

LECCIONES DE
DERECHO PENAL

(volumen I)

JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

Lecciones de derecho penal

Lecciones de derecho penal

Volumen I

Fundamentos del sistema penal,
esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable
y teoría de la determinación de la pena

Juan J. Bustos Ramírez
Hernán Hormazábal Malaréc

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie **Derecho**

Consejo Asesor: Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan Ramón Capella
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 1997
Sagasta, 33. 28004 Madrid
Teléfono: 593 90 40
Fax: 593 91 11

© Juan J. Bustos Ramírez, Hernán Hornazábal Malarée, 1997

Diseño
Joaquín Gallego

ISBN: 84-8164-185-5 [Obra completa]
ISBN: 84-8164-186-3 [vol. 1]
Depósito Legal: VA-690/97

Impresión
Simancas Ediciones, S.A.
Pol. Ind. San Cristóbal
C/ Estañó, parcela 152
47012 Valladolid

CONTENIDO

| | |
|---------------------------|----|
| <i>Prólogo</i> | 9 |
| <i>Abreviaturas</i> | 11 |

PARTE PRIMERA: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL

| | |
|--|-----|
| 1. Control social y derecho penal | 15 |
| 2. Criminología y derecho penal | 24 |
| 3. La política criminal y el derecho penal | 29 |
| 4. El derecho penal objetivo | 35 |
| 5. La pena y sus teorías | 44 |
| 6. El bien jurídico | 57 |
| 7. El derecho penal subjetivo y sus límites (I) | 63 |
| 8. El derecho penal subjetivo y sus límites (II) | 71 |
| 9. El principio de legalidad | 80 |
| 10. Las fuentes del derecho penal | 90 |
| 11. La interpretación de la ley penal | 96 |
| 12. La ley penal en el tiempo | 104 |
| 13. La ley penal en el espacio | 111 |
| 14. La ley en cuanto a las personas | 122 |

PARTE SEGUNDA: ESQUEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y DEL SUJETO RESPONSABLE

| | |
|--|-----|
| 15. Teoría del delito y su evolución | 127 |
| 16. Posición personal: los presupuestos básicos de una teoría penal de carácter político-criminal en un Estado social y democrático de derecho | 138 |

| | |
|--|-----|
| 17. Esquema para una teoría político-criminal del delito | 142 |
| 18. Esquema para una teoría político-criminal del sujeto responsable | 152 |
| 19. Formas imperfectas de ejecución y participación | 158 |

PARTE TERCERA:

TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

| | |
|---|-----|
| 20. Teoría de la determinación de la pena | 165 |
| 21. Las clases de penas | 170 |
| 22. Las clases de penas: las penas privativas de libertad | 174 |
| 23. Las clases de penas: la pena pecuniaria, las penas restrictivas de libertad y las penas privativas de derechos | 189 |
| 24. La determinación de la pena | 194 |
| 25. Las medidas de seguridad | 211 |
| 26. La ejecución de la pena | 222 |
| 27. La extinción de la responsabilidad penal | 227 |
| 28. La responsabilidad civil derivada del delito | 235 |
| 29. Las costas procesales, orden de prelación de pagos y las consecuencias accesorias | 243 |
| <i>Bibliografía general</i> | 247 |
| <i>Índice general</i> | 251 |

PRÓLOGO

La promulgación del nuevo Código penal y a su vez el cambio curricular de los estudios en las Facultades de Derecho nos ha obligado a una transformación completa del *Manual de Derecho Penal*. Por eso lo hemos programado en dos volúmenes diferentes. El primero, que es el que ahora presentamos, comprende los fundamentos del derecho penal y del sistema de coacción del Estado en general, conjuntamente con la teoría de la determinación de la pena. El segundo comprenderá lo que es la teoría del delito y la teoría del sujeto responsable.

Por la circunstancia del cambio curricular nuestra intención es ofrecer una obra más sintética y accesible al estudiante y, por eso mismo, sin el acopio bibliográfico que tenía antes. En este aspecto hemos optado por indicar la más reciente y en castellano, limitándonos a citar la extranjera sólo en aquellos casos en que, habiendo sido fuente directa de inspiración, su omisión hubiera sido intelectualmente inexcusable. En todo caso, aparte de la bibliografía particular citada en cada capítulo, al final de la obra hay una bibliografía general. No obstante, la línea crítica que ha informado la obra desde su primera edición y que es su característica principal sigue estando presente.

Por otra parte, como toda obra humana, y porque estimamos que no hay nada definitivo ni absoluto, en diferentes materias hemos variado nuestra opinión. Creemos que éste es uno de los méritos más importantes de ella y que, más allá de la reforma, fundamenta la existencia de una nueva edición.

Frente al nuevo Código al pronunciarnos críticamente, dado que nos parece demasiado pronto para hacer propuestas de *lege ferenda*

o propiciar modificaciones, estimamos que es más adecuado sugerir una interpretación que se avenga con los principios generales que deben informar el derecho penal y los derechos reconocidos en la Constitución política. Ejemplo preclaro de ello es el caso del concepto de peligrosidad criminal, de clara raigambre positivista y abiertamente contradictorio con un derecho penal del hecho y con los derechos fundamentales. De ahí que, sin perjuicio de criticar su inclusión, hemos interpretado este concepto como la exigencia al Estado de ofrecer alternativas de cooperación a la persona para que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales sin recurrir a la violencia.

También es una novedad el hecho de que esta reestructuración de lo que anteriormente fue un *Manual*, y hoy simplemente *Lecciones*, sea editado por Trotta, lo que para nosotros constituye una especial satisfacción, pues su línea editorial coincide con el pensamiento que recorre nuestra obra. Ello no significa, sin embargo, no agradecer a PPU, que durante tanto tiempo estuvo a cargo de ella y de su difusión, en especial por la amistad que siempre nos brindó su gerente Manel Joaniquet.

Puede extrañar al lector que uno de nosotros ejerza de catedrático en España y, en cambio, el otro en Chile. Pensamos que esta circunstancia contribuye a enriquecer el diálogo entre América latina y España y a hacer realidad fructífera en el ámbito del Derecho la fluidez de las comunicaciones y de las relaciones que será la característica del próximo milenio.

Finalmente agradecer a todas las personas que nos han apoyado en nuestro trabajo, en particular al profesor Dr. Gonzalo Escobar Marulanda por sus valiosas indicaciones, especialmente en el ámbito de la teoría de la pena y a Lautaro Contreras, talentoso estudiante de Derecho que contribuyó a la revisión del texto.

En Gerona y Santiago de Chile, abril de 1997.

JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

ABREVIATURAS

| | |
|-------|---------------------------------------|
| AP | Audiencia Provincial |
| art. | artículo |
| arts. | artículos |
| CC | Código Civil |
| Cco | Código de Comercio |
| CE | Constitución Española |
| CEe | Convenio Europeo de Extradición |
| cf. | confróntese |
| CP | Código Penal |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECr | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LEP | Ley de Extradición Pasiva |
| LO | Ley Orgánica |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| s. | siguiente |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |

Parte Primera
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL

CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL

1.1. *Concepto de control social*

Bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones (Cohen, 1988, 15; Ramonet, 1995, 66).

Este amplio concepto de control social abarca cualquier cosa que garantice el orden social, como el sistema educativo, el sistema sanitario y asistencial del Estado y, en general, todo el sistema de organización social.

Como puede apreciarse de la definición, el objeto de estudio del control social es doble. Por un lado está la conducta o comportamiento desviado, esto es, una conducta que es valorada negativamente dentro de un orden social determinado y, por el otro, la reacción o respuesta social de esa sociedad a su realización. Pero el concepto de «conducta o comportamiento desviado» no presenta perfiles demasiado claros. Un mismo comportamiento, por ejemplo, estampar una firma en un muro recién pintado o en un vagón de ferrocarril puede ser valorado de forma diferente. Para los amigos del «artista» y los que comparten su afición será una muestra de habilidad y valentía que será valorada positivamente y elevará su prestigio. En cambio, para otros será simplemente un acto de mal gusto y provocará rechazo. Esta simple constatación pone en primer plano una serie de preguntas y el problema de sus respuestas como,

por ejemplo, quién define lo que es una «conducta desviada» y quién es el que tiene interés en su control.

Las respuestas sólo pueden surgir en tanto que se formulen en relación con una estructura social determinada en un momento histórico concreto. Dicho de otra forma, para estas preguntas no hay respuestas universalmente válidas. Las respuestas serán diferentes según cuáles sean las circunstancias de tiempo y de lugar. En cada etapa histórica hay un diferente concepto de la desviación y también de sus estrategias de control y de los órganos encargados de ejercerlo. De esta forma, en lo que se refiere a nuestro modelo de sociedad, está claro que en el mantenimiento del orden social el Estado ocupa una situación de privilegio, haciendo en todo caso la salvedad de que no constituye la única fuente de control (Ramonet, 1995, 55 ss.; Chomsky, 1995, 7 ss.).

1.2. *Formas de control social*

En el control social se complementan dos aspectos. Por un lado, lo que son las estrategias de prevención de una conducta y, por el otro, la reacción social frente a la realización de esa conducta.

Con las estrategias de prevención se trata de actuar sobre el individuo conformándolo mentalmente para que internalice las normas sociales; se trata con ellas de actuar activamente para la construcción de la conformidad. El control social de reacción se centra en las respuestas sociales que provoca una conducta no deseada.

1.2.1. El control social de acción: la construcción de la conformidad con el mundo social

Los mecanismos sociales dirigidos a obtener la aceptación del sistema de valores del orden social son múltiples y variados. En todo caso, tienen como objetivo común que el individuo internalice esos valores hasta el punto de aceptarlos como propios y que en sus relaciones sociales se comporte conforme a dichos valores. La interiorización de estos valores habrá de generar en el individuo controles internos. Estos controles internos desarrollados por el individuo a partir de la aceptación de los valores sociales condicionarán un comportamiento conforme a la norma social, esto es, comportamientos que se corresponden con los que precisamente se esperan de él.

En el proceso de construcción de la conformidad tienen especial importancia los llamados mecanismos de socialización. Estos meca-

nismos parten del reconocimiento de la capacidad de autodeterminación del individuo y del hecho de que esta capacidad pueda llevarlo a la no aceptación del sistema social. De esta forma, podría ocurrir que el individuo viviera, en tanto que sujeto no determinado, en contradicción con el mundo social. Los mecanismos de socialización tienen por objeto inducir en el individuo las significaciones del mundo social, que las internalice como realidad y que participe en la dialéctica social. Piénsese en este sentido, para dar algunos ejemplos, en el sistema educacional, en los espectáculos deportivos, en los parques de diversiones y en los canales de información que, mediante filtros, ocultan lo relevante y dejan pasar lo irrelevante, impidiendo que el individuo pueda informarse de lo que realmente interesa (Berger-Luckmann, 1968, 120 ss.; Hess, 1983, 9).

En los procesos de construcción de la conformidad también tienen cabida actuaciones destinadas a crear rechazo de ciertas situaciones. Piénsese a este respecto todo el proceso de «demonización» que ha seguido a la política de prohibición de la droga. El discurso de la droga tiene una cara oculta que sirve para legitimar intervenciones lesivas a la soberanía nacional de países productores. Notable resulta la difusión a través de medios de comunicación —en la producción de noticias, de series de televisión y de cine— de términos como narcotráfico, narcoterrorismo, narcodólares o narcoguerrilla acuñadas a partir del término inglés *narcotics*. Desde esta política se ha creado la imagen de países víctimas y países victimarios, donde desde el primer momento aparece Estados Unidos como la víctima por excelencia y legitimado, por tanto, para intervenir más allá de sus fronteras (Del Olmo, 1987, 42-43).

En la construcción de la conformidad tienen también importancia destacada los mecanismos de legitimación de un orden social cuya realidad demuestra contradicciones entre lo que proclama y lo que manifiesta. Un orden social como el nuestro, que, aunque proclama normativamente libertad e igualdad, pone de manifiesto una realidad en que estos valores aparecen fuertemente condicionados por los desequilibrios económicos. Esto hace que los presupuestos de los mecanismos legitimadores, esto es, las ideologías explicativas del poder, como el contrato social o un código moral o sistema de valores aceptado, estén en permanente revisión y reformulación.

No obstante, toda forma de control social, y en particular el preventivo, presenta deficiencias. La naturaleza crítica del hombre limitada por los condicionamientos que le impone la estructura social pone de manifiesto la vulnerabilidad de esta forma de control. Ante la eventual incapacidad en algunos casos del control social ac-

tivo, surge como siguiente eslabón una respuesta o reacción del sistema social ante una ocasional desviación.

1.2.2. El control social de respuesta o reacción

Las conductas desviadas pueden ser múltiples y suelen ser agrupadas en diferentes categorías. A cada una de estas categorías le corresponde una respuesta social diferente. La forma específica que adopte el control dependerá de la forma específica en que esa desviación sea definida. Así, a una desviación calificada como patológica, la respuesta o reacción social será de medicación. Si la desviación es definida como crimen, la reacción social será un proceso de criminalización. Si es definida como molesta o no deseada, simplemente será neutralizada. En términos generales, podría decirse que las estrategias de control social reactivo pueden reagruparse bajo algunas de estas categorías: medicación, criminalización y neutralización (Hess, 1983, 15 ss.).

Ahora bien, según si el órgano tiene o no como actividad principal el ejercicio del control, el control social de reacción puede ser clasificado como *formal* o *informal*. Luego el criterio de distinción entre control social formal e informal no reside en los niveles de formalización o institucionalización de los mecanismos de control, sino en la naturaleza del órgano que ejerce el control (Zveric-Findlay, 1987, 26). La familia, por ejemplo, que posee un alto grado de formalización e institucionalización, sin embargo, desde esta perspectiva, constituye un mecanismo de control informal, toda vez que su finalidad específica no es el ejercicio del control.

El control social informal lo ejercen instituciones sociales no en forma primordial sino como actividad complementaria. Se trata de instituciones cuya función principal no es el ejercicio del control sino otra. Está constituido por instituciones como la familia, la vecindad, la escuela, el centro de trabajo, el partido político, etc. El control social que ejercen estas instituciones se rige por un sistema normativo informal de usos, costumbres, tradiciones y con frecuentes apelaciones a un código ético o moral no escrito y también a la reciprocidad. Sus sanciones pueden ser según las circunstancias muy duras, arbitrarias y desproporcionadas. Pueden consistir en burlas, pérdidas del puesto de trabajo, aislamiento social, reproches, pérdida de la consideración social, de posición e ingresos económicos.

El control social formal es el que es ejercido por instancias que han sido establecidas precisamente con la finalidad de ejercer el control social, como la policía, los tribunales, el derecho penal, el pro-

cedimiento penal, los establecimientos penitenciarios en un sentido amplio (cárceles, establecimientos socio-terapéuticos, etc.) y también las oficinas encargadas de registrar, clasificar y archivar la información sobre personas que alguna vez han sido objeto de alguna sanción penal. Al contrario de lo que sucede con el control social informal, la respuesta de este tipo de control ante la conducta desviada está regulada por el derecho escrito. Pero quizá el aspecto más destacable de estas instancias de control social formal sea el hecho de que todas se integran dentro de un sistema total dinámico en que cada una de ellas constituye una pieza con funciones definidas. De ahí que cuando se habla de control formal se está haciendo referencia a este complejo de instituciones integradas dentro de un sistema total, el sistema penal, cuya función específica es el ejercicio de un control social específico: el control penal.

1.2.2.1. El control penal

El control penal es un sistema de control reactivo, integral y formalizado. Su grado de formalización es alto y con predominio del texto escrito. Su formalización se manifiesta en todos los niveles de la dinámica penal. Desde el momento de la definición del delito hasta la ejecución penal e incluso más allá cuando cumplida la condena, el propio sistema mantiene un control sobre el que ha delinquido.

Dentro del sistema penal, el derecho penal constituye un eslabón importante. Su elemento consustancial es la pena. La pena constituye la reacción social formal ante una conducta desviada que ha sido definida como delito. La definición del delito, así como la de la pena a aplicar a ese delito específico, se realiza con el derecho penal.

Pero el proceso de criminalización no se agota con la definición legal. Es necesario, además, que la ley se ponga en acción, esto es, que se aplique. Esto significa que frente a la violación efectiva de la norma penal es necesario que las demás instancias que integran el sistema penal reaccionen *efectivamente* ante la comisión de un delito. Sólo en ese momento una persona adquiere el estatus social de delincuente. De esta forma, sólo llega a adquirir este estatus quien habiendo realizado un comportamiento punible, ha sido sometido a proceso y condenado (Baratta, 1986, 84).

Por eso, coherentemente, no resulta del todo correcto señalar que el derecho penal es un control social formalizado. El derecho penal es sólo un conjunto de normas estáticas. Sólo cabe considerarlo en tal calidad en tanto que forma parte de un *sistema dinámico de funciones* en el cual hay que distinguir diversos mecanismos: por

una parte el mecanismo de producción de las normas o de criminalización primaria y, por otra, el mecanismo de aplicación de las normas y el de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad que conforman la criminalización secundaria (Baratta, 1978, 45; Sandoval, 1985, 5-6).

Esta perspectiva abre un amplio abanico de posibilidades críticas al control penal, ya que da la oportunidad de revisar las diversas etapas en el proceso de criminalización, desde la creación de la norma hasta su aplicación en el proceso y posteriormente en el cumplimiento de la condena. Pero revisión crítica no sólo en el plano normativo o prescriptivo, que sólo nos indica *cómo deben ser* los procesos de creación y aplicación de las normas penales, sino también del plano fáctico o descriptivo, es decir, *cómo son* tales procesos. Dicho análisis crítico supone entrar a responder a preguntas como quién tiene el poder de definición de delitos y por qué y cómo define. Hay también otras que son pertinentes, como por ejemplo por qué un proyecto de criminalización no llegó a prosperar o por qué en un determinado momento el legislador decide dar a un objeto una protección penal en lugar de una civil y viceversa (Sandoval, 1985, 6-10).

1.3. *Tendencias actuales en el control social*

Si tuviéramos que dar las características distintivas del control social en el fin de milenio diríamos que es un lento e imperceptible desplazamiento del poder de lo público al mercado. El poder político está quedando desplazado por el poder mediático y el económico. Se está conformando un poder mundial que escapa a los Estados. En este contexto los controles sociales están adquiriendo nuevas dimensiones. Los tradicionales controles informales —escuela, familia, iglesia, ejército— están siendo reemplazados por nuevos métodos de control más sutiles y también más perversos. Se habla de una programación de las personas, de una ingeniería de la persuasión que está más o menos visible. Controla a las personas desde el nacimiento —y en un futuro cercano quizá si no antes del nacimiento con la ingeniería genética— con técnicas de persuasión en las que juegan un papel importante la televisión y el cine, sin olvidar lo que significan en este sentido la publicidad, los sondeos y el llamado «marketing» (Ramonet, 1995, 68 ss.).

Hay, en consecuencia, una privatización del control. Ya no son los aparatos del Estado los que lo monopolizan, sino que ha entrado a compartirlo con centros privados con una clara distribución de

funciones. El control social de acción, esto es, el que procura alcanzar la internalización de los valores del sistema, va siendo claramente asumido por grupos privados que dominando los medios de comunicación van reproduciendo los valores del sistema, entre otras, en forma de noticias, literatura, cine y programas de televisión.

En lo que se refiere al sistema mismo y los valores que el individuo debe internalizar, cabe observar una tendencia hacia la globalización, hacia un pensamiento único a escala mundial. El liberalismo económico ha resurgido con fuerza en todo el mundo, planteándose como una alternativa a lo que consideran un excesivo e inadmisibles intervencionismo estatal en la economía. Se trata de retornar a la ley de la oferta y la demanda como una ley natural. El mercado actuaría como un regulador de las relaciones sociales y económicas. La intervención estatal estaría excluida del proceso económico y se limitaría al mantenimiento de las condiciones sociales y políticas necesarias para que puedan realizarse las relaciones de mercado. Esta ideología, con su empeño en identificar libertades personales con libertad de mercado, ha hecho emerger con toda su crudeza la antinomia entre los derechos de la persona y el mercado. De este modo, lo político pasa a ser absorbido por lo económico dejando de ser considerado como una actividad autónoma.

El primer principio del Estado neoliberal de pensamiento único es el de la primacía de lo económico sobre lo político. Son consecuentes con este principio que instrumentos tan importantes como son los Bancos centrales se hayan hecho independientes y proclamen una pretendida neutralidad política. Los otros principios son conocidos: mercado, y en especial mercados financieros como orientadores naturales de la economía; competencia como estímulo para toda actividad social y vehículo de superación; libre intercambio ilimitado y mundialización de la producción y de las finanzas; división internacional del trabajo para el abaratamiento de los costes laborales; moneda fuerte como factor de estabilización, etc. (Ramonet, 1995, 60).

En este contexto, al Estado, como centro de poder público, sólo le va quedando la forma más brutal y manifiesta de control: el control penal. Este control social, en tanto que está formalizado y amparado por principios garantistas, especialmente el de publicidad, es también el que con mayor facilidad puede ser identificado y, por tanto, también el que menos se presta a la manipulación, el abuso y la arbitrariedad. Es un control social que por su carácter manifiesto ha podido con mayor facilidad ser objeto de observación y crítica por las ciencias sociales. Como consecuencia, está en constante revisión y en su desarrollo ha ido generando sus propios mecanismos de

limitación y de control democrático; quizá por ello sea el que menos se adecúa a los requerimientos de control social que plantea el modelo neoliberal de pensamiento único.

Un examen del control penal y su evolución desde una perspectiva histórica pone de manifiesto un sostenido aumento de los instrumentos de control social. En efecto, si convenimos distinguir diferentes estadios en el desarrollo del Estado liberal, vemos que en el primero que podríamos caracterizar como Estado guardián o democrático de derecho, el control social estaba reducido casi exclusivamente a los controles sociales de reacción, siendo el más importante el penal. La reacción social continuó siendo la forma de control predominante en el segundo estadio que podríamos caracterizar como Estado intervencionista de defensa social. No obstante, empezaron a ganar importancia otros medios de control social, controles sociales de acción, como por ejemplo la medicina, la antropología y la psicología, con la «patologización» de la conducta desviada. El derecho penal ya empezaría a compartir el control social con otras disciplinas. El apoyo ideológico vendría de la mano del pensamiento positivista que daría legitimación a otras formas de control social de intervención sobre la mente, ciertamente más sutiles. El tercer momento es el del Estado de bienestar o Estado social de derecho. Su fundamentación ideológica vendría de la sociología funcionalista. Del pensamiento funcionalista surge la idea de conducta funcional o disfuncional a un sistema de valores o código moral compartido. La función del control es producir el consenso social con ese sistema de valores. Tarea de las ciencias sociales funcionalistas es lograr el consenso, esto es, la conformidad. Con el riesgo de la falta de perspectiva histórica, el momento actual podría ser caracterizado como Estado neoliberal de pensamiento único, en el cual la técnica ha ido desarrollando nuevas formas de comunicación social, más avanzadas y eficaces. Continúa presente el derecho penal pero los controles sociales de acción van ganando en número y calidad. No obstante hay que dejar claro que no hay una minimización del derecho penal, sino sólo una reducción cualitativa. Antes o al lado del derecho penal han aparecido con relevancia otro tipo de controles sociales pero que dejan intacta la permanencia de la intervención coactiva del Estado. Dicho de otra forma, el sistema ha aumentado cualitativa y cuantitativamente el control social de acción y de reacción.

Bibliografía

- Baratta, A. (1978): «Criminología crítica y política criminal alternativa»: *Revue Internationale de Droit Penal*, pp. 43-45.
- Baratta, A. (1993): *Criminología crítica y crítica del derecho penal* [trad. de A. Bunster], Siglo XXI, México, 4.ª ed.
- Berger, T. y Luckmann Th. (1968): *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires.
- Chomsky, N.: (1995): «El control de los medios de comunicación», en *Cómo nos venden la moto*, Icaria, Barcelona, pp. 7-54.

- Cohen, S. (1988): *Visiones de Control Social*, PPU, Barcelona.
- Hess, H. (1983): «Probleme der sozialen Kontrolle», en *Festschrift Larenz*, Heidelberg.
- Olmo, R. del (1987): «La cara oculta de la droga»: *Poder y Control*, 2, pp. 23-48.
- Ramonet, I. (1995): «Pensamiento único y nuevos amos del mundo», en *Cómo nos venden la moto*, cit., pp. 55-98.
- Sandoval, E. (1985): *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá.
- Zvekic, U. y Findlay, M. (1987): «Para un análisis de los mecanismos informales de control social»: *Poder y Control*, 1, pp. 21-37.

CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL

2.1. *Concepto*

Mientras el derecho penal se preocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen al interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica (Sack, 1974, 7).

Por ello, desde esta perspectiva la criminología surge como una disciplina crítica respecto del derecho penal: pone en cuestionamiento esos procesos de definición e impide un legislador satisfecho con lo que hace, el ejercicio de la coacción sobre las personas. Por eso esta forma de ver el control penal implica inevitablemente un cuestionamiento de sus bases mismas y por consiguiente la deslegitimación del poder de definición, que todo lo más se puede justificar desde la necesidad.

Pero ésta no es la única visión de la criminología. Durante mucho tiempo fue considerada como el estudio de la criminalidad, de la desviación a la norma en general. Desde esta perspectiva, estudiada como un problema del ser y consecuentemente como una legitimación del poder del Estado para intervenir coactivamente sobre las personas.

2.2. *Posiciones legitimadoras del control penal*

La criminología del llamado paradigma etiológico, propia del positivismo naturalista de fines del siglo XIX, pretendió establecer las

causas de la criminalidad, ya sea de carácter biológico, antropológico o social. El criminal para la criminología etiológica es una realidad determinada y diferente de seres humanos. El criminal no es persona, no es un sujeto de derechos, sino sólo un objeto del control social. Los hechos realizados, los delitos, son una simple expresión de su naturaleza.

Con esta distinción entre el criminal y el no criminal esta perspectiva criminológica hizo una tajante separación entre lo empírico y lo normativo y al mismo tiempo entre lo natural y lo político. El estudio de la criminalidad pasó a ser algo perteneciente a las ciencias de la naturaleza, por tanto neutral y objetivo, completamente ajeno y diferente al ejercicio del poder del Estado. Con ello el poder pudo disponer de una base, amplia e indeterminada, para justificar la intervención política en relación a la criminalidad.

Este planteamiento sólo tuvo una superación de carácter científico en la primera mitad del siglo XX por parte de la teoría funcionalista en un doble sentido. Por una parte, en lo que se refiere al problema de la criminalidad, el funcionalismo habría de poner de manifiesto que ella no estaba ligada a causas, sino que se debía a disfunciones del sistema. Con ello, de una consideración microsocia de la criminalidad se pasó a una de carácter macrosocia. Por otra, habría de sostener sobre la base de datos empíricos, al contrario de la criminología etiológica, que la criminalidad no era privativa de un sólo estrato social —el de los más desfavorecidos socialmente—, sino que se extendía a todos los grupos sociales. La diferenciación radicaría en las formas de actuar. Los criminales o la desviación en general pertenecían no al ser de lo humano, sino al ser del sistema.

Si bien el pensamiento criminológico funcionalista presenta claras diferencias con la criminología etiológica, no deja de ser una criminología positivista. La criminalidad sigue contando como un fenómeno objetivo y neutral completamente ajeno a la acción política del Estado (Larrauri, 1991, 1).

Los positivistas habían puesto en primer plano la importancia de lo humano, si bien paradójicamente despojando de sus derechos al hombre o mujer criminal. Los funcionalistas destacarían la significación del sistema como tal, sin por ello devolverles sus derechos. Por tanto, ambas visiones, a pesar de sus diferencias, compartirían la distinción entre lo empírico y lo normativo, entre lo pretendidamente científico y lo ideológico.

2.3. *Hacia la superación de la legitimación del poder coactivo del Estado*

En la segunda mitad del siglo xx, desde diferentes ángulos, ya sea desde una postura marxista como también desde perspectivas liberales, en definitiva desde visiones políticas, vendría a plantearse una revisión profunda de la criminología y por consiguiente de la criminalidad.

Las posiciones marxistas (Taylor, Walton y Young, 1978) en un resurgimiento radical de sus orígenes situarán la criminalidad en la encrucijada de la lucha de clases y como expresión del poder y explotación de la burguesía sobre el proletariado, con lo cual de una u otra manera se da una tendencia a considerar la criminalidad como una forma de disidencia política. Más allá de esta forma ingenua de presentación de la criminalidad, lo importante de su aportación fue poner en el centro de la discusión el carácter político de la criminalidad y el fin de la distinción entre lo empírico y lo normativo, entre lo científico y lo ideológico, y derribar definitivamente el paradigma etiológico de la criminalidad.

Los planteamientos liberales retornan a lo humano, a lo microsocial, pero no como el ser natural, sino como personas, es decir, como sujetos en comunicación con otros y, por tanto, en que la significación de la expresión aparece como fundamental. La desviación y la criminalidad surge desde los procesos de significación, en las etiquetas que ellos llevan como contenido respecto de otro, en los procesos de asignación y autoasignación. Desde este planteamiento, respecto de la criminalidad no puede hablarse de causas o disfunciones, sino de los procesos de definiciones de las interrelaciones personales o grupales.

Desde otra perspectiva, entonces, diferente a la marxista, se habría de poner término al paradigma etiológico y a la diferenciación entre lo empírico y lo normativo, entre lo científico y lo ideológico. No obstante, hay que hacer notar, como consecuencia de su carácter microsocial, que para esta línea de pensamiento la intervención del Estado aparece como algo ajeno a los procesos de criminalización.

2.4. *La deslegitimación del poder coactivo del Estado*

No sólo hay una deslegitimación sobre la base de una revisión crítica permanente, sino también una de carácter radical y definitiva.

Esta última ha surgido desde las posiciones abolicionistas. Para el abolicionismo la construcción de la criminalidad no es sino una rémora cultural propia a la civilización judeo-cristiana asentada en el concepto y sentimiento de culpa, por una parte, y, por otra, en la absurda posición de pretender terminar con la solución violenta de los conflictos mediante la violencia. Para los abolicionistas el Estado se apropia del conflicto, lo sustrae a sus protagonistas y subordina tuicionalmente a las personas. Por eso, para el abolicionismo de lo que se trata es de lograr formas pacíficas de solución de los conflictos que sólo pueden surgir de la interrelación entre las personas y, por tanto, de la devolución a éstas de su autonomía.

Es evidente la importancia del abolicionismo no sólo como visión de la criminología, sino por el verdadero y real carácter humanizador de su planteamiento. Coincide con el marxismo radical en una presentación ingenua de la realidad, pues prescinde en sus consideraciones de la existencia del Estado e ignora el hecho indiscutible de que éste ejercerá su poder coactivo de cualquier forma, y con mayor razón hoy que el poder político estatal no está concentrado o reducido sólo a lo que son propiamente los aparatos del Estado, sino difundido en todo el sistema.

De ahí que desde una posición crítica del control social sea posible conciliar la deslegitimación del control coactivo del Estado al mismo tiempo que partir de la consideración de su permanencia. Desde esta perspectiva la criminología se convierte en una sociología de los procesos de criminalización, es decir, de cómo se construye la criminalidad, y por esa circunstancia abarca tanto los controles formales como informales, pues no sólo la ley penal, el proceso o la cárcel inciden en la construcción de la cuestión criminal, sino también los medios de comunicación de masas, la economía, los grupos sociales y en general todas las formas de disciplina y socialización. En otras palabras, la construcción de la criminalidad es una cuestión de poder y por ello mismo, en último término, delito y delincuente son una definición del poder político. La criminología implica, por tanto, una crítica de los procesos de expresión del poder en todas sus formas, de constatación de él, pero al mismo tiempo es una forma de establecer sus límites, revela que la cuestión criminal es una pura construcción y por tanto no tiene legitimidad alguna.

Bibliografía

- Baratta, A. (1993): *Criminología crítica y crítica del derecho penal* [trad. de A. Bunster], Siglo XXI, México, 4.ª ed.
- Bergalli, Bustos, González, Miralles, De Sola y Viladas (1983): *El pensamiento criminológico*, 2 vols., Península, Barcelona.
- Cohen, S. (1988): *Visiones de control social* [trad. de E. Larrauri], PPU, Barcelona.
- Larrauri, E. (1991): *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid.
- Sack, F. (1974): «Einführung», en Sack-Lüderssen, *Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die Selectiven Normen der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., pp. 7-34.
- Taylor, I., Walton, P. y Yong, J. (1978): *La nueva criminología*, Amorrortu, Buenos Aires.

LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL

3.1. *Concepto de política criminal*

Política criminal es aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal.

El carácter social del Estado no sólo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular. Frente a un conflicto social, el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto. Por eso decíamos que política criminal es ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización del conflicto de que se trate. Por eso no resulta admisible considerar como aspectos separados derecho penal y política criminal. Ambos se integran de modo indisoluble en el sistema penal.

Ahora bien, sin duda puede haber diferentes políticas criminales. No es lo mismo la política criminal de un Estado autoritario que la de un Estado social y democrático de derecho. La que nos interesa es justamente esta última, la que debe ser la propia de un Estado social y democrático de derecho. En otras palabras, cómo ha de ser ejercido el poder de definición de los procesos criminales en un Es-

tado que tiene como fundamento y objetivo la consecución plena de la libertad y la igualdad.

