

Claus Roxin

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA
DE LA TEORIA DEL DELITO

Traducción y notas

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
JAVIER DE VICENTE REMESAL

CIVITAS

SECCION 1.^a

FUNDAMENTOS

§ 1. El Derecho penal en sentido formal. Definición y delimitación

I. La sanción (pena y medida) como criterio formal de definición del Derecho penal y la doble vía del sistema de sanciones

El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que **1** regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas, como el homicidio (§§ 211 ss. *), las lesiones (§§ 223 ss.), el hurto (§§ 242 ss.), etc., pero también p.ej. las disposiciones sobre error (§ 16 s.), capacidad de culpabilidad (§§ 19 ss.), legítima defensa (§ 32), etc., de las que se deduce en concreto cuándo acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los preceptos sobre sanciones de los §§ 38-76 a, que se ocupan de la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad.

Penas y medidas son por tanto el punto de referencia común a todos los **2** preceptos jurídicopenales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.

El StGB cuenta con dos **penas principales**, la pena privativa de libertad (prisión) y la de multa, cuya configuración se describe en detalles en los §§ 38-43, y con dos **penas accesorias**, la pena de privación del patrimonio (§ 43 a) y la de privación del derecho de conducir (§ 44). La diferencia entre pena principal y accesoria consiste en que las penas principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las penas accesorias sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal; por consiguiente, nadie que haya cometido un delito de circulación puede ser castigado sólo con privación del derecho de conducir, sino que la imposición de dicha pri-

* Los párrafos (§§) sin indicación de ley corresponden al StGB. Los párrafos o apartados se identifican por números romanos, y los núms. o incisos por números árabes.

vacación de ese derecho va unida a que simultáneamente se le condene a una pena privativa de libertad o de multa. Por otra parte, mientras que el StGB sólo prevé dos penas principales, a las que en Derecho penal militar hay que añadir el arresto penal (§ 9 WStG), el § 61 enumera seis medidas de seguridad y corrección, cuyo contenido se regula detalladamente en los preceptos de los §§ 62-72.

3 Para comprender el moderno Derecho penal es decisiva la diferencia entre sus dos consecuencias jurídicas, que, prescindiendo por el momento de todas las cuestiones polémicas sobre la función de penas y medidas (vid. sobre ello *infra* § 3) y formulándola del modo más conciso, consiste en lo siguiente: toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Así se dice en el § 46 I 1: “La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena”. Por tanto, si falta la culpabilidad, p.ej. por trastornos mentales (§ 20) o por un error de prohibición invencible (§ 17), está excluida la punición del sujeto. En cambio, aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado “es peligroso para la colectividad” (§ 63 I). P.ej., un asesino enfermo mental no puede ser castigado al faltar la culpabilidad y por ello debe ser absuelto de la acusación de haber cometido un delito de homicidio punible; en su lugar se le puede imponer bajo los presupuestos del § 63 la medida de seguridad de “internamiento en un hospital psiquiátrico”. Ahora bien, pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que frecuentemente se aplican también conjuntamente. Así si en la comisión de un delito de tráfico culpable se deduce de las circunstancias que el autor “no es apto para conducir vehículos” (§ 69 I 1), junto a la condena a una pena de prisión o de multa se le impondrá la medida de seguridad de privación del permiso de conducir (¡que no debe confundirse con la mencionada pena accesoria de la prohibición de conducir!). Por tanto, es cierto que la culpabilidad no es condición de una medida, pero tampoco la impide. Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y la peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes, por lo que pena y medida pueden presentarse respectivamente como consecuencia jurídica por sí sola, pero también conjuntamente.

4 De lo anterior se desprende que la denominación generalmente acuñada de “Derecho penal” realmente es incorrecta. Más exactamente debería llamarse: “Derecho penal y de medidas”. Pero la restrictiva denominación “Derecho penal”, que por razones de sencillez también se va a seguir aquí, históricamente se explica por el hecho de que las medidas no se introdujeron en el antiguo StGB de 1871 hasta un momento relativamente tardío, concretamente por Ley de 24-11-1933; por tanto la pena había sido antes la única sanción

de la la ley. Desde la introducción de las medidas se habla en Derecho alemán de un “sistema de la doble vía”¹, por contraposición a los sistemas de única vía o monistas, que o bien sólo conocen penas o sólo medidas (cfr. § 3, nm. 62). Políticocriminalmente las medidas se basan en que la pena debido a su vinculación a la culpabilidad sólo puede cumplir insuficientemente la misión de protección de la sociedad. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado, pero no obstante en interés de la población —y concretamente mediante la imposición de una medida— se le puede impedir que cometa otros hechos punibles. En caso de escasa culpabilidad es cierto que sigue siendo posible una pena (según el § 46, correlativamente poco grave), pero frecuentemente la misma no basta para la defensa frente a los peligros procedentes del autor; y entonces hay que prevenirlos mediante una medida prevista en la ley. Por consiguiente, las medidas coinciden con una ineludible necesidad social; por ello, pese a su introducción en el año 1933 no se basan en el patrimonio ideológico nacionalsocialista, sino en trabajos previos de las décadas anteriores y han sido también mantenidas y desarrolladas en la reforma del Derecho penal. La mayoría de los Códigos Penales modernos se basan hoy en el principio de la doble vía.

