido en el Derecho Penal, signando la noción de delito, sólo con y a consecuencia de la consagración, en la época que se ha señalado y que, por lo demás, es de todos conocida, del principio legalista, el cual, a su vez, tiene raíces y responde a exigencias políticas y sociales bien determinadas (¹⁷), y, como no podía dejar de ocurrir, ha sufrido *pari passu* con éste las mismas excepciones y desfiguraciones, e incluso críticas acerbadas y eclipses importantísimos, en nuestro propio mundo de cultura. Ahora bien, nunca lo empíricocultural y contingente puede convertir en superfluo o redundante y subsistir lo constitutivo y necesario, y, por consiguiente, tampoco la adopción de la tipicidad como rasgo específico de la noción de delito en nuestra clase de ordenamientos puede hacer que desaparezca del concepto de éste la referencia a un elemento que integra su propia esencia, la punibilidad; y la mera observación del proceso seguido y las vicisitudes experimentadas, tanto en lo doctrinal como en lo legislativo, por la tipicidad en menos de dos siglos, proceso y vicisitudes ya apuntados, lo confirma. Un concepto jurídico fundamental, como también es el delito, no puede quedar librado en su estructura y definición a la mención de características históricas, es decir, contingentes sino que precisa articularse y explicitarse en sus elementos esenciales y necesarios, siquiera luego el devenir y los acaecimientos culturales lo complementen y revistan, y modifiquen su perfil, conforme cambien con el tiempo en los distintos pueblos las valoraciones comunitarias, el condicionamiento social y el orden político, sin alterar, empero, su entidad primigenia y básica, y siquiera tales mutaciones, que lo indentifican y sitúan ya en las coordenadas de un ordenamiento particular, hayan de ser recogidas también en su definición dogmática.

Y viniendo, en fin, al terreno de la dogmática, como toda exención de la responsabilidad criminal no puede, lógicamente, ser debida sino a la falta de uno de los elementos que integran el delito y originan así aquélla, y hay eximentes en los

¹⁶ Entiende muy de otra manera la punibilidad, ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 1977, págs. 557-559; y *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 1980-1983, V, págs. 11-18.

¹⁷ Lo cual no excluye que dicho principio posea además una fundamentación filosófica; fundamentación, sin embargo, que, como quiera que la Filosofía también se da en un proceso histórico, no se hizo patente y eficaz sino coincidiendo con determinados y concordantes condicionamientos y exigencias políticas y sociales.

distintos ordenamientos, como las de los artículos 208, 324 y 351 del Código peruano, en las cuales no falta la actividad, ni la tipicidad, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad, se hace ineludible admitir la existencia de otro, cuyo reverso o faz negativa sean: la punibilidad; tanto más, cuanto que el fundamento políticocriminal de ésta, la necesidad, conveniencia o utilidad pública, funda asimismo, negativamente, las excusas absolutorias y se percibe con mayor o menor nitidez en cada una. La existencia de las excusas absolutorias supone y requiere la de la punibilidad como nota o cualidad esencial e indefectible del delito, y, en congruencia, la segunda es la razón de ser de las primeras y las explica (¹⁸).

Por lo demás, los significados de la tipicidad y de la punibilidad son por entero diferentes, ya que aquélla exige descripción completa y minuciosa, en lo esencial, de un acto en la ley, para que pueda ser considerado delictuoso, mientras que la punibilidad sólo indica que ha de ser susceptible de la particular especie de sanción jurídica que es la pena. Y, puesto que la punibilidad señala en el delito la conveniencia pública de sancionarlo penalmente, y la pena se impone por la misma razón como su genuina consecuencia jurídica, el principio generador de las excusas absolutas ha de consistir en una razón también de conveniencia social, *utilitatis causa*, que aconseja antes limitar la acción de la ley penal ante ciertas situaciones que descargar sobre ellas su peso y consecuencias, por seguirse de tal limitación más beneficio o provecho para la comunidad que de su punición.

De los tres razonamientos precedentes, *a priori* el primero (¹⁹), tomando en cuenta hechos históricos el segundo y de índole dogmática el postrero, se concluye que la punibilidad, muy a la inversa de ser pleonástica, es imprescindible para acotar con seguridad el delito; y, establecido esto, es de aclarar que punibilidad denota simplemente en un acto su calidad de punible, susceptible de ser punido, aunque quede por siempre impune, como culpabilidad la calidad de culpable, la posibilidad lógica, conforme al deber ser, de ser culpado, aunque, por no ser descubierto el caso o por un error judicial, jamás se formule el pertinente juicio de reproche y sea culpado (²⁰). Se trata nada más que de una pontencialidad, que puede o no ser

¹⁸ Se entiende que en relación negativa recíprocamente entre una y otras.