De acuerdo con el art. 1 CE, «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». A su vez, el art. 9.2 CE confiere a los poderes públicos el mandato de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». En el ámbito de la política criminal significa que la definición de una conducta como criminal no puede tener consecuencias contrarias a las expresadas en la normativa constitucional como la estigmatización o discriminación de personas o grupos de personas.

Hay otras políticas criminales. En sus primeros estadios de desarrollo el Estado liberal como modelo superador del Estado absoluto daría a luz códigos penales centrados en la protección del Estado y de bienes jurídicos básicos para el nuevo orden socio-económico como la vida, la salud individual, la libertad, el patrimonio. Comienza al mismo tiempo un proceso de secularización del derecho. La pena ya no será entendida como expiación, sino como retribución cuya función es restablecer el orden jurídico o con una finalidad preventivo general. Para el Estado intervencionista o positivista la política criminal se volcaría en la defensa del orden social. Se trataba ahora de consolidar el modelo de sociedad que había surgido con el apoyo ideológico del Iluminismo. A partir de la aceptación acrítica del orden social como un orden perfecto, el infractor de la norma sería visualizado como una persona defectuosa y peligrosa respecto de la cual hay que tomar medidas de seguridad. Para el Estado de bienestar el objetivo es la obtención del consenso con un sistema de valores. La política criminal defensiva propia del Estado positivista de «patologización» del infractor, se transforma en una política de recuperación del individuo. Se trata de incorporarlo al consenso. Por eso, la pena ha de tener como objetivo la recuperación del infractor, de reinsertarlo socialmente. Nuevas conductas son definidas como criminales. El Estado de bienestar estima necesario intervenir en los procesos sociales para nivelar las desigualdades que genera el propio sistema. A la protección de intereses individuales se suma la protección de intereses colectivos. En esta línea la política criminal propone la incriminación de delitos económicos, en general de conductas abusivas desde posiciones de dominio económico. El Estado autoritario surge intermitentemente en los países liberales. La década de los años treinta y cuarenta en Europa fue la del autoritarismo. De estos autoritarismos han bebido los gobiernos dictatoriales latinoamericanos. Significan una vuelta al Estado originario, el Estado absoluto. El jefe de Estado, adoptando nombres mesiánicos como caudillo, *duce*, *führer*, centraliza el poder y asume la representación del pueblo. El delito se identifica con una traición al jefe de Estado que personifica al mismo Estado. La política criminal se centra en el delito político, en la defensa del Estado frente al delincuente que es identificado con el traidor.

3.2. *La política criminal en un Estado social y democrático de derecho*

La decisión político-criminal de definir un proceso como criminal se plasma en las normas penales. La política criminal queda reflejada en ellas. En una decisión de esta naturaleza el Estado social y democrático de derecho ha de tener en cuenta la criminología. Esta disciplina, según se ha explicado, tiene por objeto el análisis sociológico de los procesos de criminalización, esto es, expone cómo se construyó y definió lo criminal y cuáles son los efectos que en la realidad social produce la criminalización de una conducta.

Luego el derecho penal como disciplina no puede tener sólo como objeto la norma, pues ésta no tiene validez en sí misma. Su validez proviene de la política criminal. Las normas penales deben estar expuestas a la permanente revisión crítica desde la realidad social. Por eso no debe ser ajena al derecho penal en particular la información que proporcionan las ciencias que se dedican al estudio de los fenómenos sociales, de la criminología en especial. Debe haber, en consecuencia, una permanente interacción entre la criminología, la política criminal y el derecho penal.

En cuanto a su extensión cabe tomar en cuenta que, como la política criminal guarda relación con la cuestión criminal dentro de un sistema penal, ello implica considerar todo el proceso de criminalización. No sólo el de creación de la norma (criminalización primaria), sino también el de aplicación de la norma (criminalización secundaria). Luego, ello significa que la visión crítica político-criminal no sólo alcanza a las normas (penales, procesales, penitenciarias, etc.), sino a las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el subsistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Todos estos aspectos forman una unidad. Tanto es así que sólo tener una buena ley todavía no significa nada. Además de un cuerpo coherente de leyes policiales, penales, procesales y penitenciarias se requieren instancias, instituciones y operadores sociales que funcionen en coherencia con los principios político-criminales que los inspiran y que no son otros que los del Estado social y democrático de derecho.

Nada se consigue, por ejemplo, con una excelente ley policial, si la formación y la actuación de la policía sigue pautas autoritarias. Tampoco es suficiente con un buen Código penal si el procedimiento penal es inquisitorio. Una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, la actuación efectiva de los operadores sociales.

Como se indicaba en párrafos anteriores, la libertad e igualdad son fundamento y objetivo del Estado social y democrático de derecho. En el ámbito de lo penal hay manifestación de desigualdad toda vez que se constata que hay una desigual distribución de lo criminal. Los sectores de población menos favorecidos económica y socialmente se ven discriminados en tanto que tienen que soportar una mayor carga de lo criminal toda vez que se constata que los procesos de definición se singularizan en normas penales cuyos destinatarios son precisamente esos sectores. Por el contrario, los sectores más favorecidos económica y socialmente tienen una menor carga, lo que se constata con la escasa presencia en los códigos penales de conductas que sólo es posible realizar desde posiciones de poder económico y político y también, respecto de las que ya están, por su casi nula aplicación por parte de los tribunales.

Un control penal democrático ha de tomar en cuenta estas desigualdades y hacer una distribución más igualitaria de lo criminal. Ello significa no sólo la desincriminación de ciertas conductas de escasa significación y someterlas a otros tipos de control diferentes al penal, sino también la incorporación al Código penal de otros comportamientos propios de grupos privilegiados y que por su gran significación social podrían ser criminalizados, como los delitos en contra del medio ambiente o de la calidad del consumo.

Por otra parte, tampoco puede perderse de vista que los comportamientos que son definidos como criminales no dejan de ser conflictos sociales más intensos cuya resolución es asumida por el mismo Estado. Ello implica una alienación del conflicto a las partes implicadas. Para la resolución de algunos de estos conflictos el Estado puede entrar a considerar la posibilidad de devolverlos limitando su intervención a poner a disposición de las partes un escenario de mediación para que sean ellas mismas las que lo resuelvan. Alternativas de esta naturaleza significan una socialización del poder de definir y también un control de los poderes de definición. En este sentido, son valiosas las agrupaciones de consumidores, ecologistas y, sobre todo, las de defensa de los derechos humanos.

3.3. *El sistema penal en el Estado social y democrático de derecho como sistema de garantías*

Desde otra perspectiva, la de la persona y su libertad, en tanto que control social formalizado, cabe considerar el sistema penal como un *sistema garantista*. Un sistema penal como sistema de garantías

es consecuencia de una política criminal en un Estado social y democrático de derecho. En este sentido presenta ventajas que no tienen los controles informales. Desde luego, la reacción penal garantiza que otro tipo de reacciones sociales informales, espontáneas, incontroladas de otras fuerzas sociales quede neutralizada, impidiendo la venganza (Ferrajoli, 1986, 38).

Pero, sin perjuicio de lo anterior, su formalización garantiza que el tratamiento del conflicto se va a realizar en condiciones de previsibilidad y seguridad. Cada uno de los pasos en la dinámica penal está previsto en la ley, lo que excluye la arbitrariedad. La persona puede conocer con antelación los movimientos de los mecanismos del sistema penal desde la creación de la norma hasta el de su aplicación. En el proceso de creación de la norma está la definición previa de la desviación como delito y la predeterminación de la pena tanto en su calidad como en su cantidad. A través de los tipos penales el Estado informa a la persona con precisión sobre las conductas que no está dispuesto a tolerar en la solución de sus conflictos. La aplicación de la norma debe realizarse conforme a un procedimiento preestablecido que ha de concretar los derechos y libertades fundamentales que el ordenamiento constitucional reconoce a la persona.

No obstante, este modelo garantista se presenta como un modelo ideal que en muchas ocasiones se ve desmentido por la realidad que desconociendo normativamente los derechos fundamentales de la persona desconoce, sin embargo, en mayor o menor medida su aplicación efectiva. Como tal es un objetivo a alcanzar, una meta que se inscribe en el proceso de la difícil y nunca acabada construcción de un modelo de sociedad democrático.

El sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder. Desde esta perspectiva el sistema penal surge como un sistema de trincheras garantistas cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad. Se constituye, de esta forma, como la Carta Magna de la persona, y no del delincuente como dijo en su momento von Liszt. El castigo penal sólo puede surgir de la aplicación de un modelo que excluya la arbitrariedad tanto del legislador en el proceso de creación de la norma, como la del juez en el de su aplicación.

Por eso los procesos de criminalización, esto es, los de creación y de aplicación de la norma penal, deben cumplir condiciones de validez democrática. No basta con la promulgación de normas formalmente válidas. Es necesario que en las leyes que formalizan los procesos de criminalización se precipiten principios materiales consustanciales al Estado social y democrático de derecho para que sean también materialmente válidas.

El sistema penal vigente presenta serias discrepancias con el modelo. Se ve claramente contradicho en España por leyes que privilegian la actuación policial por sobre el derecho penal ordinario. En esta línea se encuentran la legislación antiterrorista, la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana y la legislación sobre extranjeros.

En lo que se refiere a la legislación antiterrorista es de destacar que en la propia Constitución española, no obstante reconocer derechos fundamentales y establecer para su protección un sistema de garantías, en el art. 55.2 autoriza la suspensión de derechos y libertades «para personas determinadas en relación con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas», contradiciendo abiertamente el espíritu de la propia Constitución. La violencia política en España está claramente descalificada. La Constitución garantiza los derechos fundamentales y vías democráticas de acceso al poder. Nada, en consecuencia, justifica los crímenes de las bandas terroristas. Pero su actividad, necesariamente coyuntural en un estado democrático, no puede servir de legitimación a una legislación excepcional que otorga un derecho de violencia generalizada al Estado.

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (LO 1/1992) es continente de serias limitaciones de derechos constitucionales, como la libertad ambulatoria, la inviolabilidad del hogar y el principio de legalidad. Subyace en esta ley la ideología de la razón de Estado singularizada en este caso por la lucha en contra del narcotráfico, por encima del respeto a los derechos fundamentales, cuya defensa fue calificada de «falsos pudores» o como «críticas de intelectuales poco rigurosos», como llegó a manifestar el entonces ministro del Interior en la discusión parlamentaria.

Por su parte la Ley sobre Extranjeros (LO 7/1985) contiene un capítulo que regula la expulsión de extranjeros por la vía administrativa. Sus disposiciones lesionan derechos fundamentales como el derecho de asilo, a la libre circulación de personas, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y al derecho a ser oído en juicio con las debidas garantías.

En el procedimiento penal también es constatable una tendencia que bajo el amparo de la búsqueda de la eficacia y el exceso de carga de los tribunales, en último término ha venido a significar una pérdida de garantías para el inculpado. En esta línea cabe inscribir las últimas reformas procedimentales introduciendo procedimientos llamados abreviados y dentro de ellos la posibilidad en la práctica de llegar a acuerdos. Estos procedimientos chocan frontalmente con principios garantistas básicos, como la oralidad y publicidad del proceso en tanto que se realizan con prudencia y discreción y también con el principio de legalidad, en tanto que la decisión no está decidida conforme al derecho penal material sino por la valoración oportunista del estado del procedimiento, sin perjuicio de que el que se niegue a cooperar se pueda ver expuesto a un tratamiento más duro, con lo que se vería lesionado el principio de igualdad (Hassemer, 1993, 71-72).

Bibliografía

- Ferrajoli, L. (1986): «El derecho penal mínimo»: *Poder y Control*, 0, pp. 25-48.
- Hassemer, W. (1993): «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 35-80.

EL DERECHO PENAL OBJETIVO

4.1. *Concepto*

El derecho penal, desde un punto de vista objetivo, puede ser definido como *aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena y/o una medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena).*

El derecho penal objetivo está constituido por las normas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, a las penas y medidas de seguridad. Su finalidad es sistemática. Con la sistematización de las reglas jurídicas se trata de facilitar una interpretación coherente y racional de ellas.

Hasta la promulgación del Código penal de 1995 fue objeto de discusión la pertenencia o no al derecho penal de las medidas de seguridad. Ello implicaba cuestiones como si quedaban comprendidas las medidas de seguridad predelictuales o sólo las postdelictuales y si respecto de ellas tenía aplicación el principio de legalidad. Estos problemas han quedado resueltos con el Código penal vigente, que regula expresamente el régimen de las medidas de seguridad en el Título Preliminar. Sólo tienen cabida en el derecho español las medidas de seguridad postdelictuales y están sometidas al principio de legalidad. Sobre el particular y sobre la crítica al Código vigente se volverá con más detalle en las lecciones dedicadas a la determinación punitiva.

4.2. *Las normas penales*

Las normas penales están dirigidas a la persona. Con ellas el Estado pretende vincular sus conductas. Así, por ejemplo, cuando el Estado dicta una norma prohibiendo que una persona lesione a otra con la amenaza de una pena si lo hace, o bien manda que se auxilie a una persona que se encuentra en peligro amenazándola también con pena, pero esta vez si no lo hace, está advirtiendo que no está dispuesto a soportar estos comportamientos y que se deben de buscar vías de solución diferentes a los conflictos sociales. Para ello, utiliza normas que contienen prohibiciones o mandatos. A la infracción de estas normas asocia una pena. Como resulta fácil deducir, con las normas el Estado instruye pautas de conducta y, por tanto, con ellas no prohíbe o manda resultados, sino sólo conductas.

Ahora bien, las normas o reglas jurídico penales pueden ser analizadas desde diferentes puntos de vista. Pueden ser analizadas en cuanto a su carácter o naturaleza y también en cuanto a su estructura y su ubicación dentro del sistema jurídico.

4.2.1. Origen, carácter y estructura de la norma jurídica

En lo que se refiere a su origen, la norma penal en un Estado social y democrático de derecho surge desde la base social como resultado de un juego interactivo de los sujetos que lleva dentro de un conflicto a un compromiso entre las partes. Constituyen, en consecuencia, una valoración relativa y de compromiso siempre revisable. Son en última instancia una imposición del Estado pero que surge desde la propia base del sistema social.

Las normas penales quedan definidas en cuanto están dirigidas a los actores sociales. Justamente de lo que se trata es de regular sus relaciones con otras personas en el mundo social. Cuando el Estado dicta una norma penal prohibiendo matar, lesionar o contaminar el medio ambiente está haciendo una valoración negativa de ciertos actos. Está dejando sentado el desvalor de conductas que impliquen la muerte o la lesión de una persona o del medio ambiente. Es importante tener en cuenta que esta valoración es objetiva, esto es, que es independiente de la persona que realice dicha conducta desvalorativa.

Para la determinación de la estructura de la norma penal hay que partir de la base de que ella está inmersa en una relación social, esto es, en una relación entre personas. Así, por ejemplo, cuando la norma prohíbe estafar a alguien, esto es, engañarlo con el fin de que

le haga entrega de algún objeto de su propiedad, está considerando una relación entre personas. Por eso, tiene un carácter comunicativo o dialogal y hay que tener en cuenta al «otro» respecto del cual la norma señala un determinado comportamiento. Y en este proceso comunicativo o dialogal siempre hay un tercero, que es el Estado, que está a la expectativa para imponer una pena al autor del acto contrario a la norma (Callies, 1974, 15 ss. y 80 ss.).

El delito de estafa se encuentra tipificado en el art. 248 CP. Este precepto castiga al que «con ánimo de lucro y utilizando engaño bastante para producir error en otro (lo induce) a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». El Código tipifica la vulneración de la norma que surgiendo del tipo penal, prohíbe engañar.

Ahora bien, en el juego de intereses contrapuestos, la norma señala cuál es el valor del sistema, qué es lo que quiere proteger. Señala cuál es la forma en que no puede ser resuelto un conflicto dejando abierta la posibilidad de que éste será resuelto mediante fórmulas alternativas.

El objeto de protección y fuente de origen de una norma penal debe ser un bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente. Cuando el Estado dicta una norma penal señala también el bien jurídico protegido. Este bien jurídico es un valor del sistema social concreto de que se trate. De esta forma, cuando la norma prohíbe matar está al mismo tiempo señalando que el bien jurídico vida es un valor del sistema. En un Estado social y democrático de derecho una norma que no tenga su fuente de origen en la protección un bien jurídico, carecerá de validez material. Sobre el particular se volverá más adelante.

Se puede sostener que, en la medida que la norma está señalando de forma anticipada cuál es la forma que para la solución del conflicto no debe ser utilizada por los actores sociales, su función es prevenir de un modo general, en el sentido de advertir que si se realiza la conducta prohibida o se omite la conducta mandada, el Estado reaccionará aplicando la pena o medida de seguridad. En este sentido, la norma cumple una función de garantía para la persona: el Estado sólo reaccionará en tanto que haya prevenido de modo general cuáles son los comportamientos que provocarán su reacción. Por eso, la ley penal que perjudica a la persona no puede tener efecto retroactivo.

Esta función preventiva es diferente a la que se atribuye a la norma penal desde la prevención general como teoría de la pena. Esta teoría atri-

buye a la norma una eficacia motivadora en los actores sociales. La amenaza penal intimidaría a las personas (versión prevención general negativa) o reforzaría en los actores sociales la validez del derecho (versión prevención general positiva). La eficacia motivadora de la norma es una presunción pues no está demostrada empíricamente. Y más aún, como es una presunción que no puede ser atacada no es una garantía y aparece desde el principio como contradictoria con el Estado de derecho. Sin embargo, no puede negarse que en determinadas condiciones la norma puede llegar a comotivar, pero no por su rigor sino por el grado de desarrollo de las interacciones sociales y de las políticas en la satisfacción de las necesidades educacionales, económicas, ambientales, etc.

Ahora bien, en la medida que la norma tiene un carácter comunicativo resulta necesario destacar el papel que ha desempeñado el «otro», esto es, la víctima. En el análisis de una situación con el objeto de concluir si tiene o no significación jurídico-penal, en otras palabras si ha habido o no delito, no resulta suficiente con el examen de la conducta del sujeto actuante. El comportamiento de la víctima puede llegar a tener importancia en la calificación jurídica del hecho.

Piénsese, por ejemplo, en unas lesiones realizadas por una persona en legítima defensa. La legítima defensa presupone una agresión ilegítima de la persona que es una víctima de la reacción defensiva. Ha habido una víctima, sin embargo el hecho no será delictivo justamente por su propia actuación. Pero, en un sentido todavía más amplio, una actuación libre y voluntaria de la víctima puede implicar la exclusión de un delito. Tal ocurriría en el caso de su consentimiento (lesiones del art. 156 CP) o bien sólo su atenuación (homicidio consentido del art. 143 CP).

Pero no sólo en este plano es necesario destacar el papel de la víctima, sino también en el proceso penal. En este escenario el Estado tiene que garantizar a la víctima que no va a ser objeto de una segunda victimización teniendo que volver a vivir la situación angustiosa del delito. Además, tiene que permitirle una participación activa en el proceso, es decir, que sea contradictorio entre partes a fin de facilitar una solución alternativa al conflicto. El proceso más allá de ser una instancia de fijación del castigo, ha de constituirse en un escenario para la comunicación entre las partes que posibilite otra forma de terminación del proceso que no sea la imposición de la pena.

Estos planteamientos sobre la naturaleza o carácter de la norma penal no son los de la opinión dominante. La opinión dominante plantea que la norma es un imperativo del Estado que prohíbe o manda la realización de conductas, el producto de un orden superior desprendido de la realidad social. El delito, de esta manera, aparece como un acto de desobediencia al Estado. Frente a este planteamiento, von Liszt (*Tratado*, 2, 5 ss., 335 ss. y

387 ss.) sostendría que lo fundamental en la norma no es el aspecto de desobediencia que es puramente formal, sino el desvalor que recoge la norma al afectar a algo valioso para la vida social, a un bien jurídico. Mezger agregaría al imperativismo el postulado de von Liszt dando lugar a una concepción mixta de la norma como imperativo y norma de determinación o motivación (1924, 207 ss.). Con Welzel (1976, 11 ss.) se produciría la real integración del carácter valorativo y de determinación de la norma al establecer que el momento desvalorativo se produce cuando el autor realiza una acción que contraviene la norma. En ese momento se produce un desvalor de acción. Este juicio desvalorativo es de carácter objetivo en tanto que afecta a valores ético-sociales. La norma obliga, en consecuencia, según Welzel, por su carácter valorativo fundado en la protección de valores ético-sociales. Por eso es un imperativo, un deber para cada persona. De esta manera, norma de valor e imperativo se integran completamente.

Como hemos expuesto anteriormente, la norma es un producto histórico, relativo y revisable y no el resultado de una mente privilegiada como sugiere la teoría de los imperativos. No debe olvidarse que la teoría de los imperativos es el reflejo en el derecho penal de la teoría de los derechos subjetivos del Estado. Conforme a esta teoría el Estado es titular de un derecho subjetivo público (Jellinek, 1978) que le reconoce el «derecho de mandar, sin mayor contenido apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio» (Binding, 1916, 96). A nuestro juicio el mantenimiento de esta teoría como fundamentación material del derecho penal es incompatible con un Estado social y democrático de derecho.

El imperativismo tiene dos variantes. La primera, que es conocida como la teoría monista de las normas, ciertamente la más simple, sostiene que el derecho sólo está compuesto por deberes de hacer y no hacer (mandatos y prohibiciones). Reconoce la existencia de otras reglas jurídicas, por ejemplo las permisivas, pero ellas no son autónomas sino que sólo cobran significación en relación con los imperativos. Así, por ejemplo, la regla jurídica que permite matar en legítima defensa en el caso concreto anula total o parcialmente el imperativo que prohíbe matar. La segunda es la teoría dualista de las normas. Esta variante del imperativismo sostiene que en el derecho junto a los imperativos hay también otras normas que no son prohibiciones o mandatos como las normas o reglas permisivas. Estas reglas tienen un carácter independiente y no tienen por función delimitarlas o circunscribirlas. Monismo y dualismo dan lugar a propuestas metodológicas diferentes para el análisis de un hecho que pueda dar lugar a una responsabilidad penal y a una discusión doctrinal, de la que se dará cuenta en el segundo volumen de esta obra, referido exclusivamente a la teoría del delito y del sujeto responsable.

4.2.2. La estructura del sistema jurídico y la norma

La estructura de todo el sistema jurídico, por tanto no sólo del penal, ha de ser reflejo de toda la sociedad de que se trate y de su complejidad, así como también del complejo de vinculaciones entre los sujetos. Luego, no sólo de valoraciones en relación con un deter-

minado comportamiento, sino también con otras valoraciones. Hay en la realidad social interacciones entre los actores sociales y se generan expectativas de comportamientos en relación al otro que son trascendentes dentro de la relación social.

De ahí que junto a las normas penales haya otras reglas jurídicas de carácter autónomo, como las reglas permisivas, que conforman el sistema jurídico en su totalidad. El sistema jurídico es un sistema complejo, abierto y cambiante. Los cambios de valoraciones que se producen en la dinámica social hace que esté en permanente revisión interna.

Estas otras reglas jurídicas condicionan a las normas penales. No basta, en consecuencia, con un primer juicio desvalorativo en relación con la contravención de una norma penal para establecer una responsabilidad, sino que es necesario un segundo juicio de desvalor que pone la contravención concreta en relación con el resto del ordenamiento jurídico. En esta segunda valoración se trata de constatar si la conducta es o no contraria a derecho. El examen del ordenamiento jurídico en su conjunto puede poner de manifiesto la existencia de una regla permisiva, esto es, de una regla que bajo ciertas y determinadas circunstancias permita la contravención de una norma penal. Pero no sólo existe este tipo de valoraciones normativas condicionantes, sino que es un conjunto más amplio y complejo. Así, por ejemplo, si el sujeto activo no tiene la calidad de juez (caso del delito de prevaricación del art. 446 CP) o el documento no tiene la calidad de documento público (caso del delito de falsedades del art. 392 CP), no se dará el respectivo delito.

Como se verá más adelante en este mismo volumen y más detalladamente en el segundo, en el examen de un caso concreto hay dos momentos valorativos diferentes e independientes que se conocen con los nombres técnicos de tipicidad y antijuridicidad. El primero está referido a la norma penal y el segundo al ordenamiento jurídico en su conjunto.

4.3. *Resumen y conclusiones*

1) En cuanto a su origen, la norma penal en un Estado social y democrático de derecho no es el producto de una mente privilegiada o de un orden superior. Luego no es un imperativo al servicio de los intereses políticos del Estado. Está íntimamente vinculada a la realidad social. Surge de la realidad social como producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno y son recogidos por las instancias políticas encargadas de formalizarlas en preceptos legales. De

ahí su carácter cambiante y siempre revisable. Su obligatoriedad proviene de su origen democrático que no es puramente formal, sino también material en cuanto no entra en contradicción con principios materiales fundadores de un Estado social y democrático de derecho, como por ejemplo la dignidad de la persona humana.

A estos principios haremos referencia en el capítulo «Derecho penal subjetivo y sus límites». Son el mencionado principio de la dignidad de la persona y también el de necesidad de la pena y el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

La norma, como decíamos, tiene su origen en la realidad social del mismo modo que tienen ese origen también los bienes jurídicos. La norma está al servicio de la protección de bienes jurídicos que son a su vez fuente de validez material. Por eso, aparecen indisolublemente ligados normas y bienes jurídicos como la libertad, la vida, la salud o el medio ambiente. Resulta básico para la exigencia de responsabilidad penal la lesión del bien jurídico.

Esta exigencia básica de lesión de un bien jurídico para el establecimiento de una responsabilidad penal da lugar a un principio garantista conocido como *principio de lesividad*.

2) En cuanto a su estructura, es de carácter dialogal. En la norma se encierra siempre una vinculación con el otro. Implica una interacción objetiva entre sujetos, instruye significativamente cómo no puede ser resuelto un conflicto social. Y de aquí surge un segundo argumento para sostener que la norma no es un imperativo. El Estado sólo quiere dejar sentado con la significación que le da la pena a la norma que, frente al conflicto social concreto de que se trate, se han de buscar alternativas diferentes a la que se expresa en una norma penal.

3) La consideración de la norma penal con el resto del ordenamiento jurídico pone de manifiesto que no sólo hay prohibiciones y mandatos, esto es, obligaciones de hacer y no hacer, sino también otro tipo de normas, en particular normas permisivas. Estas reglas jurídicas son autónomas y condicionan la vigencia de las normas penales.

4.4. *Derecho penal, derecho penal administrativo y derecho disciplinario*

Las facultades sancionadoras del Estado no sólo se manifiestan en el derecho penal, sino que también lo hacen en el derecho administra-

tivo y el derecho disciplinario. El ejercicio del derecho penal administrativo significa por parte del Estado el ejercicio de una actividad coactiva para imponer la realización de su actividad administrativa (Cerezo, 1996, 44). La distinción de este derecho con el derecho penal propiamente tal es puramente cuantitativa y no se pueden apreciar criterios convincentes para fundamentar una distinción cualitativa.

En todo caso, este derecho penal tiene la limitación de que no puede ser fuente de imposición, directa, indirecta ni subsidiariamente, de penas privativas de libertad, de acuerdo con lo establecido en el art. 25.3 CE. Ciertamente, dada la tendencia histórica a hipertrofiar el derecho sancionador administrativo en España, éste constituye un significativo avance.

Además —éste es otro punto a destacar— están sujetas al principio de legalidad, en virtud de lo establecido en los artículos 25.1 y 9.3 CE.

El art. 25.1 CE señala que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Por su parte, el art. 9.3 establece el principio de la no retroactividad «de las disposiciones sancionatorias no favorables».

Sin duda, la Constitución significó un importante avance garantista que en todo caso se ha completado con la promulgación la Ley de 26 de noviembre de 1992 sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

En esta ley se recogen los principios de legalidad y tipicidad, de irretroactividad, *ne bis in idem*, retroactividad de las disposiciones favorables y la prescripción de las sanciones e infracciones. Se echa de menos el principio de culpabilidad.

El derecho disciplinario es el derecho sancionatorio de carácter administrativo dirigido a los funcionarios de la Administración del Estado. Coexiste con el derecho penal dedicado a los delitos de los funcionarios y resulta difícil encontrar criterios que no sean cuantitativos de diferenciación. Se dice que su objetivo es la protección de la organización administrativa y mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes.

Bibliografía

- Binding, K. (1916): *Die Normen und ihre Übertretung*, Felix Meiner, Leipzig, 3.^a ed.
- Callies, R. P. (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales, Rechtsstaat*, Frankfurt a. M.
- Jellinek, G. (1978): *Teoría General del Estado* [trad. de F. de los Ríos de la 2.^a ed. alemana], Albatros, Buenos Aires.
- Kaufmann, A. (1977): *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* [trad. de Bacigalupo y Garzón], Depalma, Buenos Aires.
- Octavio de Toledo, E. (1980): *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid.
- Ríos, F. de los (1978): «Introducción», en G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires.
- Torío, A. (1991): «Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid.

LA PENA Y SUS TEORÍAS

5.1. *Plantamiento*

Según hemos visto al estudiar la estructura de la norma penal, ésta encierra un proceso comunicativo con «otro» y genera una expectativa respecto de la intervención del Estado en el supuesto de que la norma llegara a ser infringida. Si ello ocurriera, el Estado impondría la pena. De este modo, si bien la pena no define a la norma, ésta aparece como esencial para la comprensión del derecho penal ya que con ella el Estado que estaba a la expectativa, se significa dentro de la relación social.

La pena es ajena a la norma. Ella está referida a comportamientos socialmente disvalorativos de los individuos. La sanción penal es la consecuencia de la infracción normativa.

Ahora bien, el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el derecho penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del derecho penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona (Zugaldía, 1995, 11). Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena.

Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Se trata con la pena de «que se haga justicia». Sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho. El derecho penal, en consecuencia, se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de esos fines.

Las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el derecho penal se justificaría racionalmente porque es útil para prevenir el delito.

5.2. *Las teorías absolutas de la pena*

Las teorías absolutas se plasman en diferentes líneas de pensamiento que no tiene mayor sentido entrar a clasificar. En su contenido esencial entienden que la pena es una retribución. Con ella se trata de que el que ha realizado un delito lo retribuya con la pena. Son dos de los más grandes pensadores europeos, Kant y Hegel, los que con mayor claridad han desarrollado la idea de la pena como retribución.

Para Hegel (1972, § 97) la pena es la negación de la negación del derecho. Por lo tanto, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo. El valor absoluto trascendente a conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho. Pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa. De esta manera, según cual sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado.

En Hegel el fundamento de la pena es de carácter jurídico. Con ella se trata de restablecer la vigencia del derecho en cuanto expresión del mundo racional que establece las bases de la convivencia social. Se trata de aclarar que el comportamiento contrario a la norma no es la pauta de conducta que se ha de seguir en el futuro, sino las que marcan las normas. De ahí que sea discutible afirmar de un modo general que en Hegel la pena retributiva sea un mal que sigue a otro mal, lo que él mismo se encarga de desmentir: «Si se considera el delito y su eliminación, en cuanto que ésta se determina en el futuro como pena, simplemente como un mal, se puede contemplar evidentemente como algo irracional querer un mal simplemente porque ya existía un mal anterior». Más adelante señala: «[...] el delito debe ser eliminado y precisamente no como la producción de un mal, sino como lesión del derecho en cuanto derecho» (1972, § 99).

Si para Hegel la retribución tiene una fundamentación jurídica, para Kant (1983, 455) tiene una fundamentación ética. Para este pensador la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor cul-

pable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es proporcionada al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad.

El carácter de valor absoluto de la pena como de realización de la justicia queda de manifiesto en la conocida sentencia de Kant según la cual «aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción...».

La teoría retributiva de la pena necesariamente ha de partir de un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien o el mal. Si la pena ha de ser expresión del derecho y no pura fuerza del Estado, obligatoriamente ha de poder motivar al individuo. Ahora si la norma ha de poder motivar al individuo, dicho individuo a su vez tendrá que ser motivable, lo que supone su capacidad de reconocer el valor.

5.2.1. Análisis crítico

La teoría retributiva de la pena es una teoría consecuente con el pensamiento liberal y constituye decididamente un progreso frente a la arbitrariedad penal característica del Antiguo Régimen. Hay en ella una idea de justicia que se concreta en la proporcionalidad entre la pena y el mal causado con el delito. Es una pena esencialmente garantista porque impide la intervención abusiva del Estado.

Pero si bien tiene ese aspecto valioso, tiene también otros negativos que han dado origen a las objeciones que se le han dirigido.

En primer lugar, en el caso de Kant tenemos que mencionar su punto de partida ético. Éste ha llevado a plantear el problema de la pena desde un orden absoluto de verdades o valores. Se olvida que una investigación sobre la pena no es un problema metafísico o teológico, sino que está dentro de un determinado sistema social del cual el derecho es su expresión.

En segundo lugar, la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto presupone un hombre dotado de libertad absoluta, lo que no es demostrable y no pasa de ser un axioma dogmático.

En tercer lugar, la pena entendida como retribución no parece compatible con un Estado democrático. En efecto, que la teoría retributiva en Kant entienda que la pena sólo consista en un mal, lo

que inevitablemente nos lleva a asociarla a la idea de venganza, no es compatible con la dignidad de la persona.

Tampoco la afirmación del derecho como expresión de la racionalidad absoluta, y que además se presume, es compatible con un sistema social y democrático de derecho, donde la libertad e igualdad son una propuesta de acción, una meta a conseguir, y no una realidad. Lo racional no se identifica con la realidad social.