II. El Derecho penal como Derecho público. Medidas disciplinarias, multas y sanciones administrativas como sanciones no penales

Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público. Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio.

No pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas de las del Derecho criminal. Así el Derecho disciplinario de diversos *status* profesionales (p.ej. de los funcionarios) no es Derecho penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido

¹ La doble vía se remonta al penalista suizo Carl Stooss (1849-1934), que la había promovido (desde 1893) en sus Proyectos (suizos) de CP (sobre Stooss, para más detalles Kaenel, *Die Kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien*, 1981). En Alemania su primer paladín fue especialmente el gran político criminal Franz v. Liszt (cfr. sobre él § 3, nm. 12).

de los §§ 38 ss. StGB. Igualmente el Derecho de las contravenciones regulado en la OWiG, cuyas disposiciones en parte son similares o iguales a las del Derecho penal, tampoco es Derecho penal, ya que sus tipos sólo permiten “el castigo con una multa administrativa” (§ 1 I OWiG). Y p.ej. las sanciones que se imponen por desobediencia o conducta indebida ante un tribunal, tampoco son penas en el sentido del Derecho criminal, aunque consistan en privación de libertad o en pagos dinerarios. Por eso el legislador, respecto de esas que antes se denominaban “penas de orden”, para evitar malentendidos hoy habla tan sólo de “medios de orden” (“arresto de orden” y “multa de orden”; cfr. los §§ 177 y 178 GVG). De modo absolutamente general el legislador está obligado a utilizar los conceptos de pena de privación de libertad, de arresto, de orden y de multa sólo para sancionar delitos (art. 5 EGStGB).

III. Derecho penal accesorio

7 Por otra parte, el ámbito del Derecho penal va mucho más allá del StGB. Existe un número extraordinariamente grande de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes especiales se la denomina “Derecho penal accesorio”². Por lo general no es objeto de clases especiales en la Universidad; pero la Parte general del Derecho penal, que se trata en este libro, rige para el Derecho penal accesorio exactamente igual que para las descripciones delictivas de la Parte especial del StGB (cfr. art. 1 EGStGB).

IV. El Derecho penal material como parte de la ciencia global del Derecho penal; sus diversas disciplinas

8 El Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la Justicia penal y se denomina por ello también “Derecho penal material”. Este Derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología.

² El Derecho penal accesorio está recopilado en los Comentarios de Erbs/Kolhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 5.^a ed., 1993 (edición en fascículos intercambiables con entregas complementarias regulares).

1. El **Derecho procesal penal** contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. Su principal base jurídica la forman en Derecho alemán la Ordenanza Procesal Penal (StPO) de 1-2-1877 y la Ley Orgánica de los Tribunales (GVG) de 27-1-1877.

Bibliografía: Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (22 redactores), desde 1988; Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, ³1979; Beulke, Strafprozeßrecht, 1994; Eser, Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983; Fezer, Strafprozeßrecht I y II, Juristischer Studienkurs, 1986; Frank, Strafprozeßrecht, 1986; Gössel, Strafverfahrensrecht, t. I, 1977; t. II, 1979; Henkel, Strafverfahrensrecht, ²1968; Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, ³1993; Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 1990, suplemento 1991; Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, ²1994; Klein-knecht/Meyer-Goßnert, Strafprozeßordnung, ⁴1993; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 1984; Krey, Strafverfahrensrecht, t. 1, 1988; t. 2, 1990; Kühne, Strafprozeßlehre, ⁴1993; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 24.^a ed., desde 1984; Meurer, Strafprozeßrecht, ³1991; Müller/Sax/Paulus, Kommentar zur Strafprozeßordnung (= KMR), 8.^a ed., desde 1986; Müller-Dietz/Jung (eds.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, 1989; Peters, Strafprozeß, ⁴1985; Pfeiffer, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, ²1993 (= separata de la Einleitung del Karlsruher Kommentar, ³1993); Roxin, Strafverfahrensrecht, ²³1993; idem, Prüfe dein Wissen: Strafprozeßrecht, ¹⁴1994; Rüping, Das Strafverfahren, ²1983; G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens an Hand einer Akte, ⁵1992; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 1990; Schlüchter, Das Strafverfahren, ²1983; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Parte I, ²1964; Parte II, 1957; Nachträge und Ergänzungen a la Parte II, 1967; Nachtragsband II a la Parte II, 1970; Parte III, 1960; Schroeder, Strafprozeßrecht, 1933; Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, de Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüter/Wolter, desde 1986; Weiland, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, 1988; Wiczoreck, Strafverfahrensrecht, ⁷1991; Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, ⁶1987; Zipf, Strafprozeßrecht, ²1976.