¹⁹ Es decir, que se trata de un razonamiento desenvuelto con un criterio completamente formal, sin el más mínimo momento empírico en los datos de que parte ni en el curso de la argumentación.

²⁰ Hace muchos años dijimos que, evidentemente, "la culpabilidad es una nota propia del acto, mas como posibilidad -y por demás expresivo de ello es el sufijo con que termina la palabra- intrínseca o inherente a él de ser objeto de un juicio, independientemente de quien lo formule o aun cuando acaso quede sin formular nunca; el acto es culpable antes de ser y aunque jamás sea culpado (como es punible por más impune que quede)" (*La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, cit., pág. 122).

En realidad, apuntamos tal punto de vista acerca de la culpabilidad, con el que concuerda el

actuada. Y aclaremos también que no se debe confundir punibilidad con penalidad ni con pena.

Por penalidad se debe entender la amenaza penal, esto es, la pena abstracta con la que cada hipótesis delictiva se halla conminada en la ley y que se aplicará y hará efectiva concretamente en y para cada caso particular en que la hipótesis se actualice, pasando de ser un mero supuesto legal a ser una realidad humana y social.

Menos la de muerte y las perpetuas o la confiscación, que, naturalmente, no admiten graduación y son rígidas, pero que por fortuna hoy no constituyen sino excepciones en franco descrédito, tales amenazas penales, penas abstractas o, con una sola palabra, penalidades, son flexibles o elásticas, o sea, divisibles, es decir, constan de una cantidad más o menos nutrida, y por lo general inmensa, de posibilidades, comprendidas entre un límite inferior y otro superior -mínimo y máximo-, de las cuales se deberá estimar, escoger e imponer una, que será la que corresponda a la gravedad del caso delictuoso que se juzga y la que en definitiva haya de cumplir el condenado por razón de su responsabilidad en él.

La pena, por último, es algo más concreto, absolutamente concreto; no la amenaza que la ley designa y con que la ley conmina en abstracto para la hipótesis de una determinada especie delictiva, sino su actualización y concreción, mediante el proceso de su individualización⁽²¹⁾, en una posibilidad y magnitud incluida en aquélla que el juez precisa e impone por una ocurrencia delictuosa particularizada y que el condenado debe cumplir.

Esta sí, y no su posibilidad, es consecuencia del delito. El delito, para y por serlo, es punible, pasible de pena, con independencia de que sea o no penado. Que sea punible no exige ni envuelve que haya de ser penado, por la sencilla razón de que la potencia no implica o exige el acto ni el deber ser envuelve el ser. En cambio, la sanción, toda sanción, la sanción de cualquier tipo, no es sino la consecuencia normativa del incumplimiento de un deber; y, por tanto, la pena, como sanción jurídica que es, la especie más grave, y de carácter público, de que disponga

relativo a la punibilidad, varios años antes, en el artículo "El proceso de Lieja a la luz de la dogmática penal", aparecido en diversas revistas americanas en 1966 y 1968 (incluso, en una de ellas, con fecha de 1965), y recogido más adelante en el volumen *Nueva crónica del crimen*, ya cit., págs. 31-57. Por lo demás, este artículo no es sino la versión escrita de una conferencia que sobre el mismo tema pronuncié en Concordia, Santa Fe y Rosario, en la República Argentina, los días, respectivamente, 29 de junio, 10 de agosto y 21 de setiembre de 1963.

²¹ La individualización de la pena, en expresión de RAYMOND SALEILLES (*L'individualisation de la peine*, Paris, 1898; trad. española de Juan Hinojosa, Madrid, Reus, 1914, 369 páginas), con precedente menos recordado en EMIL WAHLBERG (*Das Prinzip der Individualisierung der Strafrechtspflege*, Viena, 1869), o su determinación, también puede ser llamada su graduación.

el respectivo ordenamiento jurídico, ha de ser consecuencia del incumplimiento de un deber, o sea, en su caso, de un acto de la mayor intensidad antijurídica en el ordenamiento de que se trate, de un delito.

Al cabo de todo lo cual se puede inferir algunos puntos de claridad. No es el menor deshacer la confusión de plantear que la pena, o como a veces se dice, la penalidad, sea un carácter o elemento del delito y sostener y comprobar, por otro lado, que es su consecuencia. Tampoco carece de importancia distinguir con nitidez y emplear con corrección, no ya palabras -y no sería poco-, sino algo de mucha mayor entidad, los conceptos que hay y que laten tras ellas y que ellas deben significar, de punibilidad, penalidad y pena; y, para concluir, acaso sea el de mayor volumen o alcance sistemático dar fin al desorientado y desconcertante vagar de las excusas absolutorias, que, entre cuantos clausuran la noción de delito con la culpabilidad, no hallan ni pueden hallar sede, por modesta que sea, en que asentarse, y asignarles un lugar que con razón puedan llamar propio y que permita comprenderlas.