5.3. *Las teorías relativas de la pena*

Como se ha expresado, las teorías de la pena no se preocupan del fundamento de la pena, sino simplemente de contestar a la pregunta de para qué sirve la pena, cuál es su utilidad. Abandonan, en consecuencia, estas teorías las consideraciones metafísicas como realización de la justicia o afirmación del derecho de las teorías absolutas. El derecho penal se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término, por su utilidad social.

Dos son las grandes teorías relativas de la pena. Por una parte, la prevención general, y por la otra, la prevención especial. La prevención general va dirigida a toda la comunidad social para que se abstenga de delinquir. La prevención especial en último término es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir o bien neutralizándolo con una actuación sobre su persona que le impida desarrollar una actividad delictiva.

Por eso, si bien las teorías relativas dieron origen al principio garantista de la absoluta necesidad de intervención coactiva del Estado, al mismo tiempo, le dieron un carácter legitimante fundamentado en su utilidad. En cambio desde una perspectiva crítica, la necesidad sólo implica plausibilidad.

5.3.1. La prevención general

En la prevención general es posible observar dos grandes variantes. Por un lado la prevención general intimidatoria y por la otra la prevención general positiva.

5.3.1.1. La prevención general intimidatoria

Especial importancia tiene en la prevención general intimidatoria Feuerbach (*Lehrbuch*, § 13), que se destaca por la claridad de su planteamiento. Para este autor la pena previene en forma general los de-

litos porque es una *intimidación o coacción psicológica* dirigida a todos los ciudadanos que reprimirán su impulso delictivo cuando sepan que inevitablemente seguirá la imposición de una pena a su hecho delictivo.

Sin duda esta concepción utilitaria de la pena constituye un avance en el proceso de secularización del Estado que comenzaría con la Ilustración. Hay un rechazo en esta concepción al retribucionismo por pertenecer al ámbito de la moral y no jurídico. Si la pena ha de imponerse, según esta concepción, es por su utilidad para el mantenimiento de las condiciones de la vida social. Con ella se trata de evitar los hechos futuros, cosa que ni siquiera se planteaba la retribución.

Por otra parte, resulta también destacable que la prevención general mire hacia la sociedad y atienda a los efectos que la amenaza penal pueda producir en ella. Este abandono de las posiciones metafísicas propias de la retribución, abre para el derecho penal un amplio abanico de posibilidades de investigación y de relaciones con otras ciencias que tengan como objeto los fenómenos sociales, pues las consecuencias que en la relación social pueda producir la amenaza penal habrán de constituirse en pautas de orientación de la política criminal.

5.3.1.1.1. Análisis crítico

Por una parte, los efectos preventivos generales de la pena no son comprobables empíricamente. Por otra, la prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución: la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesaría los costes y beneficios del delito. Por lo cual la abstención de su realización supondría una racionalidad homogénea en todas las personas. También postula la existencia de un Estado que en la definición de procesos criminales actuará dentro de un marco de racionalidad y no hará un uso abusivo de la amenaza penal que tan eficaz sería para evitar conflictos sociales. Ambos postulados constituyen una ficción y son tan indemostrables como el libre albedrío.

Sin perjuicio de esta contundente crítica a los fundamentos mismos de la prevención general, hay otras que ponen de manifiesto la incompatibilidad de la prevención general con el Estado social y democrático de derecho.

En primer lugar hay que destacar que resulta cuestionable la utilización de una coacción psicológica, el miedo y la instrumentaliza-

ción de la persona. En efecto, la prevención general no ha podido superar la crítica referida a la utilización de la persona como un medio para la consecución de un fin. De acuerdo con sus postulados la amenaza de la pena y sobre todo la certeza de su aplicación a una persona condicionaría a los demás a no delinquir, fin político perseguido por el Estado. En el fondo, como decía Antón Oneca (1949, 67), «un escarmiento en cabeza ajena». Esta crítica parte del postulado ético kantiano en el sentido de que el hombre no puede ser utilizado como medio para las intenciones de otro porque es un fin en sí mismo.

En segundo lugar, desde una perspectiva de garantías el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones. Ello puede llevar a una inflación de la pena y al terror penal, hacia el autoritarismo y la arbitrariedad.

En tercer lugar, en cuanto al pensamiento de utilidad en el sentido de eliminar hechos futuros —respecto de los ya realizados no hay nada que hacer—, aun sus defensores tienen que reconocer que ciertas penas como tales (la pena de muerte) o respecto de ciertos delitos (delitos desde posiciones de poder) no tienen efecto preventivo alguno. Por eso, algunos de sus actuales defensores tienen que atemperar sus postulados preventivos generales a un grupo determinado de penas, delitos o autores (Chambliss, 1971, 197 y 203-204).

En cuarto lugar, en tanto que el Estado social y democrático de derecho pone su acento programático justamente en la intervención en los procesos sociales con el objeto de regular y controlar en su especificidad los desequilibrios que su propia dinámica genera, los postulados no intervencionistas de la prevención general resultan contradictorios precisamente por su generalidad.

5.3.1.2. La prevención general positiva o integradora

Constituye un intento superador de las críticas formuladas a la prevención general intimidatoria que es calificada como «negativa». Se inclina por una prevención general más amplia cuyo objetivo es perseguir la estabilización de la conciencia del derecho. Las fundamentaciones de la prevención general positiva parten de la consideración del derecho penal como un control social más, sólo que formalizado. En cuanto que está formalizado está limitado por los derechos fundamentales de la persona. En tanto que la finalidad perseguida con la imposición de la pena trasciende del derecho penal a la sociedad y, en consecuencia, se espera que produzca consecuencias en la relación social, concretamente de «estabilizar la conciencia del derecho»,

sus defensores postulan la orientación del derecho penal desde dichas consecuencias externas. Por ello, necesariamente el derecho penal debe conectar con los demás controles sociales y, en general, con las ciencias que estudian los fenómenos sociales.

5.3.1.2.1. Análisis crítico

La prevención general positiva sin duda representa un avance respecto de las teorías absolutas y de la prevención general negativa. El reconocimiento del derecho penal como un control social formalizado y sujeto a los límites del Estado social y democrático de derecho, así como su planteamiento de orientación de la política criminal desde las consecuencias, constituyen aspectos valiosos y rescatables.

La prevención general positiva parte de una presunción absoluta: la capacidad motivadora de la norma. Ello presupone a la inde demostrabilidad empírica, la consideración de una racionalidad absolutamente libre en el hombre y la existencia de una sociedad cuyos miembros son racionalmente homogéneos y motivables por la norma penal. Por eso no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria a la que objeta la utilización del miedo y su carácter limitado. La prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del derecho que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos. Parte de la base, en consecuencia, de que el derecho contribuye al aprendizaje social. La amenaza penal simplemente estabilizaría esa conciencia adquirida a través del aprendizaje social.

Tampoco logra superar las objeciones que ponen de manifiesto su incompatibilidad con el Estado social y democrático de derecho, como la manipulación del hombre. Por otro lado, cualquier prevención general por sus propios postulados no intervencionistas en los procesos sociales, ignorándolos en su especificidad, contraría el programa regulador del Estado social y democrático de derecho.

5.3.2. La prevención especial

La idea de la pena preventiva especial, sin perjuicio de poder ser reconocida incluso en autores iluministas, surge con fuerza en la segunda mitad del siglo XIX con la escuela positiva italiana. El autor que logró universalizar la prevención especial fue von Liszt en su famoso programa de la Universidad de Marburgo de 1882 (von Listz, 995). Conforme a esta concepción de la pena la prevención

no debía dirigirse a la generalidad sino al individuo en particular. Habría que distinguir si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible. La pena sería de intimidación individual de corrección o inocuización.

La visión antropológica de la prevención especial es diferente a la de las teorías clásicas de la retribución y de la prevención general. Si para éstas el hombre es un ser libre e igual por naturaleza, para la prevención especial el hombre no es libre y el delincuente tampoco es un ser igual ya que está determinado al delito. Es un ser defectuoso, un peligroso social, un anormal respecto del cual la sociedad tiene que defenderse. De esta manera, la peligrosidad del delincuente y la defensa social están en la base y en el horizonte de esta nueva concepción de la pena.

Prevención especial significa intervención específica en la persona del delincuente. Para ello es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para si es posible corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos y si no lo es, para inocuizarlos.

5.3.2.1. Análisis crítico

La prevención especial significa un progreso en tanto que ha puesto su acento en el hombre concreto, considerando sus particularidades y no en un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva y la de prevención general. Despoja a la pena de su carácter mítico y moralizante, ya que lo importante es una pena adecuada a las particularidades de un sujeto.

No obstante, los aspectos negativos no son pocos. Crítica común a la prevención general y especial es la objeción ya analizada de la instrumentalización del hombre para los fines del Estado. El hombre es cosificado y no se respeta su derecho fundamental a la dignidad como persona. Pero en la prevención especial este aspecto se acentúa aún mas. En cuanto se dirige a un hombre real las posibilidades de manipulación son aún mayores. Es acción directa sobre el individuo, sobre su psique para imponer una escala de valores y prescindir de la minoría o de la disidencia.

Ya específicamente, se cuestiona a esta teoría que en muchas ocasiones el infractor está perfectamente socializado y, por lo tanto, no necesita ser reinsertado, como sucede, por ejemplo, con el delincuente económico. Los autores de esta categoría de delitos todo lo más tienen una socialización exacerbada respecto de un sistema de mercado y de consumo. En esta misma línea también ~~cabe pregun-~~

tarse de para qué y a qué sociedad se va a reinsertar a un individuo, toda vez que es posible observar que la sociedad no es homogénea y que hay diversidades culturales con diferentes imágenes del mundo.

Desde la perspectiva de la dinámica democrática la prevención especial resulta paralizadora. La resocialización significa reconocer la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado y sobre todo la de paralización de toda actividad de control democrático del poder y de rediscusión de sus contenidos, ya que las pautas de resocialización son determinadas por el propio Estado.

Por otra parte, no son pocas las dificultades para plantear criterios de prevención especial. La prevención especial ha fracasado para ser implantada de modo general. Conforme a sus propios planteamientos hay delincuentes que no necesitan ser tratados y otros que no serían susceptibles de tratamiento, pues no se conoce uno para ellos, como serían los *incurables*. Además, en cuanto a los que ellos denominan *corregibles*, las estadísticas de reincidencia permiten dudar si realmente se ha conseguido la corrección.

Desde el punto de vista práctico, la prevención especial requiere disponer de gran cantidad de recursos económicos, cuestión difícil aun en países de gran desarrollo. Esto significa que el tratamiento, cuando se lleva a cabo, queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun respecto a ellos hay dudas en relación a su eficacia.

5.3.2.2. La pena en el sistema constitucional español

De acuerdo con el art. 25.2 CE, «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Estrictamente, según su tenor literal, el precepto constitucional expresaría normativamente un modelo preventivo especial y serían, en consecuencia, trasladables las críticas expresadas en párrafos anteriores a dicho modelo. Una interpretación literal de esta naturaleza sería incompatible con la dignidad de la persona y el reconocimiento de su autonomía ética contenidos en el art. 10 CE. De ahí que haya que entender que la norma del art. 25.2 es un límite negativo, en el sentido que el Estado no puede imponer penas privativas de libertad que supongan un obstáculo para su integración y participación en los procesos sociales (Escobar, s/f). En esta línea, por ejemplo, no tienen cabida las penas largas privativas de libertad por su efecto despersonalizador.

Una interpretación literal pone, por lo demás, de manifiesto una contradicción. No puede pretenderse que desde dentro de la prisión

se pueda llevar a cabo un tratamiento resocializador. En efecto, la privación de libertad al segregar al individuo de lo social evidentemente no puede pretender resocializar o bien educar para la libertad.

5.4. *Las teorías de la unión*

Si tuviéramos que resumir en una frase la crítica a las teorías absolutas diríamos con las teorías preventivas que no son útiles pero conducen a penas justas. Si al contrario tuviéramos que hacerlo en relación con las teorías preventivas diríamos que quieren ser útiles pero conducen a penas injustas. Las llamadas teorías de la unión tratan de conciliar utilidad y justicia (Zugaldía, 1995, 18).

El planteamiento más simple es el de la doble vía en el derecho penal. Junto a la pena fundada en la culpabilidad del sujeto, se reconoce un sistema de medidas de seguridad fundado en la peligrosidad del sujeto, posición que ha encontrado acogida en los Códigos penales, como sucede con el español.

En efecto, el Código penal español es un código penal de doble vía. No obstante, hay que matizar que en este Código no es exclusivamente la peligrosidad del delincuente el fundamento de la medida de seguridad, sino, como señala su art. 6, una peligrosidad «exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Luego, esto significa que la medida de seguridad y la pena en el derecho español comparten la realización de un injusto como fundamento. Sobre el particular volveremos críticamente en la determinación de la pena.

Se le ha criticado a esta postura que es contradictoria en sí misma, pues ¿cómo pueden conciliarse retribución y tratamiento?

Otra posibilidad es combinar retribución con prevención general. La pena sin perjuicio de ser una respuesta a la acción realizada, tendría como finalidad «fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa» (Merkel, *Derecho Penal*, 250).

Retribución y prevención general son términos no conciliables. En verdad este planteamiento es o bien pura retribución (a lo que tiende) y la prevención general es presumida o bien prevención general con lo que tiene que renunciar a la retribución.

Otra fórmula mixta es combinar la prevención general y la especial, dando siempre preponderancia al criterio preventivo general, tarea difícil por lo contradictorio de sus finalidades y también de sus sustentaciones teóricas.

5.5. *Posición personal: una nueva concepción de la pena*

El problema a superar es la falta de utilidad de las teorías absolutas y el utilitarismo de las teorías preventivas. A efectos metodológicos hay que distinguir dos niveles en la pena: el referido a qué es la pena y el que atañe a la imposición de la misma.

5.5.1. ¿Qué es la pena?

Las teorías de la pena han procurado responder a esta pregunta sin éxito. La que más se acerca al problema es la teoría retributiva, pero ligándola a cuestiones metafísicas. Las preventivas obvian el problema con el pretexto de referirse a sus fines. De ello han resultado sólo fórmulas ideológicas encubridoras de la realidad de la pena.

Es cierto que la pena es un mal o expresión de la coerción estatal. Pero ésta no es una respuesta sino sólo un punto de partida, pues no queda agotado su contenido ni se da el real significado de la pena. La respuesta sólo es posible en la medida que se plantee claramente la indisolubilidad absoluta entre Estado y pena. Desde esa indisolubilidad, la pena aparece como un instrumento de aseguramiento del Estado. Con ella el Estado reafirma su existencia; dicho de otra forma, se autoconstata de forma general y simbólica dentro de la relación social.

En un Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado. De este modo, fuente de validez de la pena es la protección de bienes jurídicos.

En un Estado democrático que garantiza la participación de todos los ciudadanos en los bienes jurídicos, éstos están sometidos a constante revisión. Con esta posibilidad de revisión crítica de los bienes jurídicos, un Estado democrático pone en rediscusión el derecho penal y la pena. De esta manera, la pena validada por la protección de bienes jurídicos no se convierte en un principio absoluto, sino en posibilidad de constante revisión democrática del sistema penal.

5.5.2. La imposición de la pena

Las penas están para imponerse, y ello significa un proceso de concretización en un individuo. Esta imposición requiere necesariamente de un fin. En un Estado social y democrático de derecho, donde

todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser ni medio en relación a otros hombres ni tampoco respecto a un objeto, como el bien social, el interés general, etc.

Luego, la finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin. La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales. En dichas alternativas el individuo ha de tener la posibilidad de participar.

Esta idea del fin de la pena es congruente con el mandato constitucional (art. 9.2) a los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plena consecución de la libertad e igualdad de los individuos y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. A la vista del mandato constitucional, hay que reconocer que el Estado con la definición de un conflicto como delito, ha fracasado en el establecimiento de las condiciones para la participación ciudadana y en la remoción de los obstáculos que dificultan la libertad y la igualdad. Pero junto con reconocerlo también ha de establecer las condiciones para que el ciudadano puede solucionar el conflicto. Por eso, la pena ha de ser una alternativa más de participación en su solución.

Sin duda, desde la perspectiva expuesta, todo el sistema de la pena privativa de libertad queda en el ámbito de lo revisable. Por eso no puede extrañar que cada vez vayan teniendo más fuerza los movimientos abolicionistas. Dichos movimientos basculan entre la abolición de la pena privativa de libertad y su reemplazo por otras penas alternativas a la cárcel, hasta la abolición del derecho penal mismo y la búsqueda de otras soluciones jurídicas a los conflictos sociales etiquetados como delitos (Larrauri, 1987).

5.6. Derecho penal de alternativas

En definitiva, el derecho penal debería convertirse en un derecho de alternativas para el sujeto. Si la norma advierte cuál es la solución que el Estado no está dispuesto a aceptar para el conflicto, al mismo tiempo debe dejar abierta cualquier otra alternativa para su solución. El derecho penal, en estas condiciones, entraría a jugar cuando no se ha dado ninguna de las otras alternativas posibles o ni

siquiera entraría a jugar si el conflicto se ha solucionado por otras vías mejores.

La plausibilidad de la intervención del Estado en un derecho penal de alternativas ha de constituirse al mismo tiempo en un límite a esa intervención. Se han de arbitrar garantías al ciudadano frente al poder del Estado, pues no se trata de que ese poder sea un poder omnímodo o absoluto.

El derecho penal de alternativas ha de reconocer la capacidad de las partes para solucionar sus conflictos. En ese sentido el proceso penal ha de ser un escenario que posibilite el encuentro entre el autor y su víctima y su reconciliación, sin desdeñar una gestión reparatoria aunque sea simbólica.

Bibliografía

- Bustos, J. y Hormazábal, H. (1980): «Pena y Estado»: *Papers. Revista de Sociología*, 13, pp. 97-128.
- Chambliss, W. (1971): «The deterrent influence of punishment», en *Theories of Punishment*, Bloomington-London.
- Escobar Marulanda, G. (s/f): «Consideraciones sobre el nuevo Reglamento Penitenciario», manuscrito de próxima publicación facilitado por el autor.
- Hegel, G. W. F. (1972): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ullstein, Frankfurt a.M.-Berlin-Wien.
- Lamarca Pérez, C. (1995): «La mediación penal: una alternativa a la solución judicial de los conflictos», en *Mediación: una alternativa extrajudicial*, Madrid, pp. 133-137.
- Larrauri, E. (1987): «Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista»: *Poder y Control*, 3, pp. 95-116.
- Liszt, F. von (1995): *La idea del fin en el derecho penal* (Programa de la Universidad de Marburgo de 1882) [trad. de Pérez del Valle], Comares, Granada.
- Zugaldía, J. M. (1995): «Otra vez la vuelta a von Liszt», en F. von Liszt, *La idea del fin en el derecho penal*, cit., pp. 11-40.

EL BIEN JURÍDICO

6.1. *Planteamiento*

El concepto «bien jurídico» designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente.

Ahora bien, si se reconoce la insolubilidad entre bien jurídico y norma (véase *supra* lección 4), como se comprenderá, resulta de la máxima importancia una teoría del bien jurídico que permita identificar materialmente, más allá de formulaciones ideológicas encubridoras de la realidad, lo protegido en relación a cada norma penal. Esta identificación material abre la discusión sobre su protección penal y con ello la permanente revisión democrática del sistema penal.

La identificación de lo realmente protegido por una norma penal permite el cuestionamiento de la norma. Piénsese en el antiguo delito de adulterio en el Código penal español. El precepto castigaba a «la mujer que yaciera con varón que no fuera su marido». La realidad de la represión de la mujer adúltera se enmascaraba justificando el castigo diciendo que esa norma protegía «la identidad de la familia». La lucha por el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido desvelar que esa norma lo que protegía era simplemente una intolerable discriminación a favor del hombre.

6.2. *Concepto*

La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de «bien jurí-

dico» nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico entendiéndolo por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal.

Lamentablemente los esfuerzos no se han visto compensados con resultados. Así, por ejemplo, von Liszt (1888) lo definiría como «interés jurídicamente protegido» o Welzel (1976, 15) como «todo Estado social que el derecho quiere resguardar de lesiones». Como se comprenderá, la virtualidad práctica de estas definiciones y de otras más recientes como «las condiciones de convivencia social» poco colaboran para solucionar el problema pues son formales y tautológicas.

Una teoría del bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho ha de tomar en cuenta lo que ya decíamos en relación con la norma: ella tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tiene lugar en su seno. Son en un Estado democrático el producto de la discusión participativa donde la hegemonía alcanzada está dispuesta en el futuro a aceptar su revisión. Los objetos de protección, los bienes jurídicos, surgen de la base social y, por consiguiente, están también sujetos a su rediscusión democrática. Por eso, se dice que tienen un carácter dinámico.

El derecho con la norma quiere regular comportamientos. Se trata con las prohibiciones y mandatos de evitar situaciones lesivas de bienes jurídicos, que las personas no los lesionen. La lesión de un bien jurídico, en consecuencia, sólo puede provenir de una conducta humana. No lesiona un bien jurídico la agresión de un animal o un hecho de la naturaleza.

Un animal o un rayo que cae sobre la tierra ciertamente puede matar a una persona. La vida se verá lesionada en su valor biológico pero no en tanto que bien jurídico.

Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas. La vida, la libertad, la salud sin perjuicio de ser valores naturales, en cuanto bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas. El comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; más aún, debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen siquiera un peligro para los bienes jurídicos. Por eso, son relaciones sociales concretas, esto es, relaciones entre personas que adquieren significación de bien jurídico en cuanto son confirmadas por la norma.

Esta conceptualización de los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas implica identificar la posición de las personas dentro de la relación social. Esta identificación permite comprobar si la penalización de una conducta significa discriminación de personas, el favorecimiento de situaciones de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, la protección de algún fundamentalismo de alguna clase.

El derecho penal, por ejemplo, no puede proteger una moral o una religión determinada. Cuando se protege la moral o la religión se están imponiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el derecho penal se constituiría en factor de discriminación. Otra cosa es que se proteja la libertad de una persona para obrar conforme a un código moral o para practicar una determinada religión. Pero lo que no se puede es imponer ese código moral o religioso.

Resumiendo, los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión.

6.3. *La necesidad de protección*

La determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado. En esa decisión el Estado no es neutral. Lo hará respondiendo a criterios que representen los intereses estructurales de la sociedad que organiza, que en la actualidad es la llamada sociedad de mercado. Las relaciones sociales se organizarán en función de esa economía de mercado (Lechner, 1984, 35). Pero esta selección está condicionada en un Estado social y democrático de derecho por el respeto de la libertad y dignidad de las personas y de sus necesidades. Esto significa que de ningún modo por encima del individuo puede haber otros intereses de grupo o de conservación o funcionamiento del sistema social.

6.3.1. Ideología y política criminal

En tanto que una política criminal democrática implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los ob-

jetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad, o simplemente algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no resulte deseable protegerlo.

En los procesos participativos dentro de una relación social global democrática la persona se encuentra expuesta a la interpelación de los diferentes discursos ideológicos. Estos discursos ideológicos pueden ser contradictorios y excluyentes, otros pueden ser complementarios o simplemente sobreponerse. El enfrentamiento dialéctico de estos discursos son expresión de ejercicio de libertad política y de participación democrática (Therborn, 1987, 63 ss.).

Las ideologías se dirigen a personas constituyendo y modelando socialmente su subjetividad. En la conformación de la personalidad humana concurren tanto factores sociales como factores psíquicos (Therborn, 1987, 13). Las ideologías pueden interpelar al individuo dándole significados sobre la vida, la muerte, lo bueno y lo malo. También inculcándole la pertenencia a una tribu, a una nación, a un Estado, etc. (Therborn, 1987, 19 ss.).

Desde la perspectiva del bien jurídico tienen especial significación las ideologías de tipo inclusivo-histórico de carácter estructural. Son aquellas que se corresponden a una concepción de la sociedad, sus fundamentos y mantenimiento. Resulta necesario determinar en cada norma penal el objeto realmente protegido, de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social concreta protegida a fin de evitar proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado social y democrático de derecho. Un ejemplo a este respecto es el que mencionábamos anteriormente en relación a la religión o la pertenencia, por ejemplo, a una determinada nación.

En definitiva, se trata de que la necesidad de protección se establezca libremente en la base social superando el discurso ideológico para ver la realidad del objeto a ser protegido y su compatibilidad con los fundamentos del Estado social y democrático de derecho.

6.3.2. La satisfacción de necesidades humanas

El concepto de necesidad humana asociado al de bien jurídico aparece como un criterio dentro de una sociedad democrática. Su satisfacción supone en un Estado social y democrático una redistribución de los bienes políticos, económicos y culturales (Terradillos, 1981, 136).

En este proceso distributivo de los bienes el derecho penal puede participar protegiendo las condiciones que resultan necesarias para la satisfacción de las necesidades. De este modo, los bienes jurídicos concretos a ser protegidos por el derecho penal han de ser aquellos que están en función de las condiciones para la satisfacción de esas necesidades. El derecho penal cumpliría esta tarea en un doble sentido. En un sentido positivo, protegiendo mediante prohibiciones y mandatos aquellos bienes jurídicos que inciden directamente en la satisfacción de necesidades. En un sentido negativo, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el marco legal de un Estado democrático de derecho.

La satisfacción de necesidad humana asociada a la protección de un bien jurídico coloca a la persona en el centro de la protección penal. No se trata de proteger sistemas sociales, organizaciones, intereses colectivos, sino las necesidades de la persona. Por eso, las necesidades humanas asociadas al instinto de autoconservación y al mantenimiento de la vida humana son base y condición para la satisfacción de las demás necesidades. En relación a estas necesidades existenciales aparecen los bienes jurídicos que son base del sistema social como la libertad, la vida, la salud individual, etc., y es en función de estos bienes jurídicos que surgen otros de carácter colectivo como el medio ambiente y la salud colectiva entre otros (Heller, 1981, 141).

6.4. *Funciones del bien jurídico*

Respecto de los bienes jurídicos cabe reconocer diferentes funciones. Desde luego, está la función político-criminal de límite al poder de definición del Estado. Éste sólo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales. Dentro de la función político-criminal también cabe reconocer, como consecuencia de su carácter dinámico, una función crítica del sistema penal en el sentido de tenerlo sometido a una permanente revisión. Producto de esta función crítica son los procesos de incriminación que se producen como consecuencia de la aparición de nuevos bienes jurídicos y los de desincriminación de conductas que en relación a lo protegido no aparecen como merecedoras de protección.

En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De

este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate.

Así, por ejemplo, determinar si en un caso concreto la conducta del sujeto que vertió una sustancia en el vaso de su víctima con la intención de matarla puede ser interpretada como equivalente a la conducta de matar contenida en el art. 138 CP implica un proceso valorativo de atribución. Este proceso de atribución ha de realizarse desde el bien jurídico protegido que en este caso es la vida. Si la sustancia es veneno y aparece probada la muerte por envenenamiento diremos desde el bien jurídico *vida* que verter veneno en el vaso de una persona equivale a matar. Pero si la sustancia no es veneno o la víctima había muerto antes de un síncope cardiaco, desde el bien jurídico *vida*, aun cuando la intención del autor era matar a la víctima, diremos que verter una sustancia en un vaso no es equivalente a la conducta de matar contenida en el citado art. 138.

Bibliografía

- Heller, A. (1981): *Para cambiar la vida*, Grijalbo, Barcelona.
- Hormazábal, H. (1991): *Bien Jurídico y Estado social y democrático de derecho*, PPU, Barcelona.
- Liszt, F. von (1888): «Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft»: *ZStW*, pp. 134 ss.
- Terradillos, J. (1981): «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal»: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, pp. 125-149.
- Therborn, G. (1987): *La ideología del poder y el poder de la ideología*, Siglo XXI, Madrid.

EL DERECHO PENAL SUBJETIVO Y SUS LÍMITES (I)

7.1. *Concepto*

Así como en el derecho penal objetivo el estudio se centra en las normas jurídico-penales y su sistematización, en el derecho penal subjetivo se centra en la potestad punitiva del Estado, en el llamado *jus puniendi*.

Definíamos (*supra* lección 3) la política criminal como poder de definición de procesos sociales conflictivos como criminales. Señalábamos también que este poder de definición en un Estado social y democrático de derecho estaba sujeto a los condicionamientos de un Estado que tiene por objetivo la consecución plena de la libertad y la igualdad. La decisión político-criminal puede culminar bien sea en el desarrollo de una política social para solucionar el conflicto o bien en la promulgación de una norma penal.

De esta forma, la norma penal viene a ser una de las alternativas político-criminales. Si la alternativa es criminalizar el conflicto, el primer paso es la promulgación de una norma penal. De esta forma, la norma penal pasa a ser la plasmación de una alternativa político-criminal. Hay una estrecha relación entre la política criminal y el *jus puniendi*, una relación de continuidad. Con el ejercicio del *jus puniendi* acaba la política criminal y comienza otro proceso de definición, el de definición del delito y del delincuente, esto es, de lo criminal.

En efecto, con la promulgación de la norma penal sólo se ha dado un primer paso en la incriminación de una conducta, sólo se ha producido la *incriminación primaria*. Falta el segundo paso, que es el de que esa norma sea aplicada a una persona, que se produzca la *incriminación secundaria*. Sólo con la conjunción de la incrimina-

ción primaria y de la incriminación secundaria puede nacer lo criminal: con la norma y su aplicación nace el delito y el delincuente.

En suma, podemos definir el derecho penal subjetivo o *jus puniendi* como una decisión político-criminal plasmada en una norma que declara *punible* un hecho y *perseguible* a su autor. El *jus puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima.

Sin embargo, esta potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites materiales, esto es, límites que están directamente relacionados con sus bases de sustentación. Estos límites al *jus puniendi* se expresan en forma de principios que tienen base constitucional. El Estado en la promulgación y aplicación de las normas penales ha de mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas. Luego, no basta que la norma sea formalmente válida, esto es, que haya sido dictada cumpliendo con los requisitos constitucionales en su tramitación, sino que es necesario que sea también materialmente válida. Dicho de otra forma, que su contenido sea conciliable con dichos principios que están dirigidos a los órganos encargados de la creación de las normas penales. En lo que respecta a su aplicación, ésta ha de hacerse también con respeto a dichos principios y a otros específicos de carácter procesal. Los jueces y tribunales también tienen que respetarlos orientando su actuación con arreglo a ellos. Su objetivo es evitar la arbitrariedad.

Todos estos principios generales y específicos tienen un tronco común: el principio iluminista del reconocimiento de la posición antinómica del individuo frente al poder. Es este principio básico el que informa la normativa constitucional de los derechos fundamentales y éstos a su vez limitan el *jus puniendi*. En algunas ocasiones estos principios están explícitos en la Constitución, como sucede, por ejemplo, con el principio de legalidad penal en el art. 25. En otros casos están implícitos en disposiciones constitucionales más amplias como por ejemplo las de los arts. 1, 9, 10 y 14 que al reconocer de modo general como base del Estado el respeto de la libertad, igualdad y dignidad de la persona, permiten en el ámbito particular del sistema penal formular otros específicos y más concretos deducibles de ellos. De este modo, una norma penal que haya sido promulgada y/o aplicada contrariando estos principios, sería *materialmente inconstitucional*.

Ahora bien, si, como hemos expresado, el *jus puniendi* es una decisión político-criminal que declara normativamente punible y perseguible un hecho, esto quiere decir que los límites al *jus puniendi* están tanto a nivel de la creación de la norma penal como al nivel de su aplicación. Los límites al nivel de la creación de normas penales son las llamadas *garantías penales*. Los que lo son al nivel de la aplicación

de las normas penales son las llamadas *garantías de persecución, procesales y de ejecución*. La conjunción de las garantías penales y procesales dan lugar a un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el *ius puniendi* estatal sino que también deslegitiman el uso abusivo de la potestad punitiva (Ferrajoli, 1995, 91 ss.).

En todo caso, conviene dejar aclarado que los límites al *ius puniendi* tanto en la creación de normas penales (garantías penales) que se señalarán a continuación, como las que se expondrán en la lección siguiente (garantías de persecución, procesales y de ejecución) son meramente *proposiciones prescriptivas*, esto es, que no describen lo que ocurre en los procesos de creación y aplicación de las normas penales, sino que prescriben lo que debiera ocurrir para que pudieran estar validadas en un Estado social y democrático de derecho (Ferrajoli, 1995, 92).

La observación de la realidad normativa muchas veces pone de manifiesto que los procesos de creación de normas penales siguen más criterios de oportunismo y populismo político en lugar de ser el resultado de una *seria y reflexiva* discusión política. Son notables a este respecto las inmediatas reacciones de los Gobiernos favorables a incriminar conductas toda vez que creen percibir una demanda social en este sentido que muchas veces proviene sólo del poder mediático o ha sido inducida por éste.

La evolución de las garantías materiales ha sido larga y dolorosa. Desde la Carta Magna, que sólo las reconoció para los pares, pasando por la Revolución francesa, que las extendió a los ciudadanos, y finalizando después de la II Guerra Mundial, con su reconocimiento a las personas sin otra cualificación. Por consiguiente, también al niño, al adulto mujer y al adulto mayor.

7.2. *Las garantías penales o límites al ius puniendi en la creación o producción de normas*

Estos límites son expresados a través del principio de necesidad de la intervención, del principio de dignidad de la persona y del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Constituyen lo que se llaman las garantías penales.