2. El **Derecho de medición (o determinación) de la pena** comprende **10** en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. En las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible. Por ello los preceptos legales sobre la medición de la pena están contenidos con razón en el StGB (§§ 46-51). Debido a la pertenencia sistemática del Derecho de medición o determinación de la pena al Derecho penal material se tratará también en sus rasgos esenciales en esta exposición (en el tomo II).

Bibliografía: Bruns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, ²1974; idem, Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, ²1985; idem, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 751; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; Montenbruck, Strafraumen und Strafzumessung, 1983; G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990; Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984.

3. El **Derecho penitenciario** se añade al hecho punible, el proceso penal **11** y la determinación de la pena y contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de

libertad. A través de la Ley Penitenciaria (StVollzG) de 16-3-1976 se ha producido por primera vez su regulación legal.

Bibliografía: Böhm, Strafvollzug, ²1986; Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, ⁶1994; Driebold (ed.), Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen, 1983; Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen. ⁴1994; Eisenhardt, Strafvollzug, 1978; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, ⁴1991; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, Juristischer Studienkurs, ³1987; Müller-Dietz/Kaiser/Kerner, Einführung und Fälle zum Strafvollzug, 1985; Schwind/Blau, Strafvollzug in der Praxis, ²1988; Schwind/Böhm (eds.), Strafvollzugsgesetz, ²1991; Solbach/Hofmann, Einführung in das Strafvollzugsrecht, 1982; Walter, Strafvollzug, 1991; Wassermann (ed.), AK-Strafvollzugsgesetz, ³1990.

- 12** 4. No por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor, el **Derecho penal juvenil** se convierte en un campo del Derecho propio. Trata los delitos de los jóvenes (de 14 a 18 años) y sus consecuencias (sólo parcialmente penales). Su regulación se encuentra en la Ley de Tribunales de Jóvenes (JGG) de 4-8-1953; y contiene preceptos especiales de Derecho material, procesal, de medición de la pena y penitenciario para jóvenes menores (en parte también para jóvenes mayores de edad entre 18 y 21 años), y por tanto, a efectos de sistemática jurídica debe encuadrarse parcialmente en todas las disciplinas antes indicadas.

Bibliografía: Albrecht, Jugendstrafrecht, ²1993; Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht, ²1985; Brunner, Jugendgerichtsgesetz, ⁹1991; Dallinger/Lackner, Jugendgerichtsgesetz, ²1965; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, ⁵1993; idem, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; Herz, Jugendstrafrecht, ²1987; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, ²1991; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, ¹¹1993.

- 13** 5. Mientras que los cinco campos indicados hasta ahora (Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho de medición de la pena, Derecho penitenciario y Derecho penal juvenil) son ciencias normativas, es decir que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación, frente a ellas se encuentra la **criminología** como ciencia de la realidad. La misma, si se toma como base su definición más amplia ³, es “la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta”. Científicamente representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas.

Bibliografía: Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; idem, Kriminologie, ³1990; Göppinger, Kriminologie, ⁴1980; Herren, Lehrbuch der Kriminologie, t. I, ²1980; t. III: Denktraining in Kriminalistik und Kriminologie, Fallanalysen, 1982; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988; idem, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, ⁸1989; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; H. Kaufmann, Kriminologie, t. I, 1971; t. III, 1977; Lüderssen, Kriminologie, 1984; Robert, Strafe, Strafrecht, Kriminologie, 1990; Schneider,

³ Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988, § 1, nm. 2.

Kriminologie, ³1993; Schwind, *Kriminologie in der Praxis*, 1986; idem, *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, ⁵1993.

Si al Derecho penal material se le añaden los campos jurídicos expuestos **14** en los nn. 9-13, se puede denominar la suma de sus contenidos como la “ciencia global del Derecho penal” ⁴. Dentro del campo de esa ciencia global del Derecho penal el Derecho penal material sólo constituye un fragmento limitado. Por ello hay que ser consciente de que para la comprensión científica de la Justicia penal no basta en absoluto el conocimiento del Derecho penal material. El Derecho penal sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina. Pero este conocimiento le aprovechará poco a quien no sepa si y con qué requisitos se puede llevar a cabo una pretensión penal estatal, o según qué puntos de vista debe determinarse una eventual pena, cómo debe cumplirse, en dónde radican las causas reales de la criminalidad y cómo se puede reconducir lo más posible al delincuente al camino de la legalidad. Además, las soluciones de problemas jurídicos en un campo (p.ej. en el Derecho penal material) pueden depender de los conocimientos obtenidos en otro campo (v.gr. de datos procesales o de perspectivas criminológicas), cuestión en la que habrá que entrar repetidamente en el curso de esta exposición. Un Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la “ciencia global del Derecho penal”. Sin embargo, ciertamente el Derecho penal material es en cierto modo la ciencia base de todo ese campo jurídico; pues la punibilidad de una conducta, que debe determinarse según sus reglas, es —y ello vale en lo sustancial también para el campo del objeto de la criminología, concebido por la mayoría de los autores de modo algo más amplio (cfr. nn. 13)— el presupuesto para que las demás ciencias al servicio de la Justicia penal puedan siquiera ocuparse del caso.

V. La Parte general del Derecho penal material

La “Parte general” del Derecho penal, que constituye el objeto de este libro, **15** es nuevamente sólo un campo parcial del Derecho penal material. Está regulada en el StGB en los §§ 1-79 b, mientras que los §§ 80-358 contienen la “Parte especial”. La división de la materia, que nos marca el StGB, está configurada de tal manera que la “Parte especial” proporciona las concretas descripciones de los delitos e indica la pena prevista para cada delito ⁵. Por tanto, quien quiera informarse sobre el homicidio (§ 212), lesiones (§§ 223 ss.), hurto

⁴ Por ello la mayor revista especializada de Derecho penal (fundada en 1881 por Franz v. Liszt y Adolf Doehow) lleva el título de “Revista de la Ciencia global del Derecho penal”: “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” (= ZStW).

⁵ Sobre la relación de la Parte general respecto de la Parte especial cfr. además § 7, nn. 2.

(§ 242), estafa (§ 263), etc., deberá consultar siempre en la Parte especial. En cambio, la “Parte general” comprende las disposiciones, válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos y consecuencias de la conducta punible. En ella se tratan por tanto, por una parte, instituciones jurídicas como la legítima defensa (§ 32), el error (§§ 16 y 17), la tentativa (§§ 22 ss.), autoría y participación (§§ 25 ss.), capacidad de culpabilidad (§§ 19-21), etc.; y por otra parte se regulan en la Parte general también las consecuencias jurídicas del hecho, es decir, sobre todo las diversas penas (§§ 38 ss.) y medidas de seguridad (§§ 61 ss.) en particular. Así pues, la Parte general del StGB es un producto de la abstracción; contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y anteponer a los delitos concretos descritos en la Parte especial*. Por ello se explica el carácter básico de este campo material, con el que concuerda que también las cuestiones centrales de la teoría del Derecho penal, como las teorías de la función del Derecho penal y del fin de la pena, tradicionalmente —y aquí también— se discutan en el marco de la Parte general.

* Literalmente el texto habla de todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede traer “antes del paréntesis” (“*vor die Klammer*”) de los delitos concretos descritos en la Parte especial; sobre el significado de esta expresión utilizada en matemáticas cfr. *infra* nota * al § 10, nm. 14 [N. del T.].

para la ordenada convivencia humana". Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal.

XIII. La delimitación por su contenido entre la pena y otras sanciones similares a las penales

1. Delimitación respecto de la multa del Derecho contravencional

Bibliografía: Frank, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898), 733; J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Lange, Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3; Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457; Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, tes. doct. Würzburg, 1961; Danschacher, Die theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß, tes. doct. Hamburg, 1963; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Göhler, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, 583, 613; Eb. Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-FS, 1969, 415; Tiedemann, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Mattes, Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970), 25; R. Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 1, Geschichte und Rechtsvergleichung, 1971; Tiedemann, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972, 285; Rotberg, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ⁵1975; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. 1, 1976, 115; Knapp, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, JuS 1979, 609; Hirsch, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980), 218; U. Weber, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 92 (1980), 313; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 2, Geltendes Recht und Kritik, 1982; Bohnert, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, 11; Delmas-Marty, Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht, ZStW 98 (1986), 794; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ²1988; Boujong (ed.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989; Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ¹⁰1992.