7.2.1. El principio de la absoluta necesidad de la intervención (Beccaria, 1987, 27-56)

Conforme a este principio la intervención penal del Estado sólo estaría justificada en tanto que resulte *necesaria* para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Todo lo que fuese más allá de lo estrictamente necesario sería autoritarismo

y una grave lesión a los principios democráticos del Estado, a sus bases de sustentación.

Este principio aparece reconocido constitucionalmente en los arts. 1 y 9 CE en forma general y en particular en el art. 4.3 CP.

El art. 4.3 CP contiene un mandato para el juez para que se dirija al Gobierno proponiendo la modificación o derogación de un precepto cuando penalice un comportamiento que a su juicio no debiera serlo. Esta disposición del Código no es sino un precipitado en el ámbito del derecho penal de los principios más amplios contenidos en los citados arts. 1 y 9 CE.

De este principio se derivan algunos otros que le dan contenido preciso: la consideración del control penal desde sus consecuencias (Hassemer, 1984, 54 ss.), su carácter de *extrema ratio* y subsidiario, el principio del carácter fragmentario del derecho penal, el principio de proporcionalidad, el principio del *non bis in idem* y el principio de alternatividad.

7.2.1.1. La consideración del control penal desde sus consecuencias

La consideración del control penal desde sus consecuencias significa que es necesario considerar previo a todo si el ejercicio del *jus puniendi* pueda ser más perjudicial para las personas, caso en el cual no debe utilizarse.

7.2.1.2. El principio de *extrema ratio* y de subsidiariedad

El derecho penal ha de entenderse como última *ratio* o mejor *extrema ratio*. Esto significa que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad de la reacción penal aconseja que la norma penal sólo sea considerada, en última instancia, como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social.

La subsidiariedad implica que se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal.

7.2.1.3. El principio del carácter fragmentario del derecho penal

El carácter fragmentario del derecho penal está estrechamente ligado al anterior. Significa que dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. Lo

contrario significaría una ampliación de la actividad punitiva del Estado que podría llevar a una paralización de la vida social y a provocar la inseguridad de las personas permanentemente amenazadas por la violencia del Estado.

A este respecto, podemos mencionar la protección penal del bien jurídico *patrimonio*. El patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda.

7.2.1.4. El principio de proporcionalidad

Este principio implica para el legislador, en la determinación de la pena en abstracto, la consideración del fin de protección de la norma penal, esto es, del bien jurídico de que se trate. La pena se determinará normativamente en abstracto conforme a una jerarquización de los bienes jurídicos. En un Estado social y democrático de derecho están sin duda en un primer plano los bienes jurídicos básicos del sistema: la libertad, la vida, la salud, etc.

Entra en consideración también a efectos de la proporcionalidad en abstracto el principio de respeto a la dignidad de la persona humana. La amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la persona.

A este respecto ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional (STC 4-7-1991), señalando que la medida de la pena prevista por la ley para un caso general es competencia del legislador en función de sus objetivos de política criminal «siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella [...]».

7.2.1.5. El principio del *non bis in idem*

El *non bis in idem* establece que un hecho o circunstancia que ha sido sancionado o bien ha servido de base para una agravación de la pena no puede ser utilizado para una nueva sanción o agravación. Ahora bien, este principio puede, además de su sentido natural y obvio, tener diferentes aplicaciones. Así, en relación a considerar si una pena accesoria es realmente tal, o bien, por su gravedad, es la aplicación de una nueva pena al mismo hecho. Tiene también especial repercusión en el ámbito del llamado derecho penal administrativo, pues si bien es evidente que un mismo hecho no podría tener

una pena administrativa y otra penal criminal, sin embargo es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación al principio del *non bis in idem*. Así, la sanción en un sumario administrativo de dar de baja de la Administración civil a un funcionario por haber utilizado en su provecho bienes públicos, no obsta a la sanción penal de privación de libertad por malversación de caudales públicos. Por otra parte, la multa impuesta a una persona por pasar con luz roja no obsta a la pena por el hecho de haber lesionado a una persona en tal ocasión.

7.2.1.6. El principio de alternatividad

Dentro de la constelación de principios que se engloban bajo el principio de la absoluta necesidad de la intervención penal, está también el principio de alternatividad.

Significa, en su sentido estricto, que siempre frente a un determinado hecho deben establecerse penas, medidas y controles penales alternativos. En su sentido amplio que el control penal ha de posibilitar la aplicación de alternativas no penales, en tal perspectiva las llamadas formas de reparación o mediación.

7.2.2. El principio de la dignidad de la persona

En el art. 10.1 CE se reconoce la dignidad de la persona y un amplio abanico de derechos que le son inherentes. Además, en el párrafo 2.º establece un criterio progresivo de interpretación de los derechos y libertades constitucionales sobre la base de la Declaración de los derechos humanos y los tratados u acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España.

El principio implica el reconocimiento a la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal. En cuanto a lo primero, quiere decir que la persona es un fin en sí mismo, que jamás puede ser medio para otro objetivo y que el Estado está a su servicio. Luego, no puede ser considerada la persona como un objeto o quedar sometida a la tutela del Estado.

Lo segundo significa que ninguna intervención del Estado puede significar una afectación a la persona como tal. En este sentido significa que el Estado no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio. Sobre este fundamento se ha excluido la pena de muerte y el presidio perpetuo en las legislaciones penales más avanzadas.

El art. 15 CE señala, concretando este principio, que nadie puede ser sometido a «torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». También el art. 25.2 va en esta línea cuando establece que la pena privativa de libertad orientada a la reeducación y reinserción social no podrá consistir en trabajos forzados; que el condenado gozará de los derechos fundamentales; que tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios sociales, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

7.2.3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El principio de la necesidad de la intervención corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago. Requiere una base concreta de sustentación que señale los límites fundamentales del sistema. De ahí que resulte indispensable señalar *qué es lo protegido*, tarea que en la teoría penal cumple el bien jurídico. Esto significa que la intervención del Estado sólo es posible cuando se trata de la protección de bienes jurídicos.

Esto implica que el Estado tiene limitado su *jus puniendi* sólo a la incriminación de conductas dolosas o culposas que lesionen bienes jurídicos. En consecuencia, quedan al margen del derecho penal la protección de ideas morales, religiosas, estéticas o políticas.

Que no se pueda recurrir al derecho penal para la defensa de ideas políticas, no significa que no sea constatable la existencia de un *derecho penal político* que incrimina conductas que atentan contra los fundamentos mismos del Estado de derecho que conforman una determinada categoría de bienes jurídicos, como por ejemplo los protegidos por los delitos de rebelión, contra la corona, contra las instituciones del Estado, etc. El Estado se autolegitima con su carácter democrático, garantizando la fluidez de los canales de acceso al poder, para proteger estos bienes jurídicos. Conformen este derecho penal político algunas de las conductas contenidas en los Títulos XXI y XXII CP.

7.2.4. El principio de culpabilidad

Se suele incluir por razones históricas dentro de los límites al *jus puniendi* el llamado principio de culpabilidad. Ahora bien, el principio de culpabilidad presenta tres exigencias fundamentales. La primera tiene relación con la exigencia de una vinculación personal del autor con el hecho en forma de dolo o culpa, la segunda con la proporcionalidad de la pena que no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta y la tercera que abreviadamente se formula como culpabilidad por el hecho y que significa que a efectos de la responsabilidad penal en el juicio de culpabilidad sólo se pueden considerar los hechos referidos a la acción culpable y

no otros elementos referidos a la personalidad del autor como una manera de ser o de comportarse socialmente (Córdoba, 1977, 18 ss.). A la primera de estas exigencias se refiere el art. 5 CP cuando señala que «no hay pena sin dolo o imprudencia».

Lo cierto es que estas tres exigencias garantistas en el modelo que nos proponemos desarrollar en estas Lecciones no aparecen vinculadas con la culpabilidad sino con fundamentos distintos y en consecuencia tienen distinta sede. Así, la exigencia de una vinculación personal deriva del principio garantista material de exclusiva protección de bienes jurídicos en cuanto su afectación sólo puede derivarse de dolo o culpa y no del de culpabilidad y, por lo tanto, será examinada en la teoría cuando desarrollemos en la teoría del delito el elemento *tipicidad*. La garantía de proporcionalidad ya la hemos visto en el principio de necesidad de la pena desarrollado más arriba. En cuanto al tercer aspecto garantista, cuando se habla de acción culpable como presupuesto de la responsabilidad penal, lo cierto es que se está haciendo referencia a un comportamiento que constituye un injusto penal y para nosotros presupuesto de la exigencia de responsabilidad, y por lo tanto ajeno a la culpabilidad (Córdoba, 1977, 21-22 ss.).

Todas estas consideraciones, de acuerdo con la sistemática seguida en estas *Lecciones* nos llevan a excluir el principio de culpabilidad pues para nosotros cada uno de sus componentes tiene distinta base o fundamento, y si se menciona aquí es simplemente por su carga y valor histórico.

Bibliografía

- Beccaria, C. (1987): *De los delitos y las penas* [trad. del original de 1764 por Sentis Melendo y Ayerra Redín con «Introducción» de Agudelo Betancur], Temis, Bogotá.
- Bloch, E. (1977): *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- Córdoba, J. (1977): *Culpabilidad y Pena*, Bosch, Barcelona.
- Hormazábal, H. (1991): *Bien Jurídico y Estado social y democrático de derecho*, PPU, Barcelona.

EL DERECHO PENAL SUBJETIVO Y SUS LÍMITES (II)

8.1. *Introducción*

Señalábamos en la lección anterior que el proceso de criminalización es complejo ya que no basta con la creación del delito, sino que es necesario que la norma que lo crea sea aplicada. Ello significa que en la medida que en un Estado democrático de derecho se trata de proteger a la persona del uso abusivo del poder, el ejercicio del *jus puniendi* está sujeto a límites democráticos que aparecen tanto en el momento de la creación de la norma (incriminación primaria) como en el momento de su aplicación (incriminación secundaria).

La aplicación de la norma debe hacerse bajo ciertas y determinadas condiciones normativas que se denominan *garantías de persecución, procesales o condiciones del debido proceso y de ejecución*. Ahora bien, dado los límites de estas lecciones sólo nos extendemos en nuestro análisis en las garantías procesales. Al respecto, debemos insistir en lo ya señalado en el sentido de que las *garantías penales y procesales* son *proposiciones prescriptivas* y que, por lo tanto, *no* describen lo que ocurre en el sistema penal, sino que prescriben lo que debiera ocurrir. Constituyen en su conjunto una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la consecuente aplicación de una pena (Ferrajoli, 1995, 92).

8.2. *Los límites al jus puniendi en la aplicación de la norma*

Estos límites pueden ser sistematizados en dos grandes grupos. El primero está conformado por el principio del proceso debido. El se-

gundo grupo está conformado por principios que no son estrictamente procesales. Se trata de los ya examinados límites al nivel de la creación de las normas o garantías penales que al vincular también al Juez tienen también manifestaciones en la aplicación de las normas.

Lo cierto es que ningún principio garantista tiene naturaleza estrictamente penal o procesal. Del mismo modo que los principios limitadores del *jus puniendi* que hemos sistematizado bajo el epígrafe de «Límites en la creación de la norma», como veremos más adelante, vinculan también al juez, los del debido proceso también vinculan al legislador. Por ejemplo, la prohibición de la indefensión impide al legislador crear procedimientos que no contemplen la posibilidad de defensa.

8.2.1. El principio del proceso debido

El proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado social y democrático de derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones especiales se formulan bajo el principio del proceso debido.

Por eso no debe extrañar que en el principio del proceso debido se precipiten todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de los que es titular la persona en un Estado social y democrático de derecho. Es, en consecuencia, un principio de naturaleza constitucional protegido con los recursos que brinda la propia constitución (Esparza, 1995, 243).

En la base misma del principio del proceso debido está el art. 1 CE que define a España como un Estado social y democrático de derecho «que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Pero no sólo se infiere de este precepto, sino también de los arts. 14 (derecho de igualdad), 17 (libertad y seguridad), 24 (tutela judicial efectiva, principio acusatorio, etc.), 25 (principio de legalidad penal) y los arts. 117, 119 y 120, referidos a la organización del poder judicial y cuya vulneración suele remitirnos al citado art. 24 (Esparza, 1995, 236 ss.). La naturaleza de los preceptos constitucionales que pueden ser vulnerados pone a disposición del afectado, según el caso, los recursos de inconstitucionalidad, amparo judicial y amparo constitucional de los arts. 161.1.a-b y 53.2 de la misma Constitución (Esparza, 1995, 161 ss.).

Los derechos fundamentales y garantías constitucionales comprendidos dentro de este principio pueden ser reconducidos a cua-

tro axiomas que se pueden expresar en latín de la siguiente forma: *nulla culpa sine iudicio*, *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione* y *nulla probatio sine defensione* (Ferrajoli, 1995, 93).

Esta distinción sólo tiene un valor expositivo, pues los aludidos principios garantistas no constituyen estancos estrictamente separados sino que están interrelacionados. Por ejemplo, la *reformatio in peius* supone una infracción a la prohibición de la indefensión o del derecho de defensa (*nulla probatio sine defensione*) y también del principio acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*).

8.2.1.1. *Nulla culpa sine iudicio*

Dentro de este axioma se comprenden:

a) Derecho a un proceso sin las dilaciones indebidas. El fundamento de este principio radica en el hecho de que el objetivo de justicia sólo se logra dentro de plazos razonables. Está recogido en el art. 24.2 CE.

La STS de 14-12-1991 estimó como violatorio del art. 24 CE un proceso desarrollado con dilaciones indebidas. Estimó que las dilaciones eran fundamento suficiente para la consideración de una circunstancia atenuante.

A este respecto también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 4.4 CP: «Si mediara petición de indulto y el juez o tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada».

b) Derecho a un proceso con todas las garantías. Uno de los contenidos de este derecho es el de imparcialidad objetiva del juzgador. En concreto significa que el juez instructor no puede intervenir posteriormente en el conocimiento y fallo de la causa. Desde otro punto de vista significa el derecho de las partes a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa. Está expresamente contemplado en el art. 24.2 CE. Como puede apreciarse, este derecho en particular está relacionado con el principio acusatorio y con el derecho de defensa.

c) Principio de publicidad en el proceso. El derecho a un proceso público es uno de las garantías más importantes. Excepcionalmente puede ser limitado por motivos previstos en la ley. En todo caso, la declaración de secreto afectará a terceros pero nunca a los procesados. Está contemplada esta garantía en los arts. 120.1 y 24.2 CE y en los tratados internacionales suscritos por España.

d) Derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva encierra una constelación de otros derechos. En primer lugar, significa el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a ser parte en un proceso y a obtener un pronunciamiento judicial fundado sobre lo solicitado. El derecho puede verse satisfecho incluso con la inadmisión de la solicitud siempre y cuando sea fundada: por eso acceso a la jurisdicción y pronunciamiento sobre lo solicitado son insolubles.

En segundo lugar importa la obligación del juez de motivar las resoluciones judiciales. Este derecho, vinculado a la tutela judicial efectiva, está implícito en el art. 24.2 CE y está expresamente contemplado en el art. 120.3 de la misma. Significa la obligación del juez de argumentar racionalmente no sólo sus decisiones en aspectos estrictamente de derecho, sino también en relación a los hechos probados. La motivación posibilita el ejercicio del derecho de defensa toda vez que hace objetivo el proceso mental por el cual el juez llegó a la resolución judicial.

En tercer lugar, también incluye el derecho a interponer recursos ante el mismo juez o uno superior cuando el afectado estime estar perjudicado por la resolución judicial.

En cuarto y último término comprende el derecho a la ejecución de sentencias, esto es, a ejecutar lo juzgado, a obtener efectivamente lo decidido judicialmente.

8.2.1.2. *Nullum iudicium sine accusatione*

Este axioma recoge el principio acusatorio reconocido constitucionalmente en el art. 24. Este principio requiere la existencia de una acusación formal para que haya un juicio. El juez que ha de juzgar, que por lo demás ha de ser distinto del que dirigió la investigación, queda vinculado a la acusación. Esto significa que no puede condenar a persona distinta a la acusada ni por hechos distintos a los que fueron base de la acusación. Supone también la prohibición de la *reformatio in peius* y el derecho a un juez predeterminado por la ley.

8.2.1.3. *Nulla accusatio sine probatione*

Comprende el principio de presunción de inocencia. Está reconocido este derecho en el art. 24.2 CE y supone que la carga de la prueba de los hechos delictivos corresponde a la parte que sostiene la acusación. La presunción de inocencia es una presunción *ius tantum* que requiere para ser desvirtuada una mínima actividad pro-

batoria. Esta actividad probatoria ha de ser practicada en el juicio oral con las debidas garantías procesales de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. El principio *in dubio pro reo* que obliga a absolver si no existe esa mínima actividad probatoria, está vinculado a la presunción de inocencia. El fundamento último es que es preferible la absolución del culpable a la condena del inocente. En todo caso, la actividad probatoria ha de realizarse en condiciones de legalidad. Esto significa que la prueba obtenida por medios ilegales constituye una prueba nula.

8.2.1.4. *Nulla probatio sine defensione*

Dentro de este axioma están recogidas las siguientes garantías:

a) La prohibición de la indefensión. Con esta prohibición se ampara el ejercicio del derecho a la defensa en el curso del procedimiento. Esta garantía se encuentra recogida en el art. 24.2 CE. La indefensión puede provenir de una infracción de la ley procedimental siempre y cuando la infracción haya supuesto un perjuicio efectivo de los intereses de la persona afectada (STC 4-4-1984).

b) El derecho a la defensa. Como contenido del proceso debido supone la efectividad del derecho de defensa del imputado en todas las fases del proceso con las limitaciones, en todo caso establecidas en la ley, que puedan preverse en la fase sumarial. Comprende el derecho a la asistencia letrada y a ser informado de la acusación, entre otros derechos. Está reconocido en los arts. 17.3, 24.1 y 24.2 CE.

c) Principio de igualdad de las partes. Significa que el debate procesal ha de desarrollarse en condiciones de igualdad entre la acusación y la defensa. A este respecto, los jueces deben promover las condiciones para que ello ocurra. El Tribunal Constitucional (STC 17-4-1989) ha desarrollado este principio a partir del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por su interés, vale la pena transcribir el citado art. 6: «1) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación que se dirija contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el

Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3) Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia».

8.2.2. Otros modelos procesales

El modelo procesal a que se ha hecho referencia constituye un modelo garantista. Significa el cumplimiento de una serie de condiciones para determinar una responsabilidad penal en concreto. No obstante, históricamente es posible reconocer otros modelos de procesos penales donde algunas de estas garantías o todas están ausentes o debilitadas. Son sistemas procesales autoritarios.

Un modelo autoritario es el llamado *sistema de mera legalidad* donde la acusación es sostenida sin prueba y obstaculizado el derecho de defensa. La aplicación de la ley penal se hace sólo con argumentaciones a partir de una previsión legal formulada tan vagamente que hace innecesaria la prueba de los hechos y posibilita el subjetivismo judicial. La decisión judicial será pura arbitrariedad amparada por un manto de legalidad formal.

Tal sería el caso de una disposición que dijera que «todo comportamiento contrario a los intereses del pueblo o de la nación será castigada con una pena de diez años». La vaguedad de los términos del precepto deja en manos del órgano jurisdiccional determinar arbitrariamente si la conducta concreta es contraria o no a los intereses del pueblo o de la nación de acuerdo con lo que él entienda que es contrario a dichos intereses. Frente a previsiones legales de esta naturaleza se puede sostener una acusación apoyada en puro subjetivismo. Frente al subjetivismo poco puede hacer una defensa.

El proceso inquisitivo aparece toda vez que la investigación, acusación y el acto de juzgar son llevados a cabo por el mismo órgano jurisdiccional. La imparcialidad del juez está comprometida. Predomina el procedimiento escrito y el secreto de las actuaciones sobre la

publicidad y la oralidad del proceso. La ausencia de estas garantías contamina la presunción de inocencia y el principio de la carga de la prueba así como la posibilidad de la defensa. En definitiva el acto de juzgar en los procedimientos inquisitoriales se transforma en un acto de autoridad (Ferrajoli, 1995, 98-99).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece un sistema mixto que, a diferencia de un sistema acusatorio puro, deja entregada la investigación a un juez con lo cual se da la tendencia a distorsionar el juicio propiamente tal ya que en éste podría llegarse a otorgar eficacia probatoria a los antecedentes recogidos por el juez investigador. ¿Podríamos pedirle a un juez que ignorara totalmente lo realizado por otro juez? Con ello se confunde la función investigadora con la función jurisdiccional.

8.2.3. Las garantías penales y sus manifestaciones en el proceso debido

Los principios de necesidad de la pena, de protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona humana, como señalábamos anteriormente, tienen también virtualidad en el proceso.

Insistimos: no hay garantías estrictamente penales y procesales. En un sistema garantista todos y cada uno de los principios están estrictamente relacionados y la vulneración de uno de ellos significa si no la desaparición de los otros, por lo menos su debilitamiento.

8.2.3.1. El principio de necesidad de la pena

Las perspectivas de *extrema ratio* y subsidiariedad del derecho penal se realizan en el proceso penal cuando aparecen en el caso zonas confusas con otros controles formales (derecho administrativo, civil, económico). En estos casos, el juez debe rechazar por la vía interpretativa su competencia. La jurisdicción penal debe ceder ante otras jurisdicciones.

En segundo lugar, en consonancia con lo anterior, el principio de necesidad de la pena lleva consecuentemente al principio de oportunidad. Si hay otras vías para solucionar efectivamente el conflicto, lo que normalmente no logra el derecho penal, ha de evitarse la imposición de la pena y facilitar el camino para esas otras vías. Lo mismo ha de ocurrir cuando la lesión social es escasa.

En nuestro ordenamiento jurídico las posibilidades de manifestación del principio de oportunidad son pocas, toda vez que se entiende que este principio es irreconciliable con el principio de oficialidad que obliga al

Ministerio público a ejercer la acción penal y al juez a aplicar estrictamente la ley. Sin duda se trata de una interpretación rigurosa de la ley y a nuestro juicio una forma errónea de entender el principio de legalidad. No obstante, creemos que el juez tiene ámbitos de discrecionalidad donde puede tener lugar el principio de oportunidad, cumpliendo, eso sí, con su obligación de motivar su decisión conforme al art. 120.3 CE.

En tercer lugar, el principio de necesidad de la pena conlleva la idea de proporcionalidad. En el ámbito de la aplicación de la pena debe considerarse el grado de lesión del bien jurídico. Si la lesión es insignificante, la pena deja de tener sentido, esto es, no es necesaria.

8.2.3.2. El bien jurídico

El juez ha de considerar el delito desde el bien jurídico, esto es, desde la realidad social. Como el bien jurídico da cuenta de un conflicto de intereses, de personas que están en interrelación, el proceso no puede ser inquisitorio, pues ha de tomar en cuenta los intereses en conflicto y procurar su solución.

De lege ferenda lo deseable sería no un proceso acusatorio, sino uno entre partes que haga posible la mediación con la intervención de un juez de garantías para evitar los abusos.

En lo que se refiere a la interpretación de la ley penal, ésta tiene que hacerse desde el bien jurídico. Esto significa que no puede apreciarse la comisión de un delito, si el comportamiento no ha significado una lesión significativa del bien jurídico. El principio dominante en este sentido es el principio de lesividad que se expresa con la máxima latina *nullum crimen sine iniuria*.

8.2.3.3. El principio de dignidad de la persona

El reconocimiento de la persona humana condiciona la imposición de la pena. La responsabilidad penal significa exigencia de responsabilidad por parte del Estado a una persona por el hecho cometido. Esto significa capacidad de exigir, esto es, exigibilidad. El problema está, en consecuencia, en determinar si respecto de la persona concreta en el caso concreto el Estado puede exigir dicha responsabilidad.

Luego, en cada caso concreto, el juez, para ver si puede exigir esa responsabilidad, debe fijar su atención en las oportunidades y condiciones que el sistema social ha dado al inculpaado para poder

exigirle una respuesta determinada frente al conflicto. El respeto a la condición de persona impide exigir responsabilidad a aquellas personas a quienes el propio sistema ha marginado.

Por otra parte, el reconocimiento de la autonomía ética de la persona vincula al juez en general con todas las garantías procesales, especialmente con la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

La dignidad de la persona implica también su indemnidad personal que puede verse afectada en el momento del proceso y de la ejecución de la pena. Por eso el proceso no puede despersonalizarse, lo que sucede si se pierde de vista que detrás del legajo que materializa el proceso hay una persona que mediatiza a la persona del inculgado. De ahí el carácter excepcional que debe tener la prisión provisional.

En el ordenamiento español, art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, da al juez facultades demasiado amplias para decretarla pudiendo imponerla para cualquier delito.

En el momento de la ejecución penal no puede significar una anulación de los derechos de la persona. Por eso no son admisibles penas inhumanas o degradantes.

Bibliografía

- Armenta, T. (1995): *Principio acusatorio y derecho penal*.
Esparza, I. (1995): *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

9.1. Alcance del principio de legalidad

El principio de legalidad es un límite al *jus puniendi* que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley.

Los ámbitos garantistas del principio de legalidad comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria).

9.1.1. El principio de legalidad en la creación de normas penales (garantía criminal y penal)

9.1.1.1. Concepto, fundamentación y enunciación del principio

Según veíamos en capítulos anteriores, política criminal es poder de definición que se concreta en la creación de una norma (cf. *supra* lección 3). Señalábamos a continuación que el proceso de creación de la norma está preceptivamente limitada por principios que son consustanciales al Estado social y democrático de derecho. Estos principios eran el de necesidad de la pena, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona humana (cf. *supra* lección 7). El cumplimiento de estos requisitos daría validez

material a la norma. Pero no basta con la validez material de la norma, sino que ésta ha de tener también validez formal. Esa validez formal la adquiere cuando la norma se concreta en una ley promulgada bajo las condiciones establecidas en la correspondiente Constitución.

La función del principio de legalidad es esencialmente garantista. Se puede decir que con él nace el derecho penal moderno. Significa que el Estado ha de especificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que éstos han de tener la posibilidad real de conocerlos con toda claridad. El principio de legalidad, en definitiva, es una garantía frente a la arbitrariedad estatal.

El principio de legalidad tiene antecedentes antiguos: en la Carta Magna (1215), la Constitución de Maryland (1776) y la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano (1791). Sin embargo, aunque pudiera parecer lo contrario, el mantenimiento de este principio no ha sido pacífico en la evolución del Estado moderno. La escuela positiva italiana propugnaba que las medidas de seguridad podían aplicarse sin definición previa del delito. Lo mismo en la Alemania nazi y en la antigua Unión Soviética al permitirse la creación de normas penales por analogía.

El principio de legalidad es un mandato que suele formularse con una fórmula latina que en su origen se debe a Feuerbach (Lehrbuch, 1801, 20): *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia i certa*.

9.1.1.2. Contenido del principio

Su contenido viene dado por la reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), la exigencia de taxatividad y de certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) y la exigencia de irretroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

9.1.1.2.1. La reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*)

Esta prohibición es una consecuencia del mandato de que la punibilidad de una conducta sólo puede ser establecida por ley. Con esta prohibición no sólo se hace referencia a la exclusión de la costumbre como fuente del derecho penal, sino también de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia, que pueden ser en otros ámbitos jurídicos fuente del derecho.

Este aspecto del principio de legalidad tiene relación con la ley como fuente del derecho y se verá en el siguiente capítulo.

9.1.1.2.2. La exigencia de taxatividad y de certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*)

Con ella se rechaza la analogía, esto es, los supuestos en que se somete a una ley penal un hecho que según su tenor literal queda fuera de ella. Pero no sólo eso, sino también las llamadas «cláusulas generales» y las «leyes penales en blanco» inconstitucionales. La prohibición de la analogía significa su rechazo como fuente creadora de delitos. Es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial: el juez no puede crear delitos. En caso contrario se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inermes frente al poder judicial.

Dado que este tema se relaciona con las fuentes del derecho penal, lo trataremos *in extenso* en el siguiente capítulo.

9.1.1.2.3. La exigencia de irretroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*)

Implica la irretroactividad de la ley penal. Un hecho no puede ser sometido a una ley posterior. La prohibición de retroactividad tiene diversos alcances. En primer término prohíbe que un hecho que no era punible en el momento de su comisión sea juzgado por una ley posterior. En segundo lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra pena cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior. En tercer lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada cantidad de pena, se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley posterior.

No obstante, hay que dejar claro que la prohibición de la retroactividad de la ley penal no es un principio absoluto ya que se admite excepcionalmente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como se verá más adelante (cf. *infra* lección 12) referida a la aplicación temporal de la ley penal.

La retroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, una lógica consecuencia de su fundamento. Según señalábamos, el principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona. Una ley más favorable no es una ley abusiva. Por el contrario significa el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad. Luego, la re-

troactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad, antes lo afirma.

9.1.1.2.4. El principio de legalidad en la Constitución: garantía criminal y penal

El principio de legalidad se encuentra recogido de un modo general en el art. 9.3 CE y de forma específica para el derecho penal como garantía en el art. 25.1 de la misma, debiendo reconocerse, no obstante, *que su formulación es bastante precaria y requiere un esfuerzo interpretativo lógico y sistemático para comprender dentro de la formulación constitucional todos sus aspectos.*

El art. 9.3 establece que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionatorias no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

El art. 25.1, por su parte, establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

En efecto, la fórmula constitucional del principio de legalidad presenta problemas en los siguientes aspectos:

a) El término «legislación». El término «legislación» contenido en el art. 25.1 CE no tiene un significado unívoco, pues podría entenderse que equivale a cualquiera de las formas a través de las cuales se manifiesta la potestad legislativa. La Constitución admite diversos tipos de leyes. Están las leyes orgánicas para determinadas materias y que requieren una mayoría cualificada, las leyes ordinarias y con carácter excepcional los decretos legislativos y decretos leyes.

A nuestro entender el término «legislación» del art. 25.1 CE equivale a «ley orgánica». Hay un argumento teleológico y otro sistemático para fundamentar esta conclusión que significa establecer para la aprobación, modificación o derogación de una ley penal una mayor garantía al requerir la Constitución para este tipo de leyes una tramitación especial.

El art. 81.2 CE señala que «la aprobación, modificación o derogación de una ley orgánica exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

En primer lugar, el argumento teleológico. Éste se sostiene en el hecho de que la potestad punitiva del Estado incide en la libertad del individuo y que justamente la libertad aparece como valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE. Es por eso que la preocupación básica de la Constitución es establecer un equilibrio a favor del individuo en la relación entre la intervención del Estado y la libertad del individuo en la Sección 1.^a («De los derechos fundamentales y las libertades públicas») del Capítulo II del Título I. Este favorecimiento del individuo se concreta no sólo en la exigencia de ley orgánica para su desarrollo, según lo establece el art. 81.1 CE, sino también en el reconocimiento de los recursos de inconstitucionalidad del art. 161.1.a CE y de amparo judicial y constitucional del art. 53.2 CE.

En segundo lugar, el argumento sistemático. Éste deriva de la ubicación del art. 25 CE entre «los derechos fundamentales» y «las libertades públicas» de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I. Si bien es cierto que el principio de legalidad no puede ser identificado con un derecho o libertad pública fundamental, evidentemente es una garantía de éstos y por eso resulta básica para *su desarrollo*. Así, pues, queda cubierto por lo que establece el art. 81.1 CE.

b) *La inclusión de la infracción administrativa.* Pudiera parecer extraño que, junto al delito o falta, se incluya en el art. 25.1 CE la infracción administrativa. Como hemos visto anteriormente (cf. *supra* lección 4), el Estado es titular de un derecho sancionador en sus relaciones con la sociedad civil que se concreta en un derecho de contravenciones. El hecho de que sea una potestad sancionadora que incide en la libertad de los individuos sirve de fundamento para exigir también su sometimiento al principio de legalidad. Por eso, son válidos en relación a las infracciones administrativas los argumentos anteriores.

c) *La inclusión de las penas y sanciones.* El art. 25.1 CE no recoge en forma literal el aspecto referido a las penas (*nulla poena sine lege*). De ahí que la inclusión de este aspecto del principio de legalidad en la Constitución deba hacerse por la vía interpretativa, especialmente la sistemática y la teleológica. Con el auxilio de estos recursos interpretativos habría que entender que la pena está ya incluida en la referencia al delito y la sanción en la referencia a la infracción administrativa.

d) *La inclusión de las medidas de seguridad.* Ha sido objeto de discusión si las medidas de seguridad están abarcadas por el principio de legalidad. Dicho de otra forma, si las medidas de seguridad están incluidas o no en el art. 25.1 CE.

Lo cierto es que para resolver este problema hay que partir de una premisa: tanto la pena como la medida de seguridad constituyen una respuesta penal a la comisión de un delito. En consecuencia, tanto pena como medida de seguridad tienen por objeto ejercer el *control estatal*. Son respuestas diferentes a un hecho que previamente ha sido definido como delito. El delito es el presupuesto común de la pena y la medida de seguridad.

Por tanto, si como señalábamos anteriormente, el ejercicio de la potestad punitiva en un Estado social y democrático de derecho debe mantenerse en un indispensable punto de equilibrio con la libertad y dignidad de la persona humana, debe concluirse necesariamente que han de estar incluidas en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución y específicamente en el art. 25.1 CE.