De lo expuesto sobre el concepto material de delito resulta ya que los hechos **39** punibles y las contravenciones no se distinguen por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico (nm. 4, 6), puesto que ambos lesionan bienes jurídicos. En cambio, como también se ha expuesto ya (nm. 30), el principio de subsidiariedad es el criterio de delimitación por su contenido. El legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de a la incriminación y a la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del Derecho contravencional mejor o tan bien como con la pena. A veces queda descartada de antemano la pena como sanción: puesto

que la misma sólo se les puede imponer a los hombres (cfr. más en detalle § 8, nm. 54 ss.), las personas jurídicas y las agrupaciones de personas sólo pueden ser sancionadas con multas contravencionales —a veces muy elevadas— (§ 30 OWiG). Pero en la mayoría de los casos la sanción de una conducta como contravención se presenta como posibilidad adecuada cuando una infracción de la ley hace precisa ciertamente una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social ya no una pena criminal (cfr. los supuestos de los §§ 111 ss. OWiG). Así p.ej., el hecho de indicar un nombre falso a las autoridades (§ 111 OWiG), o los de penetrar indebidamente en instalaciones militares (§ 114 OWiG), de provocar un ruido inadmisibles (§ 117 OWiG) o de otra molestia grosera a la comunidad (§ 118 OWiG), no se pueden simplemente tolerar; pero para impedir tales conductas basta con la multa administrativa.

40 De ello se deriva que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones (cfr. ya nm. 4, 14). Es cierto que la sent. BGHSt 11, 264, opinaba todavía, invocando a Goldschmidt y Erik Wolf (nm. 4), que la doctrina ha “hallado una diferencia material entre esas dos clases de injusto. El injusto criminal merece un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa”. Pero es fácil darse cuenta de que las contravenciones del Derecho de la circulación (§§ 49 StVO, 69 a StVZO) en gran parte, aunque sea en forma de infracciones de peligro abstracto, protegen la vida y la salud y no constituyen de ningún modo una mera “desobediencia a una orden administrativa”. Por otra parte, muchos delitos contra el medio ambiente consisten en infracciones de “órdenes administrativas”, sin que por ello carezcan de carácter criminal. Tampoco se puede decir que los hechos delictivos necesariamente son éticamente reprobables, y que en cambio las contravenciones son éticamente neutras; pues quien p.ej. circula por la mitad izquierda de la calzada o se excede conscientemente de la velocidad máxima permitida (§§ 2, 3, 49 I n.^{os} 2 y 3 StVO), se comporta de un modo que no es en absoluto éticamente irreprochable. Al contrario, el juicio de desvalor ético en las contravenciones sólo es menor que el de los hechos punibles en la medida en que disminuye su peligrosidad social.

41 Así pues, la diferencia entre hechos punibles y contravenciones es predominantemente de tipo cuantitativo, y no cualitativo. Ello concuerda —frente a la posición en la que se basó la distinción en sus orígenes— actualmente con la opinión absolutamente dominante⁵⁰. No obstante hay un límite, más allá del cual la cantidad se transforma en cualidad: así no es planteable castigar un asesinato, una toma de rehenes o un atraco a un banco sólo como contravenciones. En el campo nuclear del Derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo

⁵⁰ Cfr. n. 54.

penal en caso de delitos de un cierto peso⁵¹. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el “ámbito nuclear” y por ello se le asignen al Derecho penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p.ej. el anterior “hurto de comestibles”, que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones⁵².

De ahí se sigue que la delimitación entre delitos y contravenciones ciertamente —como siempre sucede al aplicar el principio de subsidiariedad— queda sometida en un amplio terreno fronterizo al arbitrio del legislador (cfr. nm. 31) y no obedece a leyes vinculantes en cuanto a contenidos, pero que en el caso de delitos graves en el ámbito nuclear de la delincuencia la punibilidad está absolutamente prefigurada por criterios de contenido⁵³. Por ello, respecto de la delimitación por su contenido se debería hablar más bien, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa⁵⁴.

2. Delimitación respecto de las medidas disciplinarias

Bibliografía: Stock, *Entwicklung und Wesen des Amtsverbrechens*, 1932; Eb. Schmidt, *Strafrecht und Disziplinarrecht*, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, 859; Thieme, *Vom Wesen des Disziplinarrechts*, DVBl 1957, 769; Kugler, *Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?*, ZBR 1960, 33; Behnke, *Disziplinarrecht und Strafrecht*, ZBR 1963, 257; Baumann, *Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe*, JZ 1964, 612; Hagedorn, *Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-)Strafrecht?*, NJW 1965, 902; Wiese, *Der Verfassungssatz ne bis in idem —Art. 103 III GG— und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht*, VerwArch 56 (1965), 203, 354; Arndt, *Der Zweck der Disziplinarstrafe*, DÖV 1966, 809; Baumann, *Der Lichtblick im Disziplinarrecht*, JZ 1967, 657; Ostler, *Neues im Disziplinarrecht*, NJW 1967, 2033; Arndt, *Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand*, DÖV 1968, 39; Dau, *Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand*, DVBl 1968, 62; Fliedner, *Die “Straf”-zwecke der Disziplinarmaßnahmen*, ZBR 1969, 208; Barth, *Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht*, Honig-FS, 1970, 1; Behnke, *Bundesdisziplinarordnung*, ²1970; Claussen/Janzen, *Bundesdisziplinarordnung*, ⁵1985; Ukena, *Disziplinarrecht und Verbot der Doppelbestrafung*, ZBR 1987, 208; Fleig, *Das Verbot der Doppelbestrafung im Disziplinarverfahren*, *Verwaltungsblatt für Baden-Württemberg*, 1989, 86; Dau, *Wehrdisziplinarordnung*, ²1990.