Por otra parte, si poco cabría duda de que las medidas, en cuanto se acepte que no favorecen y que por lo menos restringen derechos individuales, quedan comprendidas en la expresión «disposiciones sancionadoras» del art. 9.3 CE.

La diferencia entre pena y medida de seguridad, cuestión sobre la que volveremos más adelante, cuando tratemos la determinación de la pena, tiene antecedentes históricos. Históricamente el fundamento de la pena era la culpabilidad entendida como libre albedrío y el de la medida de seguridad la peligrosidad del individuo. Tanto *libre albedrío* como *peligrosidad* son cuestiones metajurídicas. En consecuencia, el problema de la pena y de la medida de seguridad no es el fundamento sino el presupuesto y ambos tienen uno común que es el delito.

Luego, como el art. 25.1 CE se está refiriendo justamente al presupuesto común que es el delito, incluye interpretativamente tanto la pena como la medida de seguridad.

e) *El principio de «ne bis in idem»*. El principio de *ne bis in idem* puede ser formulado como la prohibición de que un mismo delito dé lugar a más de una sanción. Dentro de esta prohibición queda comprendido que una misma agravante pueda ser apreciada más de una vez y que un mismo hecho dé lugar a una pena y también a una sanción administrativa.

La prohibición de que un mismo presupuesto pueda dar lugar a más de una pena o modificación de ella es un problema que sistemáticamente cabe estudiar dentro del principio de legalidad. El Tribunal Constitucional ha entendido en numerosas sentencias que esta prohibición, aun cuando no encuentre formulación expresa en el texto constitucional, se desprende del principio de legalidad. Esto es así desde una interpretación lógica, pues como la ley ha de ser

estricta (principio de certeza y taxatividad), necesariamente no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.

Sin embargo, uno de los puntos más conflictivos en relación con el alcance del principio de *ne bis in idem* es el que se refiere a la prohibición de aplicar al mismo presupuesto pena criminal y sanción administrativa. El problema surge de la razón última del principio de legalidad, que es la de evitar la *arbitrariedad*, y, sin duda, constituye un abuso sancionar un mismo hecho como delito desde las instancias judiciales y como contravención desde la Administración (Arroyo, 1983, 19).

No obstante, hay sentencias del Tribunal Constitucional (STC de 30-1-1981, STC de 27-11-1985, STC de 8-7-1986, STC de 10-12-1991) que posibilitan la duplicidad de sanciones por un mismo hecho siempre que sean impuestas por autoridades de distinto orden que contemple el hecho desde perspectivas distintas (distinto fundamento) o exista una *relación de supremacía especial de la Administración* (relación de sujeción especial con ella). En todo caso, la acumulación ha de estar expresamente prevista en la ley. Ello debe ser así porque la acumulación de sanciones afecta al principio de legalidad, ya que constituye una excepción al principio de *ne bis in idem* que, como hemos visto, está íntimamente vinculado al principio de legalidad (De Sola, 1989, 112).

Tal sería la situación de un policía que comete un delito. Tendrá la sanción penal prevista para el delito de que se trate y además la sanción administrativa prevista en el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, que será la expulsión del cuerpo. Para la Administración desde su relación de supremacía concurre el interés legítimo de mantener la irreprochabilidad de los funcionarios policiales. Concurren todos los requisitos: autoridades de diferente orden, distinto fundamento y relación de sujeción especial con la Administración.

9.1.2. El principio de legalidad en la aplicación de normas penales (garantía jurisdiccional y de ejecución)

La STC 89/1983 de 2 de noviembre ha dejado claramente establecido que a las garantías criminal y penal se pueden integrar sin esfuerzo las garantías jurisdiccional y de ejecución. Ello supone para el Estado límites en la incriminación secundaria, esto es, en la aplicación de la ley penal.

9.1.2.1. El principio de legalidad en el proceso penal (garantía jurisdiccional y procesal)

El principio de legalidad proyectado en el proceso penal se puede recoger también en latín con la fórmula *nulla poena sine iudicio*. Está recogido en los arts. 24 y 117 CE que establecen las condiciones fundamentales del poder judicial en un Estado social y democrático de derecho. En primer lugar que la justicia emana del pueblo, y, en segundo lugar, el sometimiento de sus representantes al imperio de la ley. Se trata que la actividad judicial no exceda de lo que estrictamente establece la ley y de excluir toda posibilidad de arbitrariedad en el proceso.

Por eso, en las leyes relativas a la organización del poder judicial y procesales se han de plasmar todas las garantías que comprende el principio del proceso debido (cf. *supra* lección 8). A la validez material de las normas procesales ha de seguir, para su vigencia real, una validez formal que, como decíamos, ha de ser continente de las exigencias de un Estado social y democrático de derecho. El Código penal, en su artículo 3.1, viene a confirmar lo expresado anteriormente cuando señala que «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales».

Nuevamente debemos insistir en el carácter prescriptivo y no descriptivo de esta exposición. La realidad nos muestra, por ejemplo, que el art. 503 LECr ampara con un manto de legalidad (validez formal no material) una norma procesal que regulando una institución como la prisión provisional se vale de conceptos vagos e indeterminados que en definitiva dejan al subjetivismo judicial el decretar o no una prisión provisional. Esta disposición está en abierta contradicción con los principios del debido proceso.

En el ordenamiento jurídico español los textos orgánicos y procesales penales más importantes son la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr).

En el proceso penal suele argumentarse desde el principio de legalidad para sostener la obligación del juez y del ministerio público de actuar ante la sospecha de la comisión de un delito y de incoar el correspondiente proceso al que no se podrá poner término en tanto subsistan los presupuestos materiales que han dado origen a su apertura y se haya descubierto a su autor (Gimeno Sendra *et al.*, 1992, 62).

A este respecto, creemos que hay que hacer una distinción entre, por una parte, el principio de legalidad y, por la otra, los principios de oficialidad y de oportunidad. El principio de legalidad,

como hemos visto, es un principio que, partiendo del principio iluminista del reconocimiento de la antinomia individuo-Estado, tiene por objeto favorecer a la persona a fin de establecer una situación de equilibrio entre ellos. Su fundamento último es la exclusión de la arbitrariedad dentro de esa relación. Luego, desde esta perspectiva, el principio de legalidad no puede ser fuente de una obligación de perseguir penalmente. En esta línea tampoco desde el principio de legalidad puede sostenerse que las causas de exclusión de la responsabilidad penal o de atenuación de la pena son exclusivamente las señaladas en la ley. Nada impide que por la vía analógica, con fundamento en principios materiales fundadores del Estado de derecho, puedan crearse causas supralegales de exención de responsabilidad penal o circunstancias atenuantes.

Para sostener la obligación de la persecución penal se suele confundir el principio de legalidad con el de oficialidad. El principio de oficialidad es el que obliga a la acción penal, no el de legalidad. Frente al principio de oficialidad se sitúa el principio de oportunidad. Este último deja dentro de la discrecionalidad la persecución penal. Ambos principios, claramente procesales, están subordinados al principio de necesidad de la intervención (cf. *supra* lecciones 7 y 8). De esta forma, en una situación concreta puede estimarse no necesaria la pena y consecuente y fundadamente estimarse tampoco necesaria la persecución penal. Esta decisión no tiene nada que ver con el principio de legalidad que, como decíamos, está establecido a favor del individuo.

Para sostenerse la posición contraria podría argumentarse al tenor del art. 4.3. CP que el juez no puede dejar de imponer una pena cuando le impone el deber de acudir al Gobierno «exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

La interpretación podría ser otra. El art. 4 CP da reglas específicas para la interpretación de la ley penal y en este contexto establece la obligación de una interpretación rigurosa conforme a su sentido de las disposiciones de la ley, es decir, una interpretación en consonancia con los principios político-criminales que condicionan el *jus puniendi* en un Estado social y democrático de derecho. Esa interpretación podría llevar a la conclusión de la no aplicabilidad del

precepto al caso concreto de que se trate. En conclusión, el art. 4.1 no es una afirmación del principio de oficialidad, sino simplemente una regla específica de interpretación de los preceptos penales.

9.1.2.2. El principio de legalidad en la ejecución penal (garantía de ejecución)

En este ámbito el principio de legalidad significa que la pena ha de ejecutarse no arbitrariamente, sino en los términos prescritos por la ley. Las leyes de ejecución penal han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consagradas constitucionalmente (cf. *infra* 26.2).

Es importante a este respecto, en especial, el art. 15 CE, que prohíbe toda pena o trato inhumano o degradante, y el art. 25.2 CE cuando señala que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

Bibliografía

- Arroyo, L. (1983): «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, pp. 9 ss.
- Bacigalupo, E. (1983): «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal»: *Anuario de Derechos Humanos*, 2, pp. 13 ss.
- García Rivas, N. (1992): *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del TC*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- Santana Vega, D. M. (1994): «Principio de oportunidad y sistema penal»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 105-136.
- Sola, A. de (1989): «Principio *non bis in idem* y sanciones disciplinarias en el ordenamiento penitenciario»: *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, pp. 105-124.

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

10.1. *La reserva de ley*

La Constitución española establece de forma general el principio de legalidad en el art. 9.1. y 9.3 CE. La ley es la fuente del derecho por excelencia, a tal punto que en la propia Constitución no hay ninguna referencia explicativa respecto de la costumbre y los principios generales del derecho. Para estas fuentes es necesario recurrir a los arts. 1.3 y 1.4 del Código civil (CC). En lo que se refiere a la jurisprudencia, queda claramente excluida como fuente del derecho, y sólo tiene un carácter complementario por la vía interpretativa a tenor de lo señalado en el art. 1.6 CC.

Como hemos visto anteriormente (*supra* capítulo 9), y de acuerdo con la interpretación que proponíamos del art. 25.2 CE, sólo por ley orgánica pueden crearse tipos penales.

10.2. *Las leyes penales incompletas*

Ciertamente, todas las leyes penales tienden a ser incompletas (Mir, 1982, 15), es decir, necesitan de complementación. Por ejemplo, las disposiciones de la Parte especial requieren ser complementadas con una gran cantidad de disposiciones de la Parte general del Código. También puede suceder que la ley que establezca un delito remita para los efectos de la pena a otra ley.

Por ejemplo, el delito de homicidio se encuentra contemplado en el art. 138 CP. El tipo penal contempla sólo la conducta del autor. La extensión de la responsabilidad al cómplice requiere que el precepto del art. 138 CP se complemente con los arts. 27 y 29 CP.

Un ejemplo de remisión a efectos de la pena se encuentra en el art. 252 CP, donde para la pena de la apropiación indebida se señala que son las del art. 249 o 250 CP, según el caso.

Respecto de estos supuestos no se presenta un mayor problema pues todo lo más indican mayor o menor autonomía de las disposiciones legales.

El problema se presentará cuando la remisión se haga a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución. Tal es el caso de las llamadas leyes penales en blanco y de los tipos abiertos. En estos supuestos pueden presentarse problemas de constitucionalidad.

10.2.1. La ley penal en blanco

Se trata de aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se completa en una disposición de rango inferior, como por ejemplo una ley ordinaria (estatutal o autonómica), un reglamento o una ordenanza. El problema es el de su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

En el Código penal hay bastantes ejemplos. El art. 363 CP castiga al que ofrezca «en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos [...]». El art. 371 CP, que castiga al que fabrique, trafique o posea equipos, materiales o sustancias «enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 [...]».

El recurso a esta técnica legislativa podría representar una contradicción con el principio de legalidad ya que el legislador está haciendo abandono de una potestad que de acuerdo con la Constitución le corresponde en exclusiva.

Lo cierto es que, aceptando los riesgos que representa la ley penal en blanco desde el punto de vista garantista, determinadas materias, por su propia naturaleza, no pueden ser abarcadas totalmente dentro de un tipo penal y resulta indispensable la remisión a otra norma que puede ser inferior. Un reglamento por ejemplo. Se trata de materias que requieren de gran flexibilidad y dinamismo y son de gran complejidad. Esto hace que el tipo penal no pueda abarcarlas con la precisión debida. Por tanto, no aparecería en sí contradictoria esta técnica legislativa con la constitucionalidad de la ley penal. Incluso podría ser recomendable dentro de una adecuada técnica legislativa.

En materia de derecho penal alimentario, por ejemplo, la tipificación de la venta de alimentos caducados requiere de gran dinamismo. Permanentemente están perfeccionándose las técnicas de conservación de alimentos y con ello varían los plazos de caducidad.

Así, no cabe rechazar de plano por inconstitucional una ley penal en blanco. Pero, la posibilidad de una remisión a una norma reglamentaria o de ley ordinaria implica comprobar en cada caso su admisibilidad o inadmisibilidad. Su admisibilidad estará condicionada a que la ley penal en blanco ha de contener y concretar los elementos esenciales del ilícito punible (Mestre, 1988, 516 y 521). El núcleo esencial de la prohibición debe quedar concretado en la ley. El reglamento (o en su caso ley no orgánica o autonómica) sólo tendría por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca entrar a definir lo prohibido mismo.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la ley penal en blanco en numerosas sentencias. En este sentido la STC de 5-7-1990 señaló que son constitucionalmente posibles «siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente contaminada». También en el mismo sentido la STC de 16-9-1992.

Por último, señalar que los ejemplos de los arts. 363 y 371 CP cumplen con los requisitos de constitucionalidad exigidos por la doctrina y la jurisprudencia. El núcleo de la prohibición, la acción disvalorativa de «ofrecer en el mercado» o «fabricar, transportar, distribuir, comerciar o estar en posesión» está contenido en el precepto. El reglamento al cual se remite simplemente complementa.

10.2.2. Los tipos abiertos

Los tipos abiertos presentan una situación semejante a las leyes penales en blanco. Se trata de tipos en los que la determinación de lo prohibido sólo es parcial en el tipo y la complementación la hace el juez (Welzel, 1976, 119). En estos casos no hay una complementación mediante una norma de inferior categoría como sucede en las leyes penales en blanco, sino a través de la jurisprudencia.

Téngase en cuenta que la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español no es ni siquiera fuente del derecho conforme al art. 1.1 CC, sólo tiene una función complementaria de acuerdo con lo que señala el art. 1.6 del mismo cuerpo legal.

Un ejemplo a este respecto lo constituyen los delitos culposos. El Código no define lo que es imprudencia y se refiere a ella de un modo general (y hace muy bien), dejando a la doctrina científica y jurisprudencial la tarea de especificar los límites de la materia de prohibición, esto es, en qué consiste en cada caso la falta de cuidado, lo cual es cumplimentado por el juez (STC de 13-5-1987).

En cuanto a los tipos abiertos se presenta también un problema en relación al principio de legalidad. A este respecto, cabe señalar que de ningún tipo penal puede señalarse en estricto sentido que es un tipo cerrado y que el juez siempre tiene una labor de complementación (Welzel, 1976, 41). Pero, en relación a este problema específico, al igual que en las leyes penales en blanco, el tipo legal ha de contener el núcleo fundamental de la materia de la prohibición. El juez sólo complementa. El tipo no puede ser tan abierto que su aplicación o no, dependa arbitrariamente del juez.

10.3. *Otras fuentes*

10.3.1. Costumbre y principios generales del derecho

Como se ha dicho reiteradamente, sólo la ley puede ser fuente del derecho penal. Sólo mediante una ley se pueden establecer delitos y penas. Desde esta afirmación podría entenderse que las otras fuentes del derecho, como la costumbre y los principios generales del derecho reconocidos como tales en el art. 1.1 CC, no tendrían ninguna repercusión en el derecho penal.

Ello no es así, pues tanto la costumbre como los principios generales del derecho pueden llegar a tener una importante significación como fuentes complementarias para la determinación de ciertos conceptos que formen parte de la estructura de los tipos penales. También estas fuentes complementarias pueden ser fundamentales en relación con las causas de justificación.

Piénsese, por ejemplo, en la determinación del contenido de ciertos conceptos típicos como «obsceno» en el delito de exhibicionismo del art. 185 CP, donde la costumbre tendrá una misión fundamental y, por tanto, complementaria de la ley. También la costumbre y los principios generales de derecho cobrarán la significación de fuentes

que tienen en el respectivo ámbito en todos aquellos elementos típicos que requieren una valoración jurídica sobre la base de leyes pertenecientes a otras áreas en las que no están excluidas como fuente del derecho. Así, para determinar el contenido del concepto «cosa mueble» (art. 234 CP) hay que recurrir al derecho civil, para «documento mercantil» (art. 392 CP) al derecho mercantil, para «potencia extranjera» (art. 598 CP) hay que atender al derecho internacional público.

Con las causas de justificación sucede lo mismo. Las causas de justificación están en relación con todo el ordenamiento jurídico. Una norma permisiva puede surgir de cualquier ámbito jurídico. Por tanto, en su determinación podrán jugar un papel fundante o cofundante de ellas la costumbre y los principios generales de derecho. En otras palabras, la costumbre y los principios generales de derecho en las causas de justificación pueden ser fuente de derecho, ya que no crean delitos ni penas, sino todo lo contrario.

En el art. 20.7 CP se contiene la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Ésta constituye una cláusula genérica abierta de remisión al resto del ordenamiento jurídico. Es a otras ramas del ordenamiento donde habrá que dirigirse para valorar si una conducta concreta realizada es o no contraria a derecho. La respectiva área jurídica podría informarnos de que el autor lesionó un bien jurídico pero estaba actuando dentro de los límites de un deber.

10.3.2. La jurisprudencia

La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español no es una fuente de producción originaria de derecho como la ley, la costumbre y los principios generales de derecho, sino sólo una fuente de producción derivada. Está, en consecuencia, subordinada a las fuentes de producción originaria. En el derecho penal sólo crea derecho la ley y no el juez, lo que es fundamental para la exclusión de la arbitrariedad.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que haya que negar su indudable rol complementario, su carácter de fuente de producción derivada. Ha sido a través de la jurisprudencia que se ha determinado el contenido de voces como «imprudencia», «escalamiento» o «intimidación».

Especial importancia tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme al art. 164.1 CE. Mediante la declaración de inconstitucionalidad puede llegar a derogar delitos y penas.

10.3.3. La analogía

Relacionado con la actividad judicial está el problema de la analogía. Implica que el juez resuelva un caso penal no contemplado por la ley. Si un juez actuara de esta forma lesionaría abiertamente el principio de legalidad. En consecuencia, una inadmisibles lesión de la exigencia de prohibición de la arbitrariedad que está en la base del principio de legalidad.

A la prohibición de la analogía expresamente se refiere el art. 4.1 CP cuando señala que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

No hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto no significa arbitrariedad o abuso sobre la persona si se establece por analogía un atenuante o eximente. Ello de ningún modo significa una intervención abusiva del Estado sobre la persona, sino todo lo contrario, pues tienen relación con la protección de la dignidad personal y la libertad personal del sujeto.

El art. 21.6 CP establece en esta línea la llamada «atenuante analógica». Lo deseable sería que una disposición semejante pudiera abarcar otras situaciones similares, incluidos los casos de necesidad de la pena.

Bibliografía

- Arroyo, L. (1983): «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, pp. 9 ss.
- Bustos, J. (1983): «Las fuentes del derecho y principio de legalidad sancionatorio en las fuentes del derecho»: *Anuario de la Facultad de Derecho*, Estudi General de Lleida.
- García Arán, M. (1993): «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal»: *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, pp. 63-103.
- Lamarca, C. (1987): *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Mestre, E. (1988): «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 503-527.

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

11.1. *Planteamiento general*

Haciendo la salvedad de que el problema de la interpretación atañe a la teoría general del derecho, se harán algunas consideraciones generales, sin perjuicio de entrar en aspectos específicos del derecho penal como la interpretación analógica y el concurso aparente de leyes penales.

Como hemos visto e insistido, sólo por ley formal se pueden crear delitos y penas. Promulgada la ley que crea un delito y le asigna su correspondiente pena en caso de su comisión, surge el problema de su interpretación. Es decir, de fijar su sentido y alcance para establecer el ámbito de protección del bien jurídico protegido. Se trata de determinar qué supuestos de hecho concretos quedan comprendidos dentro del supuesto abstracto y genérico de la ley. La interpretación siempre es necesaria: no es un problema que dependa de si el sentido de la ley es claro u oscuro. La interpretación es necesaria por la propia abstracción de la ley.

Para los jueces interpretar constituye una obligación. Tanto es así que el art. 448 CP castiga al «Juez o Magistrado que se negare a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley [...]».

Ahora bien, el proceso de interpretación puede ser hecho en función de un caso concreto, para determinar la aplicabilidad de la norma a dicho caso o bien en función de la elaboración de un sistema. En el primer supuesto se trata de resolver casos individuales, labor práctica que esencialmente realiza el juez. En el segundo su-

puesto se trata de resolver casos hipotéticos o reales a fin de obtener datos con los cuales elaborar un sistema general de interpretación para la resolución de casos genéricos (Morillas, 1996, 71; Atienza, 1993, 120).

Esta última es la función de la dogmática jurídico-penal: la producción de datos, esto es, de criterios de argumentación para la resolución de casos genéricos. Su material de trabajo es la ley. Partiendo de la ley abstracta y genérica busca reglas generales que son válidas para resolver casos similares en un mismo sentido. La solución a que se llegue en el caso genérico sin duda resulta importante para la solución del caso individual (Hassemer, 1984, 251).

En los delitos de omisión impropios (por ejemplo un homicidio por omisión) uno de los problemas a resolver es determinar la persona que está obligada a actuar en el sentido de evitar la muerte de otra, pues, en caso contrario, el círculo de autores potenciales de este delito se extiende considerablemente. La dogmática jurídico-penal elaboró la teoría de la «posición de garante» cuyo objetivo es determinar de un modo general las personas que tienen la obligación de actuar impidiendo la muerte de la persona de que se trate. El Código penal de 1995, ciertamente de forma muy poco afortunada, ha recogido esta regla en el art. 11.

11.2. *El fin de la interpretación*

Lo básico en la interpretación es fijar el sentido del texto de la ley, como señala el art. 3.1 CC. Ahora bien, este sentido de la ley puede ser fijado desde dos criterios diferentes. Por una parte está el *criterio subjetivo* y en el opuesto el *criterio objetivo*.

El criterio subjetivo busca el sentido de la ley en la voluntad del legislador histórico preguntando los motivos, las opiniones de la época. Se le objeta a esta teoría que hace depender la ley del legislador, transformando a quien aplica la ley en su fiel sirviente, degradándolo en su función (Engisch, 1967, 118-119).

El criterio objetivo frente a las serias objeciones que se le hacen al subjetivo aparece en la actualidad como el dominante. Para los objetivistas la ley una vez creada tiene una existencia independiente de la de su creador. Se libera de él y adquiere una existencia objetiva. Ni ella ni su contenido son estáticos, sino dinámicos y sujetos a la modificación.

Sin duda el criterio objetivo para la determinación del sentido de la ley es el que claramente se ajusta al Estado social y democrático de derecho. El sentido de la ley en derecho penal sólo puede surgir desde

los principios político-criminales garantistas que plantean límites al derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. Los bienes jurídicos tienen en la interpretación un papel básico, pero considerando la dignidad de la persona y la necesidad de la pena.

Siendo el fin básico de la interpretación averiguar el sentido de la ley, los medios pueden ser todos y están al servicio de esta finalidad. Así, se suele distinguir, según los medios, en: *a) interpretación gramatical*, que atiende al sentido literal del texto; *b) sistemática o lógico-sistemática*, que atiende a la posición del precepto y se establece su sentido conforme al contexto en que se encuentra; *c) histórica*, que atiende al contexto histórico en que fue producida considerando los factores sociales de la época, debates parlamentarios, etc., y *d) teleológica*, que atiende al fin de la norma, al contenido de ella.

Luego, en materia penal, si se trata de averiguar el sentido de la ley con criterios objetivos, no puede decirse que haya criterios *restrictivos* o *extensivos*, pues son más propios de criterios subjetivos, sino siempre una interpretación *estricta* o *rigurosa*, como lo confirma el art. 4 CP.

En efecto, en el art. 4 CP todo conduce a una conclusión en el sentido de que el texto legal apoya una interpretación desde criterios objetivos que sea rigurosa, incluso lo dice expresamente en el párrafo 3: «1) Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 2) En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3) Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

11.3. Otras clasificaciones

Desde la perspectiva del sujeto que interpreta, puede ser *auténtica* (la que realiza la propia ley), *judicial* (la realizada por el juez) y *doctrinal* (llevada a cabo por la doctrina). Sólo la interpretación auténtica es vinculante.

En los arts. 24-26 CP hay definiciones auténticas de «autoridad», «funcionario público», «incapaz» y «documento». Evidentemente, el

proceso de interpretación no se agota con las definiciones auténticas, ya que a su vez también hay que interpretarlas.

En cuanto al resultado, la interpretación se clasifica en *declarativa* —esto es, la que se atiene rigurosamente al contenido del texto— y en *restrictiva* —que limita el alcance de lo expresado por la norma, generalmente en términos vagos o imprecisos— o *extensiva* —que amplía el alcance de lo expresado por la norma.

11.4. *La interpretación analógica*

Según señalamos anteriormente, por medio de la analogía no se pueden crear delitos ni penas. En esta medida también significa un límite a la interpretación analógica.

Categorico es a este respecto el art. 4.1 CP cuando dice que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Diferente es la situación en todas las demás materias que en términos generales no signifiquen aumento de la intervención del Estado sobre el individuo. Se trata de aquellas materias que matizan y dan un contenido más flexible a la intervención del Estado. Si en ellas, como dijimos, debía tener una amplia cabida la analogía, con mayor razón la interpretación analógica. Con la interpretación analógica ley penal y política criminal se funden en un mismo objetivo: dar más garantías al ciudadano.

11.5. *El concurso aparente de leyes penales*

El concurso aparente de leyes penales se da cuando *un hecho determinado lógicamente o formalmente aparece contenido en varios tipos legales, pero su contenido de injusto es determinado completamente por uno solo de ellos*. Dicho de otra forma, hay concurso aparente cuando varias normas entran en conflicto para conocer de un hecho, pero sólo una de ellas es competente.

Como veremos a continuación, en el art. 8 CP se recogen las reglas, en forma poco afortunada por cierto, para resolver el conflicto. En la doctrina se señalan diferentes principios de resolución —el de especialidad, el de subsidiariedad, el de consunción y el de alternatividad— que se pueden reducir sólo a dos: el de especialidad y el de consunción.

Conforme al principio de especialidad, el tipo legal más específico prima sobre el más general. Tal sucede, en los tipos cualificados o privilegiados en relación al tipo base y también es el caso de un delito compuesto respecto de delitos simples. En el art. 8.1 CP esta regla se expresa manifestando que «el precepto especial se aplicará con preferencia al general».

Así sucede, por ejemplo, con el delito de asesinato del art. 139 CP en relación al homicidio del art. 138 CP o con el robo de los arts. 237 y ss. CP, respecto del hurto de los arts. 234 y ss. y las coacciones del art. 172 CP.

El llamado principio de subsidiariedad se recoge en el art. 8.2 CP, que dice que «el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible». Como puede apreciarse, el de subsidiariedad es sólo en parte otra forma de enunciación de la misma fórmula lógica que encierra el de especialidad, pero es más amplio pues puede referirse también a dos delitos especiales en los que uno es subsidiario de otro, esto es, *un tipo legal sólo y únicamente se aplica en defecto de otro*.

Según el principio de consunción, un tipo legal comprende también el desvalor delictivo de otro. En general, se trata de actos posteriores propios al acto delictivo que quedan consumidos; los que signifiquen un agotamiento, pero no una nueva actividad delictiva. Aparece contemplado en el art. 8.3 CP con la siguiente fórmula: «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

Así, en el tipo de homicidio quedan consumidas las lesiones y aun los daños como la destrucción de la ropa u otro bien de la víctima. En la STS de 23-10-91 la utilización ilegítima de un vehículo de motor se estimó que quedaba consumida por el robo al cual estaba conectado. No habría consunción pues habría una nueva actividad delictiva en el caso del hurto de un cuadro de valor que se vende luego por el ladrón como la obra de un gran pintor pues aquí hay dos delitos: hurto y estafa.

Pero el principio de consunción no sólo presenta un problema de interpretación, sino además de atribución a un tipo penal, esto es, un juicio valorativo respecto de la situación concreta en el sentido de si ella realmente se puede incluir en un solo tipo legal que abarque todo el desvalor que ella comprende o si, por el contrario, se trata de la realización de dos tipos diferentes.

El principio de alternatividad, que no aparece contemplado en el art. 8 CP, es en parte la expresión formal de la consunción. Se da

cuando una misma situación aparece abarcada por diversos puntos de vista valorativos, pero en que una excluye a la otra.

Tal sería el supuesto entre quiebra y alzamiento, porque justamente el primer tipo absorbe al segundo (Cobo-Vives, 1996, 163, n. 32).

Ahora bien, como señalábamos anteriormente, el CP ha sido poco afortunado al legislar sobre el concurso de delitos. En efecto, el artículo 8 CP ha provocado una confusión entre concurso aparente o conflicto de leyes por una parte, y concurso de delitos por la otra, que son cuestiones completamente diferentes.

El concurso de leyes llamado también aparente de leyes penales, como su nombre lo indica, es fundamentalmente un problema de interpretación de tipos legales que se resolverá por el principio de especialidad o el de consunción. Conforme al primero, por ejemplo, se trata de resolver si el hecho concreto de que se trata es un asesinato, que es especial, o un homicidio. Conforme al segundo, el problema es de tipicidad en el que se trata de valorar si un hecho concreto con todas sus complejidades puede ser atribuido (subsumirse valorativamente) sólo en un determinado tipo legal. En este último supuesto no basta con la sola comparación de los tipos legales.

En cambio, el concurso de delitos es un problema de determinación de la pena. Con las reglas contenidas en los arts. 73-77 CP se regula la pena a aplicar a una persona que mediante un hecho ha realizado más de un tipo penal o que realizando una pluralidad de hechos ha realizado también una pluralidad de tipos penales.

Sin embargo, en el citado art. 8 CP, como puede comprobarse de su lectura, las reglas relativas al concurso aparente de leyes penales tienen un carácter subsidiario respecto de las señaladas en los artículos 73-77 del mismo Código, que, como hemos señalado, se refieren a un problema diferente.

Pero más aun, en el art. 8.4 CP se establece como regla general y en defecto de todas las anteriores, el llamado «principio de consunción impropio», señalándose que «el precepto general más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor». Esta disposición no aparece como una particularidad de la consunción o de resolución de ésta. Con ello realmente queda como una disposición sin contenido preciso para resolución de conflictos de tipos legales o tipicidades y por ello mismo con una amplitud desmesurada. Por eso, más bien pareciera ser, y quizá por eso la alusión equívoca a los artículos 73-77 CP, una regla subsidiaria de determinación de la pena y por ello mismo de muy excepcional aplicación.

Por eso, una interpretación coherente del art. 8 CP nos tiene que llevar a concluir que sólo las tres primeras reglas están referidas propiamente al concurso de leyes y que la última es únicamente una cuestión relativa a la determinación de la pena y subsidiaria a las reglas del concurso de delitos. Esta interpretación le daría sentido el acápite de la disposición.

11.6. *La argumentación*

La interpretación de una ley es sólo un paso en la solución del caso. Para solucionar un caso es necesario argumentar. Esto significa que mediante el lenguaje tenemos que producir razones que apoyen nuestras conclusiones. Esta actividad es compleja por cuanto no se agota con el simple enunciado de lo que se persigue, sino que es necesario demostrar la validez de nuestras razones, su pertinencia y la impertinencia de las razones que defienden la proposición contraria, qué razones son centrales y cuáles se refieren a aspectos que son ajenos al punto discutido, etc. (Atienza, 1993, 120-122; Weston, 1994, 13 ss.).

Ahora bien, un caso penal puede ser presentado como un silogismo en que la premisa mayor sea el precepto y la menor el hecho probado que nos llevaría a una conclusión en forma de sentencia. Sin duda, éste es un argumento. Las proposiciones están expuestas de tal forma que la conclusión emerge casi sola.

El ejemplo propuesto sería el siguiente: El art. 138 CP castiga al que mata a otro con una pena privativa de libertad de diez a quince años (premisa mayor). Se ha declarado probado que Juan mató a Pedro (premisa menor). Juan debe ser condenado a una pena privativa de libertad de 10 a 15 años (conclusión).

Sin duda la conclusión a la que se ha llegado en el ejemplo es correcta y la conclusión está justificada. Éste puede ser un tipo de razonamiento válido para la solución de *casos fáciles*, que serían aquellos en que las premisas se presentan con claridad meridiana. Pero, como se ha destacado en la vida jurídica, son más frecuentes los *casos difíciles*. Los casos difíciles son aquellos que resultan problemáticos por las dificultades que presentan en *el establecimiento de las premisas normativas o fácticas*. En estos casos hay que demostrar, argumentando, que las premisas son fundadas.

Como puede apreciarse, para la justificación es válido el silogismo, tanto para los casos fáciles como para los difíciles. Sin embargo,

respecto de estos últimos es necesario fijar previamente por la vía argumentativa las premisas del silogismo. La teoría de la argumentación precisamente se ocupa de las reglas para la determinación de estas premisas.

Cuando se interpreta una ley, bien sea que lo haga un operador jurídico, resolviendo un caso individual, o un dogmático, resolviendo un caso general, lo que hace es producir argumentos para la resolución de casos.

La dogmática penal, al tiempo que presenta de forma ordenada y sistemática los preceptos penales, es también una fuente productora de argumentos jurídicos para la resolución de casos individuales o generales. Por eso, bien entendida, es una disciplina esencialmente práctica y no pura y simplemente sistemática.