⁵¹ Así tb. p.ej. Maurach/Zipf, AT/¹8, 1/35; Jakobs, AT², 3/10.

⁵² De otra opinión en este campo, sobre todo Jakobs, AT², 3/10, según el cual “un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al terreno de las contravenciones” no puede admitirse “en tanto que el principio de protección de la propiedad y el patrimonio deba pertenecer al ámbito nuclear”.

⁵³ En este sentido tb. BVerfGE 27, 18 ss., 29 s.

⁵⁴ A favor de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa: Jakobs, AT², 3/9; Maurach/Zipf, AT/¹8, 1/35; Jescheck, AT⁴, § 7 V 3 b; Sch/Sch/Stree²⁴, antes del § 38, nm. 35; Lang-Hinrichsen, H. Mayer-FS, 1966, 61; Göhler, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, ¹⁰1992, antes del § 1, nm. 6; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, *Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, ²1988, antes del § 1, nm. 8. A favor de la teoría cuantitativa: Schmidhäuser, LB AT², 8/107; Stratenwerth, AT³, nm. 42; Baumann/Weber, AT⁹, § 4 I 2; Krümpelmann, 1966, 166. A favor de la teoría cualitativa: Bohnert, en: *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 1989, Intr., nm. 110.

43 Las medidas disciplinarias sirven para el funcionamiento de organizaciones estatales (sobre todo el funcionariado, el ejército y la Administración penitenciaria) y de profesiones (p.ej. los abogados y médicos) especialmente importantes. A ese respecto el Derecho disciplinario está regulado separadamente y en cada caso de modo diferente para cada organización y cada profesión, por lo que aquí no es posible una enumeración de las bases jurídicas ni siquiera medianamente exhaustiva. Indicaremos sólo algunos ejemplos importantes: Respecto de los funcionarios federales rige la Ordenanza disciplinaria federal (*Bundesdisziplinarordnung*) en versión de 20-7-1967, pero que regula sólo las sanciones disciplinarias (reprensión, multa, disminución del sueldo, traslado, separación del servicio, disminución o privación de la pensión de jubilación) y el procedimiento, mientras que las infracciones en el servicio que dan lugar a una sanción disciplinaria se contienen en los §§ 52 ss. BBG y 35 ss. BRRG. A los soldados y militares se les aplica la Ordenanza disciplinaria militar de 4-9-1972 (*Wehrdisziplinarordnung*: WDO), mientras que el concepto de falta en el servicio como tal se contiene en el § 23 SoldG; simples medidas disciplinarias son la reprensión, reprensión grave, multa disciplinaria, restricción de permisos de salida o arresto disciplinario (§ 18 WDO). Para los jueces hay que acudir a los §§ 63 ss. DRiG, y para los presos, a los §§ 102 ss. StVollzG (cfr. § 1, nm. 11).

44 De modo absolutamente general se considera el injusto disciplinario no como “un mero *minus* frente al injusto criminal”, sino como “un *aliud* por principio”⁵⁵: “Al contrario de la pena criminal, la medida disciplinaria no puede ser retribución por el hecho cometido..., sino únicamente medio de corrección y medida de protección”. Pero esta construcción, que pretende justificar la acumulación de pena y medida disciplinaria y eludir la prohibición del doble castigo (art. 103 III GG), resulta frágil ya por el hecho de que tampoco se puede concebir la pena como retribución⁵⁶ (para más detalles § 3, nm. 8 ss.). Realmente la delimitación partiendo del objeto de la conducta incorrecta es más bien de tipo cuantitativo y obedece al principio de subsidiariedad: La cuestión depende de si una falta cometida dentro de una organización o de una profesión afecta tanto a la comunidad que hay que reaccionar contra ella con una pena criminal, o si se puede resolver con los medios más benignos de la disciplina interna. Así p.ej., un funcionario que incurre en cohecho conmueve tanto la confianza de la comunidad en la fiabilidad de la Administración estatal, que dicha conducta ha de ser castigada con pena criminal. En cambio, otras faltas en el servicio afectan menos a los intereses de la comunidad, por lo que cabe conformarse con medidas disciplinarias internas.