Es también garantista en un doble aspecto: en primer lugar, porque está al servicio de una interpretación segura de la ley, reduciendo los ámbitos de arbitrio judicial; en segundo lugar, en la medida que es un instrumento al servicio del Estado social y democrático de derecho, asegura que la interpretación de la ley se va a hacer conforme a los principios generales que informan el *ius puniendi* estatal.

Bibliografía

- Alexy, R. (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Atienza, M. (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Atienza, M. (1993): *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.
- Bacigalupo, E. (1995): «La rigurosa aplicación de la ley»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 849-863.
- Engisch, K. (1967): *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid.
- Peñaranda Ramos, E. (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid.
- Perelman, Ch. (1988): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid.
- Weston, A. (1994): *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona.

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

12.1. *Regla general y alcance de la misma*

En derecho penal, como ha quedado demostrado, rige el principio de ley previa, que en la Constitución está expresado en general en el art. 9.3 y en forma específica en el art. 25.1.

En el Código penal la exigencia de ley previa para el delito, en tanto que presupuesto de la pena y de la medida de seguridad, está contemplada en el art. 1, y para la pena y la medida de seguridad en el art. 2.1.

El art. 1 CP señala: «No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2) Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley». Por su parte, el art. 2.1 CP establece: «1) No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad».

De esta forma, conforme con lo expresado anteriormente, la ley aplicable será la vigente en el momento de la comisión del hecho. Esa ley determinará si el hecho constituye un injusto o no y la reacción penal, sea pena o medida de seguridad, prevista en el supuesto de su comisión.

Luego, esto quiere decir que tiene importancia establecer el período de vigencia de la ley. Sólo diremos a este respecto que este período se extiende entre la promulgación y su derogación, atendido el hecho de que es un problema de teoría general del derecho.

Establecido el principio general, surgen los siguientes problemas: el alcance del principio a las leyes procesales penales y a las leyes penales en blanco, el principio de la retroactividad de la ley más favorable y el tiempo del hecho delictivo.

12.1.1. Alcance del principio a las leyes procesales penales

En materia procesal rige el principio general establecido en el art. 2.3 CC conforme al cual «las leyes no tendrán efecto retroactivo, salvo que dispongan lo contrario». Por tanto, esto significa que cualquiera que haya sido la fecha de la comisión del delito, el proceso se regirá por la ley vigente en el momento en que éste tenga lugar. Esto podría significar la alteración de las reglas procesales a aplicar al hecho delictivo cometido con anterioridad.

Por ejemplo, en el momento de cometerse el delito las leyes procesales establecían la posibilidad de apelación en caso de no conformidad con la sentencia; sin embargo podría ocurrir que las nuevas leyes procesales establezcan una única instancia.

En especial se plantea la discusión en torno a la prescripción, empezando por su naturaleza material (penal) o procesal. El problema hay que resolverlo de un modo general y no sólo en relación a la prescripción, cualquiera que sea su naturaleza, pues no sólo respecto de ésta puede presentarse el problema. Hay instituciones procesales, como hemos visto (cf. *supra* capítulo 8), que están vinculadas a derechos individuales. Y es conforme a este parámetro que se ha de valorar la retroactividad o irretroactividad de la norma procesal. De esta forma, la irretroactividad de la ley procesal regirá plenamente si de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución es restrictiva de derechos individuales. Si así fuere, la nueva ley no podría regir hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor.

Al contrario, las reglas procesales que se refieren al mero transcurso formal de los procesos y a la organización de los tribunales que en términos generales no restringen derechos individuales, seguirían rigiéndose por el principio de la ley vigente en el momento del proceso.

En definitiva, aparece también en este ámbito el fundamento garantista de impedir la arbitrariedad. Si la irretroactividad de la ley penal tiene también esta finalidad, ella también tiene que alcanzar a las normas procesales.

Lo cierto es que por principio no puede hacerse una separación entre normas materiales (penales) y formales (procesales) ya que ambas están indisolublemente unidas. Son dos aspectos de la misma realidad, dentro de la cual las normas formales sirven para la realización o efectividad de las normas materiales.

12.1.2. Alcance del principio a las leyes penales en blanco

La doctrina, en general, se muestra de acuerdo en que el principio de irretroactividad se aplica a las leyes penales en blanco. Se rigen, en consecuencia, plenamente por el principio de legalidad. Esto quiere decir que el reglamento (o cualquier otra norma inferior) que complementa la prohibición penal se rige por el principio de irretroactividad de la ley penal.

Este planteamiento ha de aplicarse de modo general a todo el problema de las leyes penales incompletas, como por ejemplo los tipos abiertos o bien tipos con elementos normativos que recurran a leyes extrapenales (cf. *supra* lección 10).

12.1.3. El principio de la retroactividad de la ley más favorable

Conforme a lo que señala el art. 2.2 hay una excepción a la irretroactividad de la ley penal: cuando ésta es más favorable al reo. Como puede extraerse del texto del citado precepto, esta disposición tiene un carácter especialmente amplio, ya que se aplica aun cuando la nueva ley se haya dictado con posterioridad a la sentencia condenatoria y se esté cumpliendo la sentencia. Con esto la ley está dando a entender que no es necesario que el condenado esté cumpliendo sentencia, sino que en cualquier tiempo hasta antes de que se haya extinguido la pena, podrá aplicarse con efecto retroactivo la ley más favorable.

La primera parte del art. 2.2 CP señala: «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

En relación con el principio de la retroactividad de la ley penal cabe hacer dos consideraciones. Una en relación a su fundamento y la otra en relación a la determinación de la ley más favorable.

En cuanto al fundamento de esta disposición cabe tomar en cuenta lo que ya hemos venido señalando reiteradamente en relación con el principio de legalidad y su exigencia de *lex praevia*, en el sentido de que se trata de impedir la *arbitrariedad* del Estado, su

intervención abusiva sobre los derechos y libertades del sujeto. Por definición, como se comprenderá, la ley más favorable es todo lo contrario a un abuso, pues tiende a convertir en más benigna la intervención. Más aún, la ley posterior más favorable es expresión del principio de necesidad de la intervención penal: si por cualquier razón el Estado ha estimado necesario moderar la intervención penal, lo hace en virtud de este principio.

En cuanto a la determinación de la ley más favorable el caso puede ser bastante sencillo cuando simplemente se trata de comparar los marcos penales de las dos leyes. Sin embargo, puede complicarse si hay variaciones en las circunstancias atenuantes, en la remisión condicional, en la libertad condicional, en disposiciones procesales, por ejemplo. De ahí que la determinación de la norma más favorable no pueda apreciarse en abstracto, sino *en concreto, en cada caso específico*. Por eso, la propia disposición reguladora de la retroactividad de la ley más favorable señala que en caso de duda deberá ser oído el reo.

En efecto, la segunda parte del art. 2.2 CP señala que «en caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo».

Ahora bien, a partir de la aceptación del principio de la retroactividad de la ley más favorable se plantean problemas especiales en relación con la ley intermedia, de las leyes temporales y excepcionales, la *lex tertia* y la jurisprudencia.

12.1.3.1. La ley intermedia

El problema se presenta de la siguiente forma: el hecho se comete bajo la vigencia de una determinada ley (ley previa), se dicta otra ley más favorable que tiene una vigencia temporal que no está vigente en el momento de juzgarse el caso, sino otra que establece una mayor o igual responsabilidad penal que la primera. Hay una sucesión de tres leyes penales.

Si bien para un sector de la doctrina no puede aplicarse la ley intermedia más favorable pues no estaba vigente ni en el momento de la comisión del hecho ni del juicio, lo cierto es que hay sólidos argumentos para sostener lo contrario (Cerezo, 1995, 191; Rodríguez Mourullo, 1977, 136).

A este respecto, cabe señalar que conforme a los principios generales sólo puede entrar en juego la ley vigente en el momento de la comisión del hecho y nunca una posterior, salvo que sea más favorable. Por consiguiente, si la ley más favorable era la intermedia, tendrá efecto retroactivo y será la que deberá tomarse en considera-

ción en el momento del juicio. La última ley más rigurosa ni siquiera entra en consideración en virtud de estos principios generales. En estos casos se da la circunstancia de que la ley intermedia tiene efecto retroactivo ya que se aplica a un hecho cometido con anterioridad a su vigencia y también tiene efecto ultraactivo, ya que regirá en el momento del juicio cuando ya había sido derogada.

12.1.3.2. Las leyes temporales y excepcionales

Las *leyes temporales* son las que rigen para un período determinado de tiempo. El problema surge cuando un hecho cometido bajo la vigencia de la ley temporal, se ha de juzgar cuando ésta ya no está vigente porque se ha vencido el plazo y no hay ley para el caso. Hay, en consecuencia, que resolver un problema de ultraactividad de la ley penal, de prolongación de su vigencia.

El Código penal resuelve este problema expresamente, señalando en la última parte del art. 2.2. que «los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

Respecto de la ultraactividad de una ley temporal se plantea el problema de su fundamentación porque a primera vista pareciera que se está soslayando el principio de la retroactividad de la ley más favorable. Pues bien, como expondremos a continuación, esto no es así.

En este problema hay que tomar en cuenta que el principio general garantizador es el de la ley previa y, por tanto, la irretroactividad de la ley penal. El principio de la retroactividad de la ley más favorable es de carácter excepcional y se fundamenta, como hemos visto, en la necesidad de la pena.

Ahora bien, estos principios no resultan lesionados con la ultraactividad de la ley temporal, pues la aludida ultraactividad resulta *necesaria* desde el punto de vista de la pena, pues en caso contrario sería fácil hacer ineficaz la ley penal temporal mediante el recurso de prolongar los procesos.

Las *leyes excepcionales* son las que rigen en exclusiva para una situación excepcional. Estas leyes, al contrario de las temporales, no tienen un plazo determinado y no pueden tenerlo por su propia naturaleza, ya que no hay posibilidad de fijar un plazo a la situación que le da origen. Respecto de estas leyes no se plantea el conflicto de su ultraactividad con el principio de necesidad de la pena. En las leyes temporales la pena sigue siendo necesaria. De ahí que deba aplicarse respecto de hechos realizados bajo su vigencia y enjuiciados estando ya derogadas. En cambio, en las leyes excepcionales

desaparecida la situación de excepcionalidad, la pena deja de ser necesaria. Por tanto, respecto de ellas, no rige su ultraactividad frente a una ley posterior más favorable. Confirma esta conclusión el hecho de que el Código penal nada diga a su respecto, confirmando con ello la vigencia de los principios generales de la ley previa y de la retroactividad de la ley más favorable.

12.1.3.3. La *lex tertia*

La *lex tertia* surge de combinar los aspectos favorables de la ley anterior y de la posterior. Sobre la base de que se estaría creando una tercera ley nueva y que el juez se estaría arrogando funciones de legislador, un sector de la doctrina se opone a este planteamiento (Rodríguez Mourullo, 1977, 141).

Lo cierto es que no hay razones de fondo para oponerse a ello. En derecho penal hay casos de combinaciones de leyes admitidas. Están las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de la *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible.

12.1.3.4. La jurisprudencia

El supuesto se presentaría en el caso de que un giro jurisprudencial implique una interpretación más favorable de una disposición. En estos casos no hay un problema de retroactividad de la ley más favorable, pues las resoluciones judiciales no tienen el carácter de leyes.

El problema es otro y no guarda relación con la irretroactividad o retroactividad de las decisiones judiciales, sino con el hecho de que un cambio de sentido más favorable implica afectar gravemente a los principios de proporcionalidad e igualdad. Por ello, resulta evidente una revisión de la condena anterior en el caso de una interpretación posterior más favorable. En cambio, no es admisible lo contrario en virtud del principio *pro reo*.

12.1.4. El tiempo del hecho delictivo

La determinación temporal del hecho delictivo está en estrecha conexión con el problema de la retroactividad de la ley penal más favorable. De esta determinación dependerá identificar la ley previa y

resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad y también otros problemas como el cómputo del plazo de prescripción, etc.

Sobre el particular, el art. 7 CP señala que «a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se considerarán cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

El Código penal ha optado, como puede apreciarse, por el criterio del comportamiento (acción u omisión) que pareciera más adecuado desde el punto de vista valorativo, pues es el momento inicial que determina la oposición contra la norma y da lugar a la tipicidad.

Puede haber otros criterios para determinar el momento del hecho delictivo como el resultado. Ya no se atiende al momento en que el sujeto lesiona la norma, sino al momento en que el hecho se manifiesta socialmente. Otra postura puede resultar de combinar los criterios de acción y resultado. El criterio mixto resolvería, según el caso, atendiendo a uno u otro criterio.

Bibliografía

- Madrid, F. (1982): *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia.
- Madrid, F. (1983): *El principio de legalidad del delito*, Valencia.
- Morillas, L. (1980): *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada.
- Rodríguez Mourullo, G. (1974): «Lugar del Delito», en *Nueva Enciclopedia jurídica*, vol. XIV, Seix.

LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

13.1. *Los principios generales aplicables*

En referencia a los principios generales aplicables los dos aspectos a analizar son el de la territorialidad de la ley y el de la extraterritorialidad de la ley.

13.1.1. Territorialidad de la ley penal

El principio fundamental que informa el problema del ámbito territorial de la ley penal es el de que la ley española rige para los hechos delictivos realizados en cualquier parte de su territorio siendo indiferente que el hecho haya sido realizado por españoles o extranjeros. Así surge del art. 8.1 CC y del art. 23.1 LOPJ.

El art. 8.1 CC señala que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

Por su parte el art. 23.1 LOPJ dice que «en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

Este principio, conocido como principio territorial, en oposición al llamado principio personal, es una consecuencia lógica de la independencia del Estado y del principio de soberanía. Al mismo tiempo es una *garantía* a una intervención punitiva abusiva.

El principio territorial tiene un aspecto positivo en el sentido de que se aplica en el territorio en forma absoluta, con la excepción de

las exenciones (cf. *infra* capítulo 14) y un aspecto negativo en el sentido de que no rige más allá del territorio. En todo caso, hay que advertir que este aspecto es más relativo, pues como se verá son múltiples los casos de extraterritorialidad de la ley.

En efecto, como se podrá apreciar más adelante, la aplicación extraterritorial de la ley penal es tan amplia que se puede hablar de un principio básico mixto territorial-extraterritorial en el derecho español. Se trata de que ningún hecho delictivo quede impune y de una clara tendencia hacia la mundialización de la justicia penal.

Por territorio se entiende tanto la tierra firme como insular, las aguas interiores y el mar territorial (Ley 10/1977, de 4 de enero) hasta 12 millas náuticas. Este espacio hay que ampliarlo por el llamado principio del derecho de bandera o de pabellón contemplado en el art. 23.1 LOPJ ya citado.

Como puede apreciarse, se abandona la antigua distinción entre naves o aeronaves de guerra (o militares o públicas) y naves o aeronaves mercantes (o privadas) y de si se encuentran en aguas territoriales o libres o extranjeras. Con ello se simplifica la regulación en esta materia. Es otra concreción de una tendencia muy clara a la universalidad de la justicia penal, en lo que hay un determinado consenso internacional. Se trata de que ningún hecho delictivo quede impune.

13.1.2. Extraterritorialidad o ultraterritorialidad de la ley

Excepcionalmente la ley penal puede aplicarse más allá del territorio. Los principios fundadores de la aplicación extraterritorial de la ley penal son: el principio personal, el principio real o de defensa, el principio universal o mundial y el principio de justicia supletoria (y de domicilio).

13.1.2.1. El principio personal

Conforme a este principio, la ley del Estado, en este caso la penal, se aplica a sus ciudadanos dondequiera que se encuentren. La LOPJ, en su art. 23.2, consagra este principio señalando que la jurisdicción española «conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho [...]».

Esta aplicación, según el mismo precepto, se sujeta a los siguientes

tes requisitos: *a)* en primer lugar, ha de tratarse sólo de delito conforme a la ley española, lo que significa que quedan excluidas las faltas; *b)* en segundo lugar, que el hecho sea punible en el lugar de su ejecución; *c)* en tercer lugar, que el agraviado o el ministerio fiscal denuncie o interponga querrela ante los tribunales españoles; *d)* por último, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiese cumplido en parte, se le rebajará proporcionalmente la que le corresponda.

El límite garantista está en la doble incriminación, esto es, que el hecho sea punible tanto en el lugar de su comisión como en España.

13.1.2.2. El principio real o de defensa o de protección

Conforme a este principio se aplica la ley del Estado respecto de todos los hechos dirigidos contra sus intereses, sin consideración a nacionalidad y lugar donde hayan sido realizados.

Regula este principio el art. 23.3 LOPJ y lo circunscribe a los delitos *a)* de traición y contra la paz o la independencia del Estado, *b)* contra el titular de la corona, su consorte, su sucesor o el regente, *c)* rebelión y sedición, *d)* falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los ministros y de los sellos públicos u oficiales, *e)* falsificación de moneda española y su expedición, *f)* cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado, *g)* atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles, *h)* los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española e *i)* los relativos al control de cambios.

13.1.2.3. El principio universal o mundial

En virtud de este principio se aplica la ley del Estado a los hechos que van dirigidos contra los intereses culturales de todos los Estados, esto es, contra la humanidad. Es indiferente si el hecho ha sido cometido por un nacional o extranjero. El límite garantista también es el de la doble incriminación.

Este principio está regulado en el art. 23.4 LOPJ y comprende los siguientes delitos: *a)* genocidio; *b)* terrorismo; *c)* piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; *d)* falsificación de moneda extranjera; *e)* los relativos a la prostitución; *f)* tráfico ilegal de drogas psicotró-

picas, tóxicas y estupefacientes y g) cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España.

13.1.2.4. El principio de justicia supletoria y de domicilio

Estos principios no tienen aplicación en España. Conforme al principio de domicilio basta que el sujeto tenga su domicilio en el territorio del Estado para que le alcancen las leyes dondequiera que se encuentre. No deja de ser una reformulación del principio personal.

El principio de justicia supletoria el Estado aplica su ley cuando otro no puede hacerlo por estar impedido o no tener interés en hacerlo. Así ocurriría en el caso de un nacional que no fuera entregado en virtud del principio de no entrega de los nacionales en la extradición, y con mayor razón también en el caso de un extranjero que ha cometido delito contra español en el extranjero y no se pide su extradición (Córdoba, 1962, 132 ss.). Se trata de una laguna legal que sería necesario llenar.

13.2. Lugar del hecho delictivo

La determinación del lugar en que se ha realizado el delito resulta fundamental para determinar la ley aplicable conforme al principio territorial. Como hemos podido ver, el art. 23.1 LOPJ atribuye la competencia para conocer de los delitos cometidos dentro del territorio a la jurisdicción española. Esta regla es aplicable sin ningún género de problemas respecto de los delitos en que tanto la acción como su manifestación social se producen dentro del territorio español. Los problemas surgen con los llamados *delitos a distancia*, esto es, aquellos que tienen su momento consumativo en lugar diferente a aquel en que se inició o se llevó a cabo la acción.

Por ejemplo, se envía un paquete conteniendo una bomba desde París a Barcelona donde estalla. La acción ha tenido lugar en Francia y el resultado en España.

A este respecto se han formulado diferentes criterios para determinar el lugar de la acción. El primero, el de la teoría de la actividad, señala que el lugar del delito será aquel donde se realizó la acción. Toma en cuenta el desvalor de acción y el efecto preventivo general, ya que en ese lugar el sujeto se opone al derecho. El segundo, el de la teoría del resultado, por el contrario establece que el lugar del delito es el de la lesión del bien jurídico. Se fundamenta en

el postulado que sostiene que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Por último, la teoría de la ubicuidad señala que tanto uno como otro criterio han de ser tomados en cuenta. Sin duda el planteamiento de la teoría de la ubicuidad es el más satisfactorio. El derecho penal debe conjugar tanto el desvalor de acto como el de resultado.

Otro problema específico surge con los llamados *delitos de tránsito*, que son aquellos en que ni la actividad inicial ni el resultado se producen en el país, sino que transcurre en el interior parte del proceso.

Por ejemplo, el paquete con la bomba se envía desde Argelia, vía España, a un destinatario que vive en Francia y donde debería explotar. Sin embargo, la carta es interceptada en España.

En un caso de esta naturaleza ni la teoría de la ubicuidad puede dar una respuesta satisfactoria. No obstante, podría considerarse que se está utilizando como medio el territorio español, quedando por tanto comprendido dentro de la actividad delictiva. El hecho sería considerado una tentativa acabada llevada a cabo en territorio español. De este modo, se puede entender que ha habido contravención al derecho español y aplicar el principio de ubicuidad desde el punto de vista de la actividad.

13.3. *El derecho internacional penal y el derecho penal internacional*

13.3.1. El derecho internacional penal

Si bien esta disciplina se ha desarrollado fundamentalmente en este siglo, se encuentran antecedentes en la Edad Media. A partir de la I Guerra Mundial, se consideró que había hechos que afectaban al derecho internacional propiamente tal. Principalmente estos hechos afectaban a disposiciones fundamentales relativas a la protección del hombre cualquiera que fuese el Estado a que perteneciera y también para el aseguramiento de las relaciones entre los Estados. En definitiva, se trataba de configurar *un derecho y justicia penal sobre los Estados*, teniendo en cuenta que siempre en estos casos la propia autoridad está comprometida.

Un buen ejemplo a este respecto lo constituyen los delitos de desaparición forzada de personas de los que continuamente está dando cuenta Amnistía Internacional. Regímenes dictatoriales hacen desaparecer a sus adversarios políticos.

Con el término de la I Guerra Mundial se iniciaron al respecto dos líneas diferentes, que se mantienen hasta ahora. Una, ir a la sanción de determinados hechos que afectan al hombre en cualquier lugar y circunstancia, pero pasando por los derechos penales internos. A este efecto, se promueve la celebración de tratados y convenios internacionales que sean ratificados como derecho interno por los diferentes Estados.

La otra línea es la de establecer una *justicia internacional penal*, todavía bastante precaria y que sin duda constituye una necesidad para la persecución de las constantes violaciones de los derechos humanos. Se trataría no sólo de perseguir responsabilidades individuales, sino también la de los Estados que no cumplen con su obligación de salvaguardia de los derechos fundamentales.

13.3.2. El derecho penal internacional

Su denominación puede conducir a engaño, pues no se trata de disposiciones de derecho internacional, sino de normas de derecho interno destinadas a resolver los conflictos que se pueden dar en la aplicación espacial de las leyes penales cuando una persona respecto de la cual un Estado reclama responsabilidades penales se encuentra en el territorio de otro Estado. Las instituciones destinadas a resolver estos conflictos son dos: la extradición y el asilo.

13.3.2.1. La extradición

La extradición puede ser definida como «entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas pre-existentes de validez interna o internacional» (Jiménez de Asúa, 1977, 894).

La clasificación más importante entre extradición activa y pasiva surge de esta definición. La extradición activa es el requerimiento de entrega que hace un Estado respecto de una persona a otro Estado. La extradición pasiva es la entrega efectiva de la persona requerida al Estado requirente.

También se habla de *extradición en tránsito*, referida a la autorización de paso por el territorio de una persona requerida y entregada por dos Estados diferentes; de *reextradición* cuando el Estado requirente ha de entregar a la persona, con posterioridad al ejercicio de su potestad punitiva, a un tercer Estado. Según el órgano competente para concederla, la extradición puede ser clasificada en *gubernativa*, *judicial* y *mixta*.

13.3.2.1.1. La extradición en el derecho español

La regulación de la extradición en el derecho español esta condicionada por lo establecido en el art. 13.3 CE. Este precepto señala que «la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerados como tales los actos de terrorismo». El tenor literal de este precepto pone de manifiesto la vigencia del principio de legalidad: sólo el cumplimiento de las condiciones establecidas en el tratado o la ley puede dar lugar a una extradición (Morillas, 1996, 130). El principio de legalidad viene a darle validez formal a la institución.

Debe recordarse que, según lo dispuesto en el art. 96.1 CE, «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno».

Ahora bien, según se desprende del texto constitucional, las fuentes de la extradición son de dos clases. Por una parte, tenemos las fuentes internas y por la otra las fuentes externas. Fuentes internas de la extradición en el derecho español, aparte del citado art. 13.3 CE, son la Ley de Extradición Pasiva 4/1985 de 21 de marzo y los arts. 824 y ss. LECr que regulan la extradición pasiva.

Las fuentes internacionales son numerosas. Está, desde luego, el Convenio Europeo de Extradición (CEe) de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España y los otros numerosos convenios internacionales firmados por España que, si bien no son propiamente convenios de extradición, contienen reglas específicas a este respecto.

El Convenio europeo de 1957 fue ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982 y modificado por Protocolo Adicional de 15 de octubre de 1975, ratificado por Instrumento de 18 de febrero de 1985 y por el II Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978, ratificado por Instrumento de 18 de febrero de 1985. Entre los otros convenios suscritos por España están el Convenio para la Represión del Terrorismo de 1977, ratificado el 14 de julio de 1982, el Convenio para la Represión de Falsificación de Moneda de 20 de abril de 1929, ratificado el 28 de abril de 1930, el Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio de 9 de diciembre de 1948, Adhesión de 13 de septiembre de 1968, etc.

Además, España ha suscrito numerosos tratados de extradición con numerosos países tanto de Europa como de América, que tienen un carácter preferente en su aplicación, de acuerdo con lo que señala el art. 1 LEP.

De esta forma, en cuanto a la prelación de fuentes se ha de atender, en primer lugar, a lo establecido en el correspondiente Tratado internacional y en caso de no haberlo a la legislación interna, esto es, para la extradición pasiva a la citada LEP y para la extradición activa a lo dispuesto en los arts. 824 y ss. LECr.

Especial consideración en materia de extradición tiene el principio de reciprocidad como lo establece el art. 13.3 CE y los arts. 1 y 6 LEP y la reserva formulada por España al art. 2.7 CEe. En todo caso, la exigencia de reciprocidad sólo puede servir para denegar una extradición solicitada por otro país, pero no para concederla por los condicionamientos del principio de legalidad.

Ahora bien, el CEe, que recoge una serie de principios garantistas en relación con la extradición, inspiró la LEP. Estos principios pueden sistematizarse en:

a) El hecho delictivo

— Principio de la doble incriminación. De acuerdo con este principio el hecho ha de ser delito tanto en el Estado requirente como en el requerido. Esta exigencia, explícita en el art. 2.1 CEe y en el art. 2 LEP, podría plantear problemas por la ausencia absoluta de identidad entre los tipos delictivos de un país y otro. Por eso tiene que entenderse en el sentido de tipo genérico que sirve de base al principio de legalidad.

— Principio de especialidad. Conforme a este principio el Estado requirente no puede enjuiciar por hechos distintos ni aplicar condenas diferentes a los que motivaron la extradición. Está recogido en el art. 21 LEP.

— Principio de no entrega por delito político. Contemplado en el art. 3 CEe y en el art. 4.1 LEP. El problema surge a la hora de definir el delito político. A este efecto se puede atender a criterios objetivos, es decir, ciertos hechos determinados que tendrían el carácter de políticos. El otro criterio es el subjetivo, que hace depender su calificación como político de la motivación con que se realicen. Por último, el criterio mixto hace depender de que se trate de delitos determinados en cuya comisión haya habido una motivación política.

Actualmente hay una tendencia al criterio subjetivo, lo que ha influido para considerar también las motivaciones del Estado requirente y rechazar la entrega en ciertos casos. Como excepción a este principio, hoy no se consideran delitos políticos el atentado contra la vida del jefe de Estado o de un miembro de su familia, los atenta-

dos contra la humanidad y los hechos terroristas, según se establece en los arts. 3.3 CEe y 4.1 LEP y art. 13.3 CE.

— Principio de *ne bis in idem* que impide conceder una extradición en los casos en que por los mismos hechos el sujeto ya haya sido juzgado o esté sometido a juicio (art. 3.5 LEP y art. 9 CEe).

— Aparte de estos cuatro principios fundamentales, hay otras reglas de general aceptación: la no entrega por delitos militares (art. 4 CEe y art. 4.2 LEP); por delitos perseguibles sólo a instancia de parte, con la excepción de los de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos; delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas en virtud del ejercicio de la libertad de expresión (art. 4.2 LEP); delitos de poca gravedad (art. 2 CEe, no inferior a un año).

b) La pena

— La conmutación de la pena de muerte. El Estado requirente ha de dar garantías de conmutar la pena de muerte y de no aplicar penas que atenten contra la integridad corporal o tratos inhumanos o degradantes (art. 4.6 LEP).

— No entrega por hechos en que ya se hubiese extinguido la responsabilidad criminal (art. 3.4 LEP).

c) El delincuente

— El principio básico es el de la no entrega de los nacionales (art. 3 LEP). A este respecto se debe llamar la atención sobre el hecho de que, a diferencia de la ley interna, el Convenio prevé como facultativa la no entrega de los nacionales (art. 6 CEe).

— No entrega de menores de 18 años con residencia habitual en España cuando la extradición pueda impedir su reinserción social (art. 5.2 LEP).

— No entrega de la persona a la que se le haya reconocido su condición de asilado (art. 4.8 LEP).

d) Garantías procesales

— No entrega si la persona ha de ser juzgada por tribunales de excepción (art. 4.3 LEP y reserva española art. 1 CEe).

— No entrega si ha sido juzgada en España por los mismos hechos (art. 4.5 LEP).

— No entrega si no se garantiza nuevo juicio con su presencia y

debidamente defendido en el caso de que la extradición se funde en una condena en rebeldía sin estar presente en el juicio oral, debiendo estarlo conforme a la legislación española.

13.3.2.2. El asilo

El asilo es la protección que se dispensa a una persona perseguida penalmente por otro Estado. Se reconocen dos clases de asilos: el asilo territorial y el asilo diplomático.

El asilo territorial se encuentra reconocido en el art. 13.4 CE y regulado en la Ley 5/1984, de 26 de marzo y el Reglamento de 10 de febrero de 1995. El carácter y naturaleza del derecho de asilo está fijado en el art. 1 de dicha ley, al señalar que «el territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda el asilo [...]».

Las causas que justifican el asilo son la calidad de refugiado de acuerdo con lo que establece la propia ley, la persecución por hechos políticos o que deriven del ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución española o en lucha contra sistemas no democráticos y también respecto de personas por razones humanitarias (art. 3 Ley 5/1984).

El asilo diplomático se basa en los tratados y la costumbre internacional. Es la protección que recibe la persona en el propio país que lo persigue a través de las representaciones diplomáticas de otro país. En caso alguno se puede plantear la extraterritorialidad de la representación diplomática. Pero, eso sí, respecto de ella se establecen mayores garantías, como se desprende de los arts. 559 y ss. LECr.

Señala el art. 559 LECr que «para la entrada y registro en los edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditadas cerca del Gobierno de España, les pedirá su venia el juez, por medio de atento oficio, en el que les rogará que contesten en el término de doce horas».

Bibliografía

- Barbero Santos, M. (1972): «El derecho de asilo. Introducción a su estudio», en *Criminología y Derecho Penal*, Valladolid.
- Bueno Arús, F. (1980): *Nociones básicas sobre la extradición*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- Bueno Arús, F. (1984): «El principio de reciprocidad en la extradición y la legislación española»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Bueno Arús, F. (1985): «Notas sobre la nueva Ley de Extradición Pasiva»: *Actualidad Administrativa*, 4.

- Bustos Ramírez, J. (1983): «Las fuentes del derecho y el principio de legalidad sancionatoria en las fuentes del derecho»: *Anuario de la Facultad de Derecho*, Lérida.
- Cobo del Rosal, M. y Boix Reig, J. (1982): «Perfil constitucional de la extradición», en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid.
- García Valdés, C. (1976): *El delito político*, Madrid.
- Gimbernat Orodeig, E. (1981): «La extradición»: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 2.^a ed.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1985): «El principio de reciprocidad en el Convenio Europeo de Extradición y en la Constitución española»: *Poder Judicial*, 15.
- Quintano Ripollés, A. (1954): «Delito político», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VI, Seix, Barcelona.
- Rodríguez Mourullo, G. (1974): «Lugar del delito», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XV, Seix, Barcelona.
- Vilaríño Pintos, E. (1982): «Consideraciones respecto a la configuración del crimen y del delito internacional»: *Revista Española de Derecho Internacional*.

LA LEY EN CUANTO A LAS PERSONAS

14.1. *Cuestiones generales*

Entre los límites a la aplicación de la ley penal junto a los temporales y espaciales, se plantean también límites en cuanto a las personas. El principio fundamental es el de igualdad establecido en los arts. 1 y 14 CE.

El art. 1 CE señala que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Por su parte, el art. 14 CE establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Sin embargo, desde antiguo se han desarrollado algunos principios que hacen excepción a esta regla general. Tales son el principio de inviolabilidad, las exenciones y las inmunidades.

14.2. *El principio de inviolabilidad*

Los supuestos de inviolabilidad son situaciones en que se excluye la pena y que surgen en relación con ciertas y determinadas personas. En todo caso, el hecho no pierde su calidad de injusto con lo que la responsabilidad penal de los demás partícipes en el delito subsiste.

En la legislación española se contemplan dos casos. Por una parte está la inviolabilidad del rey, de conformidad con el art. 56.3 CE,

y por otra, la de los diputados y senadores por las opiniones que manifiesten en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con el art. 71.1 CE.

Señala el art. 56.3 CE que «la persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad: sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2». Por su parte, el art. 71.1 CE dice que «los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones».

El carácter personal de la inviolabilidad queda claro con la inviolabilidad del rey. En efecto, según el art. 64.2 CE, son responsables «de los actos del rey las personas que los refrenden». Ello quiere decir que el hecho continúa siendo ilícito, pues, en caso contrario, esto es, si fuera lícito, no tendrían por qué responder los que los refrendan.

14.3. *Las exenciones*

Consisten en un obstáculo de carácter procesal establecido a favor de los Jefes de Estado extranjeros y representantes diplomáticos, que quedan sometidos en el caso de cometer un delito en territorio español a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales.

En efecto, según señala el art. 21.2 LOPJ, quedan exceptuados de la regla general que confiere competencia a la jurisdicción española para conocer de los delitos cometidos en su territorio «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional público».

14.4. *Las inmunidades*

El objetivo de las inmunidades es proteger a ciertas personas en sus funciones públicas. Tienen una naturaleza procesal y se concretan en el hecho de que dichas personas no pueden ser detenidas ni juzgadas sin previa autorización del órgano estatal al que pertenecen.

En el ordenamiento jurídico español gozan de inmunidad los diputados y senadores según lo establecido en el art. 71.2 CE. Los parlamentarios sólo pueden ser detenidos por delito flagrante y la Cámara tiene que autorizar su procesamiento.

El art. 71.2 CE establece que «durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

También gozan de inmunidad los diputados de los parlamentos de las comunidades autónomas y el defensor del pueblo y sus adjuntos, según el art. 6 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pero sólo en el sentido de que no pueden ser detenidos salvo en el caso de flagrante delito.

Las inmunidades no son causa de impunidad, sino sólo un obstáculo de carácter procesal.

Bibliografía

- Gómez Benítez, J. M. (1982): «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias»: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*.
- Maqueda, M. L. (1990): «Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentaria»: *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, Universidad de Santiago de Compostela.
- Rodríguez Ramos, L. (1982): «Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios», en *Comentarios a la legislación penal*, I, Edersa, Madrid.

Parte Segunda

ESQUEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO
Y DEL SUJETO RESPONSABLE

TEORÍA DEL DELITO Y SU EVOLUCIÓN

15.1. *Explicación preliminar*

Con los capítulos que en este volumen se dedican a la teoría del delito y a la teoría del sujeto responsable sólo se trata de dar una información de conjunto a fin de introducir el estudio más minucioso que de ella se hará en el segundo volumen y para hacer posible la explicación de la pena y su determinación que se llevará a cabo a partir de la lección 20.

Sin perjuicio de lo expresado, esta síntesis aparece conveniente a efectos de iniciarse en la solución de casos prácticos en el volumen II.

También hay que advertir que lo que se expondrá en relación a la teoría del delito y del sujeto responsable en los siguientes capítulos es una síntesis que se corresponderá en lo posible con las posturas personales de los autores. En la teoría del delito hay muchas y diversas opiniones, de las cuales también se dará cuenta en el citado segundo volumen.

15.2. *Finalidad de una teoría del delito y del sujeto responsable*

Los fines que persigue una teoría del delito y del sujeto responsable son esencialmente prácticos. Se trata de ofrecer tanto al jurista como al operador jurídico una propuesta metodológica, un modelo de análisis, que sirva para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores.

La teoría del delito y la teoría del sujeto responsable son producto del método dogmático. Partiendo de la ley, la dogmática penal ha ordenado y sistematizado bajo las categorías *tipicidad*, *antijuridicidad* y *sujeto responsable* todas las reglas jurídicas que condicionan la responsabilidad penal. La sistematización de estas reglas es garantista en dos sentidos: por una parte, porque asegura que todo lo jurídico-penalmente relevante del hecho probado va a ser objeto de un riguroso análisis y, por la otra, porque ofrece seguridad de que la ley siempre va a ser interpretada de la misma manera posibilitando con ello una aplicación segura, calculable y racional del derecho (Gimbernat, 1971).

La teoría del delito y la teoría del sujeto responsable, de esta forma, se constituye en un obstáculo a la arbitrariedad en la interpretación de la ley. Dentro de cada una de las categorías *tipicidad*, *antijuridicidad* y *sujeto responsable* se encierran argumentos coherentes para sostener la interpretación de la ley penal conforme a su sentido, esto es, conforme a los postulados básicos de un Estado social y democrático de derecho y que se expresan en los principios político-criminales que condicionan la creación y la aplicación de las normas penales (cf. *supra* lecciones 7, 8 y 9). Con el auxilio de estas teorías, con estas propuestas metodológicas, en definitiva, se trata de facilitar la resolución de un caso general o concreto y de proporcionar al mismo tiempo argumentos que sirvan para apoyar la decisión (Atienza, 1991, 21)

La arbitrariedad no sólo puede darse en la interpretación de la ley sino también en el establecimiento de los hechos probados. La selección arbitraria de los hechos puede dejar al margen de consideración aspectos fácticos que pueden tener una significación jurídica. Piénsese sobre todo en aquellos a partir de los cuales se infieren intencionalidades o ánimos del autor y que pueden ser jurídicamente relevantes. De ahí la importancia que tiene el establecimiento de los hechos probados. Ellos condicionan la aplicación de la ley. Por eso, el momento judicial del establecimiento de los hechos probados también debe de estar amparado por garantías que excluyan la posibilidad del abuso y de la arbitrariedad. La CE, en el art. 120.3, obliga a la motivación de las sentencias. Esta obligación implica que el juez debe explicar el proceso intelectual a través del cual llegó al convencimiento para fallar en un sentido y no en otro. Esta obligación de motivar alcanza también al proceso de establecimiento de los hechos probados. El juez tiene que explicar como llegó a establecer que los hechos fueron los que dejó consignados en la sentencia y no otros. El art. 741 LECr, que deja en manos del tribunal la apreciación en conciencia de las pruebas presentadas en juicio, no exime de la obligación de motivación. Nada se saca con una excelente teoría del delito que garantice una aplicación segura, calculable y racional de la ley penal, si el juez fija arbitrariamente y a su medida los hechos probados (Andrés Ibáñez, 1992).

En el proceso de argumentación se pueden distinguir dos ámbitos. Un primer ámbito es el de la dogmática jurídica en cumplimiento de su función de suministrar criterios para la aplicación del derecho y el otro el de los órganos aplicadores del derecho. Entre ambos procesos de argumentación se observan diferencias. Como ha destacado Atienza (1991, 21), salvando el hecho de que nunca la distinción puede ser tajante, mientras los operadores jurídicos tienen que resolver casos concretos, por ejemplo si se debe o no alimentar por la fuerza al preso que hace huelga de hambre, el dogmático se ocupa de casos abstractos y genéricos, como los límites del derecho a la vida y a la libertad personal y cuál debe prevalecer en caso de conflicto.

15.3. *Evolución de la teoría del delito*

En la evolución del sistema de la teoría del delito y del sujeto responsable se pueden reconocer diversos estadios. Cada uno de estos estadios constituye un modelo de análisis diferente que se ha ido construyendo sobre la base del modelo anterior con la perspectiva de superar sus carencias. Por eso, como es natural, han ido ganando en complejidad pero también en exactitud y eficacia práctica. Los elementos *acción*, que se constituye en la piedra angular del sistema, *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*, se van reiterando en cada una de las propuestas, sólo que con diferentes contenidos. Dichos contenidos están condicionados por los fundamentos ideológicos que sirven de base a las diferentes propuestas. Estos fundamentos ideológicos se vuelcan en el concepto de *acción*, como sucede con las posturas causalistas y finalista o bien en objetivos político-criminales, como los fines preventivo generales de la pena y la afirmación de los valores del sistema.

Debemos aclarar que en nuestra propuesta personal como lo explicamos en la lección 16, distinguimos entre una teoría del delito, una teoría del sujeto responsable. Esta última teoría que tiene fundamentos diferentes al injusto y está referida exclusivamente al sujeto, equivale al concepto *culpabilidad* de las teorías tradicionales.

En la evolución de la teoría del delito distinguiremos entre el causalismo naturalista, el causalismo valorativo, la teoría finalista de la acción y los planteamientos político-criminales.

En una historia de la teoría del delito habría, sin duda, que incluir también la teoría social de la acción, también matizaciones dentro de las diferentes teorías y además variaciones de carácter sistemático que han llevado a propuestas tales como la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero, como se ha explicado, no es ése el objetivo de esta lección. La necesaria mayor información a este respecto se dará en el segundo volumen, pero siempre dentro de los límites de una lección de derecho penal.

15.3.1. El causalismo naturalista

Con este nombre, conocido también como sistema Liszt-Beling, se identifica un modelo cuya base de inspiración fue el positivismo naturalista. Es el inicio de la dogmática moderna y a partir de él se pretende configurar una teoría científica del delito.

El delito es una acción equivalente a un hecho de la naturaleza que produce un cambio en el mundo social. Luego, el delito es definido por la relación de causalidad entre esa acción y la modificación del mundo exterior. Desde este planteamiento, las funciones de los elementos de delito quedan definidas de la siguiente manera:

a) La tipicidad es simplemente *descriptiva* del proceso causal, es decir, de una relación de necesidad entre un antecedente que es la acción y un consecuente que es el cambio que dicha acción produce en el mundo social. La determinación de la tipicidad se realiza comprobando la relación de causalidad entre la acción y el resultado. La tipicidad, luego, tiene un carácter *objetivo*.

Por ejemplo, para determinar la tipicidad de la acción de Pedro consistente en clavar un puñal a Juan en el corazón basta con comprobar la relación de causalidad entre dicha acción y la muerte de Juan. La conducta sería típica pues se corresponde a la del art. 138 CP.

b) La antijuridicidad es *valorativa*. Se trata de valorar la relación de contradicción entre ese proceso causal con todo el ordenamiento jurídico. Por ello mismo, la antijuridicidad tiene carácter *objetivo*.

Siguiendo el ejemplo anterior, comprobada la tipicidad de la conducta de Pedro ahora se trata de valorarla desde el ordenamiento jurídico. Puesta en relación la muerte de Juan con el ordenamiento jurídico, si no hay causa de justificación, queda determinada la antijuridicidad de esa conducta.

En suma, el injusto, esto es, el hecho típico antijurídico tiene un carácter *objetivo* y pertenece al mundo *natural*.

c) La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, luego tiene un carácter *subjetivo* y pertenece al mundo *natural*. Por eso la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, que son formas de esa relación psicológica.

Ahora bien, la culpabilidad entendida como relación psicológica del hecho con el autor requiere de éste condiciones de madurez y de salud psíquica y física para que esa relación pueda tener lugar. Esas condiciones determinan la imputabilidad o capacidad de culpa-

bilidad de una persona. En consecuencia, el modelo del causalismo naturalista necesariamente tiene que contemplar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad.

En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo (el injusto) y otro de carácter subjetivo (la culpabilidad), pero lo común es la pertenencia al mundo de lo *natural* (en el sentido de las ciencias de la naturaleza).

A esta propuesta se le objetaría que no existe un concepto superior de acción (Radbruch, 1930, 162), ya que acción y omisión eran realidades diferentes. También vendrían ataques en relación a la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo y dentro de lo objetivo de lo descriptivo con lo valorativo. Se constataría la presencia en algunos injustos de elementos subjetivos (Hegler, 1914, 19; 1930, 251) necesarios para su comprensión jurídico-penal.

Piénsese a este respecto en el necesario «ánimo de lucro» en el delito de hurto. Sin este elemento subjetivo el ámbito del tipo penal de hurto contenido en el art. 234 CP llegaría a dimensiones intolerables. Una persona, por ejemplo, que tomara una chaqueta en unos grandes almacenes para probársela, ya estaría realizando el delito.

También se destacaría que el tipo no era meramente descriptivo, ya que se podía apreciar la presencia de elementos valorativos.

A este respecto, y para seguir con el ejemplo del tipo de hurto, cabe mencionar los elementos «cosas muebles ajenas». Es indispensable para el entendimiento de este tipo la comprensión de estos elementos que no son descriptivos. Su inteligencia requiere una consideración normativa o valorativa.

También lo valorativo llegaría a la culpabilidad, llegándose a la conclusión de que ésta no se agota con el dolo o la culpa, sino que antes que nada era un juicio valorativo de reproche al sujeto que no utilizó sus capacidades para actuar conforme a derecho (Córdoba, 1977, 23 ss.).

15.3.2. El causalismo valorativo

El resurgimiento renovado del pensamiento kantiano a principios del siglo, serviría de fundamento para una revisión crítica del positivismo. Sería el comienzo de una huida del pensamiento positivista que se centraría en su más claro signo de identidad, es decir, en el concepto de causalidad. La ideología neokantiana distingue entre

dos grandes ciencias, las de la naturaleza y las de los valores. Estas últimas son las propias al aspecto social de los hechos.

El causalismo valorativo habría de proponer una sumatoria de ambas. Mantendría el concepto de acción causal, sólo que la causalidad pasa a ser causalidad valorada y, por tanto, también el delito.

a) La tipicidad es *descriptiva* y al mismo tiempo *valorativa* (del proceso causal) y pertenece al ámbito objetivo, pero por excepción puede contener *elementos* subjetivos (dado que ciertos tipos legales no podían ser entendidos sin ellos).

Por ejemplo, el tipo legal del hurto no puede ser entendido sin el elemento subjetivo «ánimo de lucro», pues en caso contrario el ámbito de aplicación del tipo se extendería a todo tipo de supuestos en que el autor simplemente cogiera una cosa.

b) La antijuridicidad es *valorativa* y *objetiva*, y sólo por excepción contiene algún elemento subjetivo (el conocimiento) en algunas causas de justificación. En suma, el injusto es *objetivo* y perteneciente al mundo del *valor*.

c) Si la culpabilidad era sólo subjetiva para el causalismo naturalista, con el causalismo valorativo pasa a ser antes que nada *valorativa*, pues es entendida como un reproche al autor. Pero también es *subjetiva*, ya que el sujeto tenía capacidad para actuar de otra manera. Con ello, entonces, dolo y culpa pasan a ser sólo *elementos de la culpabilidad* y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad pasa a integrarse como otro elemento dentro de ella. Del mismo modo también se incluye como elemento por algunos la exigibilidad de la conducta como valoración de las circunstancias en que actuó la persona.

En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo valorativo (el injusto) y otro de carácter subjetivo valorativo (la culpabilidad), luego la característica común es la pertenencia al mundo del *valor* (en el sentido de las ciencias valorativas).

Se objetaría al causalismo valorativo su incapacidad para dar una explicación coherente para la presencia de elementos subjetivos en el tipo que aparecían meramente injertados. También se cuestionaría la ubicación sistemática que le daba al dolo. Si la culpabilidad es valoración no puede ser al mismo tiempo objeto de valoración, pues lo que se valoraba es justamente la acción dolosa (Dohna, 1935, 11 y 22 ss.). Tampoco logra el causalismo valorativo superar la crítica que se le había hecho al concepto omnicompreensivo de acción.

15.3.3. La teoría finalista de la acción

La revisión crítica al positivismo se agudizaría con la teoría finalista que atacaría a la piedra angular del sistema, el concepto mismo de *acción*, sobre la base del movimiento cultural, científico y filosófico de los años treinta.

Sus primeros principios fundamentales son que el delito es acción, pero no causal sino final, lo que significa que el actuar humano se determina *desde* el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal. Con este planteamiento la categoría de la causalidad queda *integrada* no sumada como en el causalismo valorativo dentro de la tipicidad. Luego:

a) la tipicidad tiene un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Por ello dolo y culpa pertenecen a la tipicidad;

b) la antijuridicidad es objetiva y valorativa, pero todas las causas de justificación contienen elementos subjetivos (conocimiento e *intención*).

En suma, para los finalistas, el injusto es un ámbito integrado de diferentes caracteres, pero en que el elemento común es lo subjetivo;

c) la culpabilidad es reprochabilidad (proceso valorativo) de la capacidad de motivación, esto es, de la capacidad de actuar de otra manera, esto es, conforme a la norma y a pesar de ello actuar en contra de ella (aspecto subjetivo). Luego, los elementos de la culpabilidad son sólo la imputabilidad y la conciencia del injusto. Para los finalistas la exigibilidad de la conducta por principio no puede ser elemento de la culpabilidad, pues el sujeto podía actuar de otra manera. Luego, en esas situaciones extremas todo lo más habría una dispensa estatal.

Así, por ejemplo, el que estaba sujeto a un madero en vez de echar al otro de él, pues en caso contrario se ahogaban ambos, podía no haberlo hecho, esto es, podía elegir entre ser héroe o santo.

En definitiva, para los finalistas, dentro de sus procesos de integración prima siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso consecuentemente es para ellos punible la tentativa de delito imposible, pues ya en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado.

La posibilidad de delito imposible se plantea en aquellos supuestos en que la realización delictiva no puede ser llevada a cabo por inidoneidad en el objeto o en el medio. Un supuesto del primer caso sería el del que intenta

matar a otro que ya estaba muerto e ignorándolo dispara sobre el cadáver. El segundo caso se presentaría si se intenta matar a otra persona con una infusión de manzanilla.

Ahora bien, con posterioridad, dadas las críticas recibidas en el sentido de que en la omisión no hay finalidad —y por tanto tampoco causalidad— y que en el delito culposos no hay un proceso valorado desde el fin y que la culpabilidad en todo caso guarda relación directa con el sujeto y no con la acción, se produce un cambio total en la teoría. Delito es ahora injusto y culpabilidad.

El finalismo habría de reconocer estructuras diferentes para la acción y la omisión y a su vez los injustos de acción y omisión pueden ser dolosos o culposos. Con ello vendría a proponer cuatro propuestas metodológicas diferentes: *a)* para los delitos de acción dolosos; *b)* para los delitos de acción culposos; *c)* para los delitos de omisión dolosos y *d)* para los delitos de omisión culposos.

El finalismo pudo superar las críticas que se le habían hecho a las propuestas causalistas logrando una mayor precisión conceptual y sistemática. No obstante, se le criticaría su acentuación en la valoración del acto y su tendencia a la eticización y subjetivización del delito al prescindir del resultado, esto es, de la afectación al bien jurídico.

15.3.4. Los planteamientos político-criminales

En los años sesenta se produce un vuelco importante en la teoría penal: se dejan de lado las posiciones basadas en categorías ontológicas (causalidad, finalidad, libre albedrío), esto es, que el delito es una categoría del ser, y se sostiene entonces que el punto de partida es el fin de la pena. Ahora bien, el planteamiento preventivo especial no tuvo mayor posibilidad de construir una teoría del delito, pues al poner el acento sólo en la resocialización carecía de bases para ello.

15.3.4.1. El pensamiento preventivo general

Éste sí podía enfrentar la tarea de reconstruir una teoría del delito desde el fin de la pena.

15.3.4.1.1. La posición radical

Sobre todo los preventivos generales negativos, que parten de la idea determinista de que la norma penal tiene un efecto intimidante, van a negar la culpabilidad, pues ella está basada en el dogma de fe del libre albedrío, esto es, la capacidad absoluta del sujeto de actuar de

otra manera, lo cual es indemostrable. De modo entonces que para esta línea de pensamiento el delito está constituido por el injusto, con estructura semejante a los finalistas, y la necesidad de la pena (Gimbernat Ordeig, 1971).

La crítica a esta postura radical se centraría en que ésta pasaba por alto el valor garantista de la culpabilidad que había permitido desarrollos limitantes a la intervención punitiva del Estado. Sin la culpabilidad la pena quedaría sin fundamento. Este vacío se ha intentado llenar desde estas posturas desplazando lo que había sido el contenido de la culpabilidad al injusto o la pena produciendo graves distorsiones conceptuales (Córdoba, 1977, 33 ss.).

15.3.4.1.2. Las posiciones moderadas

La crítica a la posición radical en relación a ignorar el carácter garantista de la culpabilidad, llevó a una nueva visión del problema que se fundamentó, además, sobre una nueva perspectiva de la prevención general, la llamada prevención general positiva o integradora. Esto es, la norma penal no tiene un efecto de coacción (con la pretensión de demostrable empíricamente), sino sólo una consecuencia teórica de reconfirmación de la conciencia jurídica o valorativa del sistema en los sujetos.

De acuerdo con ello han surgido diferentes posiciones, pero que tienen en común que distinguen por una parte el injusto (con estructura semejante a los finalistas) y por otra la culpabilidad. Como en el injusto se trata, conforme a una posición preventivo general, de la motivación de la norma penal respecto de los sujetos a la reconfirmación de la conciencia jurídica, en la culpabilidad habrá que considerar si los sujetos tenían esa capacidad de motivación. Con ello sin embargo no hay mucha diferencia con las posiciones ontológicas, pues se parte también de un dogma indemostrable.

Por eso la culpabilidad será motivabilidad para algunos (Mir Puig, 1986, 541; Muñoz Conde y García Arán, 1996, 372) y para otros abordabilidad normativa (Roxin, 1992, 136). Por otra parte, el tratar de escapar de lo ontológico y buscar una base fáctica o positiva, resulta mucho más antigarantista, pues lleva al planteamiento que la culpabilidad es deslealtad con el sistema como lo hace Jakobs (1995, 579 ss.).

15.3.4.1.3. Los planteamientos político-criminales críticos

a) *El abolicionismo*. Es evidente que no tiene por principio capacidad de elaborar una teoría del delito, pues su punto de partida es la

abolición del derecho penal, pero con ello escapa a la realidad existente: el Estado, de por sí y mientras exista, intervendrá coactivamente de una u otra manera sobre las personas y que eso es derecho penal cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar.

b) Las posiciones moderadas. En este apartado se puede incluir la postura del derecho penal mínimo y también la de un derecho penal de alternativas. Lo común a ellas es que persiguen una descriminalización y una desjudicialización. La segunda, además, y que es nuestra posición, pretende que el propio sistema penal se abra a alternativas diferentes no penales, como son, por ejemplo, las formas reparatorias y especialmente la mediación.

El derecho penal mínimo propone una revisión del sistema penal y un proceso de despenalización que deje reducida la intervención penal a las formas básicas de violencia e incorpore formas de criminalidad que tradicionalmente no han sido consideradas por los códigos penales, como los delitos económicos y criminalidad organizada de agentes privados y estatales (Baratta, 1978).

En todo caso, estas posturas tienen capacidad de elaboración de una teoría del delito. De esta forma, sobre la base del bien jurídico, como fin de protección de la norma, se construye el injusto, y mediante el concepto de responsabilidad establecemos una alternativa a la culpabilidad, como se propone en la lección 16.

Bibliografía

- Andrés Ibáñez, P. (1992): «Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal»: *Doxa*, 12, pp. 257-299.
- Atienza, M. (1987): «Para una teoría general de la acción penal»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 5-14.
- Bacigalupo, E. (1983): *Injusto y punibilidad en la teoría actual*, Universidad Complutense, Madrid.
- Baratta, A. (1978): «Criminología crítica y crítica del derecho penal»: *Revue Internationale de Droit Penal*, 1, pp. 43-55.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «La imputabilidad en Estado de Derecho», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 31-50.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «Política criminal e injusto», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 159-177.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1987): «Significación social y tipicidad», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 205-231.
- Cobo del Rosal M. y Vives Antón T. (1985): «Definición de delito y falta», en *Comentarios a la legislación penal*, V, Edersa, Madrid.

- Córdoba Roda, J. (1977): *Culpabilidad y Pena*, Bosch, Barcelona.
- Dohna, A. G. zu. (1935): *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn.
- Gallas, W. (1959): *La teoría del delito en su momento actual* [trad. de Córdoba Roda], Bosch, Barcelona.
- Gimbernat Ordeig, E. (1966): *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid.
- Gimbernat Ordeig, E.: (1971): «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, pp. 87-109.
- Gimbernat Ordeig, E.: (1971): «El sistema del derecho penal en la actualidad», en *Anuario de Ciencia Jurídica*, pp. 265-288.
- Hegler, A. (1914): «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW*.
- Hegler, A. (1930): «Subjektive Rechtswidrigkeitmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff», en *Festgabe Frank*, I.
- Luzón Peña, D. M. (1981): «Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto»: *Actualidad Jurídica*, VII.
- Radbruch, G. (1904): *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin.
- Roxin, C. (1972): *Política criminal y sistema del derecho penal* [trad. e introducción de Muñoz Conde], Bosch, Barcelona.
- Roxin, C. (1992): *Política criminal y estructura del delito* [trad. de Bustos y Hormazábal], PPU, Barcelona.
- Welzel, H. (1964): *El nuevo sistema del derecho penal* [trad. y notas de Cerezo Mir], Ariel, Barcelona.
- Zaffaroni, E. R. (1989): *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires.

POSICIÓN PERSONAL:
 LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DE UNA TEORÍA PENAL
 DE CARÁCTER POLÍTICO-CRIMINAL
 EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

16.1. Planteamiento

En verdad una posición político-criminal conduce necesariamente a distinguir tres teorías diferentes: la del delito, la del sujeto responsable y la de la determinación de la pena. Ello porque los fundamentos político-criminales de cada una son distintos y, por tanto, también sus estructuras. Como planteamiento constructivo y no del ser, esto implica que *el principio de necesidad* estará siempre presente.

16.1.1. La teoría del delito

La norma penal sólo puede aparecer como *necesaria* en cuanto tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, de ahí que el principio básico sea el de lesividad, esto es, que sólo podrá ser delito aquello que afecta un bien jurídico. Es el bien jurídico el que está en la base de la teoría del delito y no la acción. La acción es sólo un elemento objetivo, sin duda importante, pero sólo un elemento objetivo más del tipo a través de la cual se singulariza una vinculación entre los sujetos. Lo importante son los procesos valorativos fundamentados desde el bien jurídico. En esos procesos valorativos la causalidad es sólo un dato más, a ser tenido en cuenta por el intérprete en el *juicio de atribución* que implica la determinación de la tipicidad.

Por lo tanto, en el tipo legal se contiene la descripción de un ámbito situacional de comunicación social, esto es, sean de acción u omisión, dolosos o culposos que tiene capacidad de entrar en conflicto con el bien jurídico protegido por la norma. La tipicidad es el resultado de un proceso valorativo de *atribución* de un ámbito si-

tuacional concreto a un tipo legal abstracto y genérico. Vista desde la perspectiva de los procesos de criminalización la determinación de la tipicidad de una conducta implica el primer paso dentro de la incriminación secundaria, esto es, de la aplicación de la norma.

Por su parte, la antijuridicidad implicará dos procesos. En primer lugar, determinar si ese ámbito situacional típico efectivamente ha producido una afectación a un bien jurídico. Éste es un proceso valorativo en que se ha de determinar si es posible *imputar objetivamente* la afectación a ese ámbito situacional de comunicación social que es la tipicidad. La no consideración de la afectación al bien jurídico llevaría a desgajar la teoría penal de todo el sistema jurídico, ya que al sistema le es significativo que las personas mueran, que las cosas se destruyan, que los contratos no se cumplan, etc. Históricamente esta desvinculación del derecho penal de resultado lesivo del bien jurídico ha llevado a fundamentar el derecho penal desde la subjetividad afectante de valores ético sociales con una peligrosa tendencia a considerarlo como un recurso de *prima ratio* en lugar de lo que debiera ser, un recurso de *extrema ratio*.

Ahora bien, con ello no se agota la antijuridicidad, pues, en segundo lugar, es necesario además considerar un aspecto negativo, esto es, que no existan causas de justificación, es decir, que en el propio ordenamiento jurídico no se den normas permisivas en relación a esa afectación al bien jurídico.

En suma, la teoría del delito se *construye* a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos. No es algo dado en la naturaleza del ser y por eso mismo, por ser simplemente una construcción, no tiene una legitimación propiamente tal, sino sólo está fundamentado en *la necesidad* y por tanto es susceptible de constante revisión y crítica de deslegitimación.

16.1.2. La teoría del sujeto responsable

También estamos en este caso ante un planteamiento político-criminal y más bien político-jurídico. Se trata del reconocimiento de la autonomía ética de la persona, esto es, que la persona no está sometida al tutelaje del Estado, sino que es autónoma frente a él y más allá de eso que aquél es una construcción al servicio de ella y no al revés.

Luego, el reconocer la autonomía ética de la persona implica a su vez reconocer su responsabilidad, esto es, que responde, que tiene respuestas frente a otro. En consecuencia que otro le puede exigir una respuesta. Luego, *responsabilidad* es igual a *exigibilidad*.

Ahora bien, si consideramos este planteamiento desde el punto de vista del Estado y su intervención punitiva, la exigibilidad implica examinar si el Estado está en *capacidad* de exigir una respuesta determinada a una persona. Para que tenga esa capacidad es indispensable que le haya dado las condiciones para exigir esa respuesta, pues de otra manera se estaría en el ámbito de la total arbitrariedad y el terror estatal. En este supuesto el imprescindible principio de necesidad de este planteamiento constructivo no se dará, *pues lo que no es exigible es innecesario*.

Una vez más estamos ante un concepto político, no ontológico, de interrelación y organización social. No se trata como en las teorías tradicionales de la culpabilidad de una estructura del ser, de la capacidad de obrar de otra manera, del libre albedrío, sino de la relación existente entre la persona y el Estado.

Por eso, en primer lugar la responsabilidad en cuanto exigibilidad, implica *exigibilidad sistémica o exigibilidad desde el sistema*, esto es, si el sistema como tal está en condiciones de exigir una respuesta a un determinado sujeto. La exigencia de una determinada respuesta no puede *vulnerar* el principio de igualdad. Como no debe hacerlo tiene que considerar las diferentes racionalidades existentes en el sistema, las culturas, las situaciones económicas, etc.

La exigibilidad sistémica es un planteamiento político-criminal que pone el acento en el Estado y en su capacidad para exigir respuestas a ciertas y determinadas personas que el propio Estado declara inimputables, reconociendo su desigualdad. Desde esta perspectiva los conceptos *imputabilidad o inimputabilidad* resultan inapropiados dentro de la culpabilidad en tanto se fundamenten en una característica del ser y no del sistema que exige determinadas respuestas.

En segundo lugar, la *exigibilidad de la conciencia del injusto*, lo cual significa que se hayan dado las condiciones para unos efectivos procesos de internalización de valores por parte del sujeto. Esto no es un problema de conocimiento, sino de la significación. Por ejemplo, una vaca para un occidental sólo significa un animal que proporciona alimento. En otras culturas la vaca es internalizada como un objeto sagrado.

En tercer lugar, la *exigibilidad de la conducta*, esto es, que existan o estén dadas las circunstancias para que a la persona se le pueda exigir un comportamiento determinado. No parece discutible que las dos personas que están sujetas a un madero que sólo puede sostener a uno, no tienen las condiciones en modo alguno para proceder de otra manera que tratar de salvar su vida y ello pasa por la expulsión del otro. El Estado no podría exigir como respuesta que la per-

sona actuase con las características de un santo o un héroe, pues ellas en modo alguno están dadas ni entregadas por el sistema (nadie espera ni exige una tal respuesta). No se trata entonces de una dispensa del Estado, sino de algo que no puede exigir.

16.1.3. La teoría de la determinación de la pena

La dignidad de la persona, cuyo principio básico es el de la autonomía de la persona, no se agota sólo en éste, sino además en el de la *indemnidad de la persona*. Luego, toda pena ha de ser determinada de modo que no afecte a la persona como tal, como es el caso de la pena de muerte, de la tortura, de la pena privativa de libertad y en especial de las de larga duración.

Todo aquello que afecte a la indemnidad de la persona, aparece como terror estatal y, por tanto, afectando también el principio de *absoluta necesidad de la intervención punitiva del Estado*. La necesidad de la pena obliga además a considerar todas las consecuencias que pueda tener la pena sobre la persona y a evitar que ésta no esté en relación con el daño causado.

La teoría de la determinación de la pena resulta hoy ineludible y en modo alguno, como sucedió con la teoría tradicional, se puede agotar el problema penal sólo en la teoría del delito. La determinación de la pena es precisamente lo que va a afectar a una persona y sus derechos y de ahí que aparezca como el aspecto más significativo de la teoría penal. *De ahí también que, aunque haya delito y un sujeto responsable, pueda llegarse a la conclusión en la determinación de la pena de que no ha de aplicarse, ya sea porque siempre va a implicar afectar a la indemnidad de la persona, o bien porque no resulta necesaria.*

Bibliografía

(Además de la bibliografía de la lección anterior)

- Bustos Ramírez, J. (1987): «Criminología crítica y derecho penal», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 15-29.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «Consideraciones en torno del injusto», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 141-157.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «Política criminal y derecho penal», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 31-50.
- Hormazábal Malarée. H. (1991): *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, PPU, Barcelona.

ESQUEMA PARA UNA TEORÍA POLÍTICO-CRIMINAL DEL DELITO

17.1. *Bien jurídico, tipicidad y antijuridicidad*

17.1.1. Bien jurídico como base del injusto

En la base del injusto está el bien jurídico. Señalábamos en capítulos anteriores (cf. *supra* lección 6) que el concepto de bien jurídico se refiere al concreto objeto de protección de una norma penal, como por ejemplo la vida, la salud, la libertad o el medio ambiente. Estos y otros bienes jurídicos designan relaciones sociales concretas de carácter sintético y normativo. Tienen carácter normativo en tanto que están confirmados por el ordenamiento jurídico dentro de una determinada sociedad. El ordenamiento jurídico a través de normas prohibitivas o de mandato dentro de una sociedad determinada selecciona del complejo de relaciones sociales aquellas que políticamente le interesa proteger.