⁵⁵ Cfr. por todos Maurach/Zipf, AT/1⁸, 1/17 s.

⁵⁶ Críticamente frente a la doc. dom. sobre todo Jakobs, AT², 3/11 ss.

Sin embargo, en su configuración el Derecho disciplinario se distingue del **45** Derecho penal en que renuncia en gran medida a tipos exactamente descritos y en que está “orientado al autor”. Cuando p.ej. el § 54 BBG dispone que el funcionario ha de “aplicarse con plena dedicación a su oficio; deberá administrar su cargo desinteresadamente y a plena conciencia; su comportamiento dentro y fuera del servicio ha de ajustarse al respeto y la confianza que su profesión requiere”, una conducta que infrinja ese precepto no está descrita con la exactitud que requeriría un tipo penal según el art. 103 II GG. Además, la medida disciplinaria sirve unilateralmente para incidir sobre el autor (o sea, para la prevención especial), mientras que la pena criminal pretende esencialmente también la incidencia sobre la generalidad (prevención general).

Según el Derecho vigente, se pueden imponer cumulativamente penas y **46** medidas disciplinarias, ya que el art. 103 III GG solamente prohíbe que una conducta sea “castigada más de una vez con base en las leyes penales generales”. Ello es insatisfactorio en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción. Por eso BVerfGE 21, 379 ss., ha resuelto en el sentido de que al menos una privación de libertad disciplinaria (el arresto disciplinario para los soldados y militares) debe computarse a una pena de prisión. Y el § 8 WDO prescribe ahora obligatoriamente para el caso inverso que en caso de “imposición de un arresto disciplinario... debe computarse otra privación de libertad impuesta”; y también en otros casos, junto a una pena “sólo se impondrán simples medidas disciplinarias, o la disminución de sueldo o de la pensión de retiro, si ello es necesario adicionalmente para mantener el orden militar o si se ha dañado seriamente el prestigio del ejército federal”. Una regulación similar se contiene en el § 14 de la Ordenanza disciplinaria federal respecto de los funcionarios.

3. Delimitación respecto de los medios coactivos y de orden de las leyes procesales y leyes análogas

Los medios de orden son sanciones que se imponen por conductas que **47** infringen el orden del proceso. Así p.ej. a los testigos o peritos que dejen de comparecer sin excusa, o que se niegen a prestar declaración o juramento, se les puede imponer una multa de orden y en su caso un arresto de orden (cfr. v.gr. los §§ 51, 70 I y 77 StPO, 380, 390 y 409 ZPO). Además existen medios coactivos, mediante los cuales se obliga a realizar una determinada conducta. Así, para obligar a prestar testimonio se puede ordenar el arresto (§§ 70 II StPO, 390 II ZPO). Para que lleve a cabo acciones insustituibles, se puede compeler al deudor mediante multa coactiva y arresto coactivo (§ 888 ZPO); y en el proceso penal se puede imponer la devolución de cosas mediante medios coactivos (§ 95 II StPO), etc. Mientras que los medios de orden han

de ejecutarse siempre (aunque p.ej. el testigo comparezca o declare posteriormente), los medios coactivos deben revocarse inmediatamente si la conducta que se pretende obligar a cumplir ha sido prestada ya o si resulta superflua.

- 48 Sólo los medios de orden guardan alguna similitud con la pena, mientras que los medios coactivos, dado que tienden exclusivamente hacia el futuro, son comparables más bien a las medidas de seguridad del Derecho penal. En cambio, los medios de orden son sanciones, con las que se reacciona ante una conducta prohibida. Así p.ej., según el § 178 I GVG cabe, frente a las “personas que durante la sesión incurran en una conducta impropia,... imponer y ejecutar de inmediato, a reserva de la persecución en juicio penal, una multa de orden de hasta dos mil marcos o un arresto de orden de hasta una semana”. La delimitación por su contenido frente a la conducta punible se deriva aquí también del principio de subsidiariedad. El legislador opina que también puede lograr un desarrollo ordenado del proceso con el medio más benigno de la sanción no penal. Sin embargo, cuando la conducta impropia constituya delito, se producirá, igual que en el caso del castigo disciplinario, el problema de la doble sanción. Por eso el legislador ha intentado una solución en el § 178 III GVG: “Si por el mismo hecho se impusiere posteriormente una pena, la multa de orden y el arresto de orden se le computarán a la pena”.

4. Delimitación respecto de las penas privadas

Bibliografía: Grossfeld, Privatstrafe, 1961; Baur, Betriebsjustiz, JZ 1965, 163; Franzheim, Die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Betriebsjustiz, JZ 1965, 459; Kienapfel, Betriebskriminalität und Betriebsstrafe, JZ 1965, 599; Lange, Gesellschaftsgerichte in Ost und West, H. Mayer-FS, 1966, 497; Meyer-Cording, Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966, 225; Ernst, Die Ausübung der Vereinsgewalt, tes. doct. Köln, 1969; Flume, Die Vereinsstrafe, Böttcher-FS, 1969, 101; Weitnauer, Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Reinhardt-FS, 1972, 179; Westermann, Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, 537; Feest, Betriebsjustiz: Organisation, Anzeigebereitschaft und Sanktionsverhalten der formellen betrieblichen Sanktionsorgane, ZStW 85 (1973), 1125; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes gegen den Ladendiebstahl, Recht und Staat, Heft 439, 1974; Kramer, Ladendiebstahl und Privatjustiz, ZRP 1974, 62; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz, Recht und Staat, Heft 447/448, 1975; Carstens, Zivilrechtliche Sanktionen gegen Ladendiebe, ZRP 1975, 268; Ullrich, Luhmann, Betriebsjustiz und Rechtsstaat, 1975; Arzt, Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen den Ladendiebstahl, JZ 1976, 54; Kaiser/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz, 1976; Meurer, Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1976; Naucke/Deutsch, Gutachten D und E zum 51. DJT, 1976; Rössner, Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung, ZRP 1976, 141; Schoreit, Strafrechtlicher Eigentumsschutz gegen Ladendiebe, JZ 1976, 49, 167; Kuhlmann, Betriebsjustiz und Werkerschutz, ZRP 1977, 298; Lohse, Grundgesetz und Betriebsgerichtsbarkeit, Klein-GS, 1977, 288; Schoreit (ed.), Problem Ladendiebstahl, 1979; Wagner, Staatliche Sanktionspraxis beim Ladendiebstahl, 1979; Rosellem/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz und Strafjustiz als alternative Formen der Normdurchsetzung, en: Blankenburg y otros (eds.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980; Zipf, Kriminalpolitik, ²1980, 122; Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 1981; Rehbinder, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, Noll-GS, 1984, 257; Dölling, Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD, en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 1;

Hamm, *Eigentum im Wandel der Zeiten*, KritV 1993, 213; Lampe, *Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität*, etc., en: Lampe (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht*, t. I, 1993, 55.

La pena privada se distingue de la pena criminal en que se basa en un 49
sometimiento voluntario del afectado a la misma. El ejemplo clásico es la pena contractual del § 339 BGB: “Si el deudor le promete al acreedor pagar una suma de dinero como pena para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla en la forma debida, deberá cumplir la pena si incurre en mora”. También son penas privadas las penas de las agrupaciones, que se contienen en los estatutos de algunas agrupaciones o asociaciones y cuya licitud reconoce el miembro con su incorporación a las mismas. La pena privada no vulnera el § 92 GG, porque su imposición no es un acto de la jurisdicción.

La importancia práctica de la pena privada va en aumento; y lo notable 50
políticocriminalmente es que en algunos ámbitos se impone en lugar de la pena criminal. Ello sucede sobre todo en el caso de la justicia dentro de la empresa, basada en los convenios colectivos de las empresas, y mediante la cual los delitos menores cometidos en empresas se someten a una regulación interna de la empresa excluyendo la intervención del juez penal. También en el caso de los hurtos en tiendas o comercios, en muchos casos las reclamaciones de indemnización global, incrementadas en una denominada prima de captura, sustituyen a la persecución penal, muy ineficaz en ese ámbito. En principio hay que acoger favorablemente tales desinclinaciones “sectoriales”, porque abren un amplio campo de aplicación al principio de subsidiariedad. Sin embargo, para evitar abusos, deberían crearse condiciones marco jurídicas más concretas y establecerse garantías ajustadas al Estado de Derecho. Intentos de ese tipo son los que constituyen los Proyectos de ley contra el hurto en tiendas y comercios (1974) y de ley de regulación de la justicia en la empresa (1975), que han sido publicados por el círculo de los “profesores alternativos” (cfr. § 4, n. 33). En cambio, el grupo de trabajo “Restablecimiento de la unidad del Derecho alemán: Derecho penal” propone un procedimiento frente a faltas intermedio entre el procedimiento de imposición de multa administrativa y el penal para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (cfr. Lampe, 1993, 55 ss.). Sin embargo, estos intentos y otros similares no han sido hasta ahora capaces de motivar la actuación del legislador.