De esta forma, el bien jurídico aparece como un principio garantizador de carácter cognoscitivo que permite saber *qué* es lo que se está protegiendo y las bases sobre las cuales se sustenta esa protección que, de este modo, quedan expuestas a la revisión crítica.

Así, por ejemplo, el ordenamiento ha fijado como bien jurídico la relación social matrimonial monogámica, dando lugar con ello a una serie de reglas jurídicas y dentro de ellas una norma que prohíbe contraer un nuevo matrimonio si hay uno anterior vigente.

El delito o injusto gira alrededor del bien jurídico. Es el criterio determinante del contenido de los dos elementos que lo integran,

esto es, de la tipicidad y de la antijuridicidad como se verá en los párrafos que siguen.

17.1.2. Tipo y tipicidad

Establecido lo anterior, corresponde examinar qué significa que una conducta sea típica. Significa que, en cumplimiento del principio de legalidad, ha de estar previamente definida como delito en un tipo penal. Pero el tipo penal no se agota con la conducta. Dentro de los tipos penales más allá de una conducta lo que hay son verdaderas vinculaciones entre personas. Lo mismo ocurre con los hechos concretos en la vida real. No son simples conductas sino acontecimientos más complejos en los que confluyen voluntades, motivaciones, cuestiones circunstanciales de tiempo y de lugar etc. Son situaciones sociales que son tipificadas por el legislador con el recurso de elementos descriptivos, valorativos y subjetivos para regular hechos futuros. Por eso se dice que la tipicidad cumple una *función garantizadora*.

En efecto, si se observa cualquier tipo penal, aun los más sencillos, se puede comprobar que siempre hay una relación con otro, con el llamado sujeto pasivo. Incluso en uno tan simple como el tipo de homicidio contenido en el art. 138 CP se establece una relación con «otro». Dice el mencionado art. 138 CP que «el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años». En otros tipos, como el del art. 195 CP de la omisión del deber de socorro, lo expresado queda mucho más claro, pues se señalan dentro de los elementos típicos aspectos situacionales respecto de la víctima y del sujeto activo como que la primera «se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave» y que el autor pueda realizar la conducta «sin riesgo propio ni de tercero».

En cuanto a la tipicidad, cabe señalar que ésta se establece cuando a una situación concreta se le puede dar el carácter de típica, esto es, de corresponderse a la que en forma abstracta y genérica se encuentra contenida dentro del tipo penal. De esta forma, la tipicidad resulta de un proceso de atribución o mejor de un *juicio valorativo de atribución* por el cual el intérprete valora desde el bien jurídico si una determinada situación puede ser atribuida a la contenida en el tipo penal.

Ahora bien, este proceso valorativo de atribución no se agota con la constatación formal de la concurrencia de todos y cada uno de los elementos típicos, como la acción, las circunstancias de tiempo, de lugar, vinculaciones personales y demás condicionamientos que pueda contener el tipo, sino que es necesario verificar valorati-

vamente si la realización típica entra en conflicto con el bien jurídico protegido por la respectiva norma. Es el bien jurídico el que le da significación material a la realización típica.

Así, en la vida real se pueden apreciar multitud de situaciones que no son típicas a pesar de concurrir todos los elementos del tipo porque no ha habido conflicto con el bien jurídico. Sólo se ha verificado una tipicidad formal, pero no una material. Puede considerarse la conducta del que nos impide aparcar con nuestro coche en una plaza pública libre porque la está reservando para otra persona. Dicha situación se puede atribuir formalmente al delito de coacciones del art. 172 CP. Sin embargo, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, la libertad personal en este caso, dicha situación no es lo suficientemente significativa socialmente como para sostener que ha habido un conflicto con el bien jurídico protegido. Dicho de otra forma, podrá haber tipicidad formal pero no material.

Como decíamos anteriormente, los tipos penales son caracterizados con el recurso de elementos objetivos y subjetivos. Con estos elementos el legislador configura en los tipos penales formas de vinculación entre sujetos, que en la medida que entran en conflicto con un bien jurídico, adquieren una significación jurídico penal. Dentro de estos elementos objetivos se cuenta el comportamiento, acción u omisión. Dentro de los tipos penales el comportamiento es un elemento importante por cuanto expresa el vehículo de comunicación entre los sujetos. Por eso, la norma penal, prohibitiva o de mandato, está dirigida a esas acciones u omisiones. Con la norma prohibitiva o de mandato se señala qué forma de comunicación, esto es, acción u omisión, no debe tener lugar, pues de otro modo se provoca la reacción estatal. Ello da lugar a que se diga que la tipicidad cumple una *función de instrucción*.

Por eso la tipicidad tiene que aparecer dividida en dos estructuras diferentes. La distinta significación social de la acción y de la omisión como formas de comunicación distintas así como su distinta estructura, condicionan propuestas metodológicas diferentes para los delitos de acción y los delitos de omisión.

Pero no sólo es necesario hacer esta distinción entre delitos de acción y de omisión, sino también en la diferente forma de vinculación personal que esa acción u omisión pueda tener con el sujeto. El ordenamiento jurídico en algunas ocasiones pone el acento en la dirección misma de la comunicación que le ha dado el sujeto a su comportamiento (el sujeto quería la lesión del bien jurídico y dirige su acción en ese sentido), o bien en los riesgos que puede entrañar dicho comportamiento para los bienes jurídicos (el sujeto no quería la lesión del bien jurídico, pero debió haber previsto esa posible

lesión y actuado en consecuencia). En el primer caso se habla de dolo y en el segundo de imprudencia o culpa.

Por consiguiente, hay que distinguir cuatro propuestas metodológicas diferentes: dos para los delitos de acción (acción dolosa e imprudente o culposa) y dos para los delitos de omisión (omisión dolosa e imprudente o culposa).

La determinación de la tipicidad implica comprobar la contravención de la norma prohibitiva o de mandato, una primera desvaloración del hecho, un indicio de la existencia de un delito. Desde esta perspectiva se dice que la tipicidad es *ratio cognoscendi* del segundo momento valorativo, el de la antijuridicidad. De ahí surge la tercera función de la tipicidad, que es la *función indiciaria* de la antijuridicidad.

17.1.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad de una situación social concreta resulta de una segunda valoración de dicha situación. Esta vez la valoración se hace desde todo ordenamiento jurídico. La antijuridicidad implica afectación del bien jurídico (antijuridicidad material) y contrariedad de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal).

El punto de partida de la *antijuridicidad material* es lo que se desvalora socialmente, y la concreción de esa desvaloración surge desde el bien jurídico protegido. Es decir, para que pueda concretarse la antijuridicidad de una realización típica es necesario que afecte a un bien jurídico, que produzca un resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma. Al *desvalor social de acto* que significa la realización típica ha de seguir el *desvalor social de resultado* que significa la afectación al bien jurídico.

La afectación del bien jurídico puede consistir en una lesión del mismo (por ejemplo, matar, herir) o en una puesta en peligro (tentativa de matar, abandonar a un menor). Es un problema a ser resuelto a través de una valoración en la que se trata de establecer si la afectación del bien jurídico es concreción de una realización típica. En definitiva, si se produjo el desvalor social de resultado. La afectación al bien jurídico es un problema valorativo que se resuelve a través de un *juicio de imputación*. Con el juicio de imputación, con la confirmación de la afectación al bien jurídico protegido por la norma, se entra a considerar desde el punto de vista material a todo el ordenamiento jurídico.

A la comprobación de la antijuridicidad material ha de seguir la de la *antijuridicidad formal*. Si la tipicidad es contrariedad con la

norma penal, concretamente con la norma prohibitiva o de mandato, la antijuridicidad *formal* es contrariedad de la realización típica con todo el ordenamiento jurídico. Por eso, se puede afirmar que la *tipicidad* es una categoría exclusiva del derecho penal. En cambio, la antijuridicidad es una categoría de todo el derecho en su conjunto, implica una contrariedad no sólo con el derecho penal, cuestión que se ha constatado con la tipicidad, sino con el resto del ordenamiento jurídico.

En efecto, puede que una realización típica a pesar de ello no sea contraria sino conforme a derecho. Ello ocurre cuando la conducta está justificada, amparada por una causa de justificación cuyo fundamento legal esté en otra rama del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la conducta del que impide coactivamente la entrada en su propiedad de otra persona, encuentra justificación en las normas de derecho civil que regulan el derecho de propiedad.

El art. 20.7 CP, cuando dice que está exento de responsabilidad penal «el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», está confirmando lo señalado anteriormente en el sentido de que la antijuridicidad implica contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico. Significa que cualquier otra disciplina jurídica puede contemplar una autorización para obrar en un determinado sentido aun cuando la conducta se encuentre prohibida por el derecho penal.

Con la antijuridicidad se completan a nivel de injusto las garantías respecto del ciudadano. A la garantía *nullum crimen sine lege* concretada a nivel de la tipicidad, se agrega *nullum crimen sine iniuria* de la antijuridicidad. Al principio de legalidad se suma el *principio de lesividad* que puede formularse como «no hay delito sin una afección al bien jurídico».

17.1.4. Las causas de exclusión del injusto

Una responsabilidad penal sólo puede tener lugar si ha quedado perfectamente delimitado el delito. El delito o injusto, esto es, la realización antijurídica de un tipo penal, es la única fuente de responsabilidad penal a su autor. A efectos de responsabilidad debe quedar fuera de consideración todo otro aspecto ajeno al hecho, como podría ser el carácter del autor, su forma de vida, antecedentes familiares, etc. Estos elementos, tipicidad y antijuridicidad, no están ordenados en forma arbitraria sino en un orden de precedencia. La tipicidad precede a la antijuridicidad y deben ser examinados en ese orden.

Ahora bien, el injusto puede desaparecer toda vez que puedan apreciarse supuestos que signifiquen la desaparición de la tipicidad o de la antijuridicidad. Son las causas de exención de responsabilidad criminal por ausencia de tipicidad o de antijuridicidad.

17.1.4.1. Supuestos de ausencia de tipicidad o causas de atipicidad

Los supuestos de ausencia de tipicidad o las causas de atipicidad surgen a partir de criterios de no atribución, esto es, criterios o argumentos que permiten sostener que un hecho concreto no se corresponde con el previsto en el tipo penal. Se trataría en estos casos de hechos no relevantes jurídico penalmente.

Son causas generales de atipicidad la falta de alguna de las características del tipo legal, de alguno de sus elementos descriptivos, normativos o subjetivos.

El proceso de tipificación lo realiza el legislador con el recurso de estos elementos. Los descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos por los sentidos, como «mujer», «motor», «bosque», etc. Su aprehensión o comprensión no reviste mayores problemas. Los elementos normativos son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo, como por ejemplo «documento», «mueble», «inmueble», «estupefaciente», «instrumento negociable», etc. Los subjetivos guardan relación con una disposición o tendencia anímica del sujeto como «ánimo de lucro», «imprudencia», «dolo», etc. La ausencia de uno de estos elementos en la realización típica significa la atipicidad de la conducta. La conducta concreta no podrá ser atribuida al tipo penal.

Así, por ejemplo, el art. 410 CP castiga la desobediencia de la autoridad o funcionario público. Si en el hecho concreto el que desobedece no tiene tal calidad, la conducta será atípica, pues falta uno de los elementos, en este caso uno normativo, que caracteriza el tipo legal. El art. 244 CP castiga la sustracción de «un vehículo a motor o ciclomotor». La sustracción de una bicicleta sería atípica en relación con este tipo, pues no reviste la calidad exigida por el tipo de ser «a motor». Faltaría, en este caso, el elemento descriptivo. En el art. 243 CP se exige que el autor tenga «ánimo de lucro» cuando sustraiga la cosa ajena. Luego, si realiza la sustracción con la intención simplemente de usar la cosa, no de apropiársela, la conducta será atípica. Faltaría en este caso el elemento subjetivo. En otros supuestos la falta de elemento típico puede estar referida a la acción. Como ejemplo a este respecto pueden mencionarse los supuestos de fuerza irresistible, los actos reflejos, el sonambulismo, el hipnotismo. El sujeto que afecta un bien jurídico en esas condiciones no realiza una acción pues falta el necesario contenido de voluntad.

Ahora bien, podría suceder que el autor de la conducta típica no haya aprehendido o comprendido algún elemento típico que sin embargo tiene existencia objetiva o que su aprehensión o comprensión subjetiva sea diferente a la de la realidad. Se trata de supuestos de error (error e ignorancia se equiparan). En estos casos también se configura una causa general de atipicidad pues para el autor la realidad se configura subjetivamente de forma diferente, entiende las cosas de otra forma. Para el autor el elemento típico o no existe (existiendo objetivamente) o si existe, es percibido de forma diferente. Se ve afectado, en consecuencia, un elemento subjetivo del tipo, concretamente el dolo. Esta causa de atipicidad se conoce en doctrina como *error de tipo*. El efecto del error de tipo es el de excluir el dolo. Esta exclusión del dolo significa la ausencia de un elemento típico de carácter subjetivo.

La ausencia de dolo no necesariamente significa ausencia de responsabilidad penal. A lo mejor el autor con un mayor cuidado podría haber superado el error y evitado la lesión del bien jurídico. En estos casos el autor si bien no puede quedar vinculado personalmente con el hecho por dolo, puede haber quedado vinculado por imprudencia. En todo caso, si es así, será necesario comprobar si hay un tipo penal que castigue la realización imprudente de la conducta.

Un ejemplo puede servir para ilustrar lo dicho anteriormente. Supongamos un cazador que dispara contra unos matorrales que se mueven. Cree erróneamente que hay entre los arbustos un conejo y dispara. No obstante, hay otro cazador que muere por los disparos. Éste es un supuesto de error. El cazador no sabe de la existencia del «otro», ni sabe que «mata», ambos elementos objetivos del tipo del art. 138 CP. El error de tipo, cuya regulación está en el art. 14.1 CP excluye la posibilidad de considerar realizada la conducta dolosa del art. 138. Pero queda la posibilidad de considerar si acaso el autor no pudo superar con mayor cuidado su error, o dicho de otra forma, si no actuó imprudentemente al disparar contra el matorral sin asegurarse de que no había otra persona en el radio de tiro de su escopeta. Queda abierta dicha posibilidad siempre y cuando la realización imprudente esté expresamente castigada como lo advierte recordando el principio de legalidad el art. 12 CP que reitera con machaconería lo señalado en el art. 10 CP. Esta condición en el caso del homicidio se cumple, pues el art. 142 castiga al que causare la muerte de otro por imprudencia.

Un criterio general de no atribución, esto es, de atipicidad que surge también de la estructura de los tipos penales es el de la falta de significación social de la conducta. Este criterio surge desde el bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido es el que le da significación a la realización típica. Por ejemplo, carece de signifi-

cación y son atípicas las necesarias heridas que tiene que realizar el médico en el transcurso de una operación. Esta conducta que objetivamente es de herir cuando abre el vientre de su paciente para extraerle el apéndice, es atípica desde el bien jurídico protegido por la norma penal en el delito de lesiones (art. 147 CP), que es la salud individual. Dichas heridas necesarias carecen de significación social. Esa conducta no puede ser desvalorada desde la salud individual.

Al lado de estos criterios generales de no atribución surgen otros criterios específicos que por su complejidad merecen un mayor estudio que dejamos para más adelante. De momento sólo los formularemos. Son criterios generales de no atribución o de atipicidad los que se plantean desde la valoración de la conducta del autor como comprendida o no dentro del ámbito de un peligro típico, o bien si la situación social por él provocada queda o no dentro del ámbito de protección de la norma.

Dentro del primer caso, tendrían cabida, dentro de otros, los supuestos de riesgos permitidos que son atípicos pues de lo contrario supondrían una paralización de la vida social. Por ejemplo, la construcción de aviones, aun cuando suponen riesgos para la vida humana, es un peligro permitido. El segundo caso, el de los límites del ámbito de protección de la norma, deja al margen del tipo penal, entre otros, aquellos supuestos en que la víctima se ha colocado voluntariamente dentro de la situación de riesgo.

17.1.4.2. Supuestos de ausencia de antijuridicidad o causas de justificación

El primer supuesto de ausencia de antijuridicidad es el de la ausencia de resultado. Resultado debe ser entendido como resultado lesivo del bien jurídico protegido por la norma. Es, en consecuencia, un resultado valorativo bien sea de lesión o puesta en peligro.

De esta forma, si se ha producido una lesión a un bien jurídico y esta lesión no puede ser imputada a la realización típica, la conducta no será punible pues no será materialmente antijurídica. Se trata de determinar si se ha cumplido o no el principio de lesividad.

No habría antijuridicidad material si se comprueba que la lesión del bien jurídico *vida* se ha producido por una causa ajena a la realización típica del sujeto. Por ejemplo, se arroja a una persona al agua para que, según el plan del autor, se ahogue, pero el agua es poco profunda, pero muere de frío. Se ha producido la muerte, pero ésta no es imputable objetivamente a la realización típica.

Sin perjuicio de lo anterior, excluyen la antijuridicidad las llamadas causas de justificación. Éstas surgen desde reglas permisivas que valoran positivamente una constelación de circunstancias que pueden darse en el ámbito social. La regla permisiva autoriza una realización típica bajo ciertos respectos y determinadas circunstancias. Son los supuestos de legítima defensa y de estado de necesidad por mencionar los más conocidos.

Legítima defensa y estado de necesidad son causas de justificación contenidas en el art. 20.4-5 CP. Allí se establecen las condiciones que tienen que darse para que pueda operar el permiso. Si se dan esas circunstancias, el hecho típico que en principio era antijurídico, es valorado como conforme a derecho. Queda justificado.

Por último, también hay que señalar que el error es significativo dentro de este nivel en cuanto que las causas de justificación presuponen un conocimiento de sus presupuestos. Luego, un sujeto puede tener un error esencial inevitable sobre ellas y también puede darse un error evitable que deje subsistente en su caso la imprudencia si ésta procede legalmente.

Tal caso ocurriría si una persona se siente amenazada por otra que levanta el brazo repentinamente y le da un golpe, en circunstancias que el otro sólo quería rascarse la cabeza. El autor de las lesiones creyó que estaba siendo objeto de una agresión ilegítima. Está en un error sobre un supuesto de una causa de justificación, concretamente el contenido en el requisito primero de la legítima defensa regulada en el art. 20.4 CP.

Bibliografía

- Atienza, M. (1991): *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1977): «Significación social y tipicidad», en Bustos Ramírez, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona.
- Bustos Ramírez, J. (1989): «Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)»: *Estudios Penales y Criminológicos*, XII, Universidad de Santiago de Compostela.
- Carbonell, J. C. (1982): *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid.
- Gimbernat Ordeig, E. (1971): «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, pp. 87-109.
- Luzón Peña, D. M. (1978): *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona.

- Luzón Peña, D. M. (1985): «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *Comentarios a la legislación penal*, V, Edersa, Madrid.
- Magaldi, M. J. (1976): *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona.
- Rodríguez Mourullo, G. (1982): «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca.
- Silva Sánchez, J. M. (1986): «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentarios a la STC de 23-9-83»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Torío, A. (1986): «Fin de protección y ámbito de protección de la norma»: *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela.
- Torío, A. (1986): «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 33-48.

ESQUEMA PARA UNA TEORÍA POLÍTICO-CRIMINAL DEL SUJETO RESPONSABLE

18.1. *La culpabilidad como teoría del sujeto responsable*

Como señalábamos en la lección 16, en el sistema penal hay que distinguir entre el ámbito del delito o del injusto y el del sujeto responsable. Por eso, junto a la teoría del delito o del injusto, hay que colocar una teoría del sujeto responsable. Según hemos visto, en el injusto ha quedado determinado el hecho del autor en el que ha quedado reflejada su personalidad social. Por ello decimos que es *su* hecho, un hecho al cual está vinculado personalmente a través del dolo o de la culpa. Dolo y culpa expresan en el injusto lo subjetivo referido al actuar del sujeto. En el ámbito del sujeto responsable lo subjetivo está todo solamente referido al propio sujeto que ya ha sido reconocido como autor en el injusto.

La teoría del sujeto responsable cumple una función garantista que se formula como principio de culpabilidad por el hecho. Conforme a este principio, el autor no puede responder más allá de su mundo interior que se ha plasmado en el hecho cometido, esto es, sólo de aquello que le puede ser atribuido por dolo o por culpa. Es respecto de ese hecho, doloso o culposo, del cual se le hará responsable (cf. *supra* capítulo 7).

Por eso la responsabilidad del sujeto se rige por principios completamente diferentes a los del injusto. No es, en consecuencia, un elemento de la teoría del delito. Lo son de ella sólo la tipicidad y la antijuridicidad. La responsabilidad por sí sola es el fundamento de otra teoría, la *del sujeto responsable*.

18.2. *Fundamentos de una teoría del sujeto responsable*

Una teoría del sujeto responsable debe partir del *individuo en sociedad*. La persona sólo puede ser comprendida en cuanto vive en sociedad, pero no en esta forma vaga, sino en cuanto persona concreta en el mínimo social concreto en que se da su comportamiento como forma de vinculación. Se trata de esa persona que se vincula con otras como actor. No se trata de un simple sujeto, sino de una persona que cumple un determinado papel que le ha sido asignado, pero que en todo caso es realizado por ella.

Ese papel le es asignado por la relación social mínima misma en que se vincula o por la sociedad considerada en su globalidad. La intervención de esa persona-actor es realizada con todas sus potencialidades en una constante interacción y vinculación entre los actores y demás circunstancias.

Lo que caracteriza a esa persona concreta en sociedad en sus vinculaciones sociales es que *toma conciencia de su papel* y se vincula en consecuencia con actos sociales conscientes. La conciencia que tiene el actor de sus actos sociales, en la medida que son actos sociales, implica que las características físicas, biológicas o psíquicas del actor, haya que considerarlas primeramente en su *dimensión social*. No son de una persona abstracta, sino de una persona concreta que actúa dentro del proceso social con conciencia de un papel que le ha sido asignado y desempeñado por ella. En su calidad de actora dentro del proceso social, es que debe responder de su actuación, por su papel, por lo realizado.

Al establecerse la responsabilidad del individuo concreto, se plantea la de la sociedad por el papel que le ha sido asignado y los controles a los que lo ha sometido. La conciencia de la persona surge del proceso social, de sus relaciones sociales. La sociedad responde por esa conciencia lograda por la persona. La conciencia es antes que nada una cuestión histórico-social, no sólo una cuestión psíquica.

La persona responde por su comportamiento, pero el fundamento y también el límite de su responsabilidad y de la reacción social por su comportamiento está en su conciencia que le ha sido dada socialmente. Por eso, responde también la sociedad toda.

Una teoría sobre la responsabilidad del sujeto necesariamente tiene que partir de una visión de la persona. Esta visión antropológica condiciona su contenido. Así, por ejemplo, como se verá en el segundo volumen, la concepción de la persona como dotado de *libre albedrío*, habría de constituir como eje de la culpabilidad la supuesta capacidad de la persona para poder elegir entre la realización o la no realización del injusto. La culpabi-

lidad, de esta forma, habría de entenderse como un *juicio de reproche* a sujeto que habiendo podido optar por la no realización del delito, sin embargo, opta por realizarlo. Un reproche porque podría haber actuado de otra manera. Éste es, en síntesis, el planteamiento de la teoría normativa de la culpabilidad.

La responsabilidad es un concepto político-jurídico que pone en relación a la persona con el Estado e implica el reconocimiento de su autonomía frente a éste como algo inherente a su dignidad.

Lo que interesa es que una persona pueda responder a tareas concretas que le impone el sistema. Desde esta dimensión la responsabilidad es *exigibilidad*, esto es, qué es lo que le puede exigir el sistema a una persona frente a una situación concreta. La responsabilidad sólo puede hacerse efectiva desde la exigibilidad. Si el sistema no está en condiciones de exigir no puede pretender responsabilidad. No puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que una persona pueda asumir las tareas que le ha asignado el sistema.

Responsabilidad y exigibilidad encuentran su fundamento en el art. 9.2 CP —que contiene el mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para la libertad e igualdad de los individuos—, el art. 10.1 CP —que reconoce la dignidad de la persona— y el art. 14 CP —que reconoce el derecho de igualdad.

18.3. *Los elementos de la responsabilidad = exigibilidad*

La exigencia de responsabilidad se basa en la concurrencia de tres elementos: exigibilidad sistémica, exigibilidad de la conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

18.3.1. Exigibilidad sistémica o imputabilidad

Decíamos que la conciencia social de un sujeto es antes un producto histórico social que un fenómeno psíquico. La imputabilidad guarda relación con la incompatibilidad o compatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico.

Al sujeto se le podrá exigir responsabilidad en tanto que la conciencia social del sujeto convertida en acto sea incompatible con el ordenamiento jurídico, es decir, que afecte a los valores aceptados hegemónicamente por la sociedad y que forman parte de la conciencia social del sujeto. Por el contrario, la llamada inimputabilidad surgirá de la compatibilidad de la conciencia social del sujeto expre-

sada en acto frente al ordenamiento jurídico porque el mismo ordenamiento jurídico acepta su diversidad y le brinda un trato desigual declarándolo exento de responsabilidad criminal. Lo contrario significaría una vulneración del principio de igualdad.

En efecto, el juicio de valoración de compatibilidad o incompatibilidad de la conciencia social del sujeto expresada en su actuar se realiza con el ordenamiento jurídico y en él subyace *el principio de igualdad* reconocido constitucionalmente en el art. 14 CE. La igualdad se realiza con el reconocimiento de las situaciones desiguales y su tratamiento desigual. Por eso, el Código penal declara exento de responsabilidad criminal a los menores y a los que sufren alteraciones psíquicas o físicas (arts. 19 y 20.1-3 CP). Sus realizaciones típicas son, en consecuencia, compatibles con el ordenamiento jurídico que reconoce su desigualdad.

Al llamado inimputable el sistema no le puede exigir una respuesta determinada porque presenta problemas generales en los procesos de comunicación. La imputabilidad no presenta problemas de carácter general en los procesos de comunicación.

18.3.2. La exigibilidad de la conciencia del injusto

La exigencia de responsabilidad también implica exigencia de conciencia del injusto al autor. Si no hay tal conciencia, no puede exigirse responsabilidad. Si queda afirmada la exigibilidad sistémica, esto es, la llamada imputabilidad, ahora se trata en el caso concreto de la posibilidad de exigirle la conciencia de los valores que configuran el injusto concreto. Se trata del injusto realizado. Este nivel de exigibilidad sólo se puede plantear respecto de un sujeto concreto que haya internalizado los valores del sistema o haya tenido la posibilidad de internalizarlos. Por eso es una conciencia exigida.

18.3.3. La exigibilidad de la conducta

Afirmada la llamada imputabilidad y la conciencia del injusto concreto queda examinar si ese sujeto social concreto está en situación de responder de sus actos en contra del derecho considerando las circunstancias concretas que lo llevaron a actuar. El sujeto estará en situación de responder de su hecho si, siendo imputable, era posible exigirle conciencia del injusto y en la situación concreta se le podía exigir actuar de otra forma.

18.4. *Las causas de exclusión de la responsabilidad*

Son supuestos que implican la ausencia de algún elemento de la responsabilidad y, por lo tanto, la exclusión de la exigibilidad de responsabilidad. El sujeto social concreto queda al margen de una responsabilidad penal que no le puede ser exigida por ser inimputable, no ser exigible la conciencia del injusto o no serle exigible otra conducta.

18.4.1. *Las causas de inimputabilidad*

Se reconocen tres causas de inimputabilidad que pueden ser reconducidas a supuestos de falta de madurez mental, de falta de salud psíquica y falta de salud física.

Están recogidos en el art. 19 CP (minoría de edad sometido a otro estatuto penal), el art. 29.1-2 CP (falta de salud psíquica) y el art. 20.3 CP (falta de salud física).

18.4.2. *El llamado error de prohibición*

Se encuentra regulado en el art. 14.3 CP. Supone la exclusión o la atenuación de la responsabilidad penal para aquellas personas que no han internalizado los valores del injusto concreto de que se trate. La exención de responsabilidad penal o la atenuación se contemplará según si el sujeto hubiera podido o no vencer esa falta de internalización.

18.4.3. *La no exigibilidad de otra conducta*

En el Código penal se contempla un supuesto genérico de no exigibilidad de otra conducta en el art. 20.5, y uno específico en el art. 20.6. El primer supuesto es el del llamado estado de necesidad exculpante, que se presenta cuando hay un conflicto entre bienes jurídicos de igual valor y aparece necesario sacrificar uno para salvar el otro. El segundo es el del miedo insuperable.

Bibliografía

- Bustos Ramírez, J. (1987): «La imputabilidad en en Estado de Derecho», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, pp. 31-50.
 Córdoba Roda, J. (1977): *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona.
 García Arán, M. (1988): «Culpabilidad, legitimación y proceso»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 71-114.

Maqueda Abreu, M. L. (1987): «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983»: *Cuadernos de Política Criminal*, 31, pp. 185-261.

Muñoz Conde, F. (1978): «Über den materiellen Schuldbegriff»: *Goldschammers Archiv*.

FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN Y PARTICIPACIÓN

19.1. *Explicación preliminar*

Las líneas que siguen a continuación no pretenden otra cosa que dar la mínima información indispensable y necesaria para entrar en la teoría de la determinación de la pena. En el volumen segundo, que está dedicado exclusivamente a las teorías del delito y del sujeto responsable, se examinarán más detalladamente estas importantes materias.

19.2. *Planteamiento*

El delito de acción doloso constituye la estructura básica de protección de un bien jurídico y vista desde la perspectiva de su lesión también la forma de ataque más grave. Por eso, político criminalmente se ha ampliado el ámbito de protección de bienes jurídicos de esta estructura básica a momentos anteriores a su consumación y también haciendo extensiva la punibilidad a personas diferentes a las del autor del delito, pero que sin ser autores, han tenido también participación en los hechos.

De acuerdo con lo que señala el art. 61 CP, «cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada».

De esta forma, la teoría del *iter criminis*, que trata de las formas imperfectas de ejecución, y la teoría de la participación se refieren a ampliaciones del ámbito de aplicación de los delitos dolosos.

Respecto de los delitos imprudentes y de los delitos de omisión, como se verá en el segundo volumen, no pueden plantearse ampliaciones a la punibilidad a momentos anteriores a la consumación ni a personas diferentes de sus autores. Tampoco resulta posible la punibilidad de formas imperfectas de ejecución respecto de los delitos de peligro.

19.3. *Las formas imperfectas de ejecución*

En todo delito hay una fase interna y otra externa. La interna se desarrolla en el interior del sujeto. La externa ya es manifestación en el mundo social del proceso interno. La interna es impune, ya que lo contrario significaría lesión de la dignidad de la persona y de su libertad, sin perjuicio de que el propio principio de legalidad en el art. 25.1 CP exige la exteriorización de ese pensamiento al castigar la acción o la omisión. En todo caso esa acción u omisión para que sea punible debe estar referida a esa fase interna. De otro modo, significaría el castigo de un puro resultado, esto es, responsabilidad objetiva.

De esta manera, la punibilidad sólo puede comenzar con la realización de la voluntad, sólo en la fase externa. En la fase externa, hay que distinguir entre los actos preparatorios y los actos de ejecución.

No todos los actos preparatorios son punibles, ni tampoco respecto de todos los delitos. En el derecho penal español son punibles sólo los siguientes actos preparatorios: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, pero sólo respecto de aquellos delitos en los que expresamente se señale su punibilidad, de acuerdo con lo expresado en los arts. 17 y 18 CP.

Señala el art. 17 CP: «1) La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2) La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. 3) La proposición y la conspiración para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley».

Por su parte el art. 18 CP dice: «1) La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito [...]. 2) La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea».

De modo que si el acto preparatorio no puede quedar comprendido dentro de la proposición, la conspiración y la provocación para delinquir, será impune. Y si queda comprendido dentro de alguna

de estas categorías, si nada se dice acerca de su punibilidad en relación al correspondiente delito, también será impune, lo que queda confirmado por el art. 17.3 CP.

La punibilidad de los actos preparatorios es, en consecuencia, doblemente excepcional y está siempre en relación con un delito. No es punible la conspiración o la proposición en sí, sino sólo la proposición, conspiración o provocación para realizar un determinado delito que contemple expresamente el castigo del acto preparatorio.

Así, por ejemplo, la proposición para cometer un delito de homicidio es punible porque expresamente lo dice el art. 141 CP. Sin esa declaración expresa del art. 141 CP no sería punible la proposición de homicidio. La punibilidad se fundamenta en cumplimiento del principio de legalidad en el art. 17.2 CP (que sólo define la proposición) en relación con los arts. 138 CP (que sólo contempla la punibilidad del autor del delito consumado) y 141 CP (que expresamente declara punible la proposición de homicidio).

Los actos de ejecución significan ya la realización inmediata del tipo penal correspondiente, de acuerdo con el plan que había previsto el autor para el delito. En el Código penal se distingue entre la tentativa y la consumación. La tentativa puede ser acabada o inacabada según si el sujeto ha realizado «todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor», de acuerdo con lo que señala en art. 16 CP.

En relación al bien jurídico, el castigo de estas formas imperfectas de ejecución (actos preparatorios y tentativa) se fundamenta en una voluntad realizada que supone una puesta en peligro del bien jurídico. Se anticipa la protección a un ámbito anterior al de su lesión efectiva.

La proposición para matar o el homicidio intentado, por ejemplo, no han lesionado el bien jurídico *vida*, pero sí lo han puesto en peligro. Esa voluntad realizada de matar que se concreta en el elemento típico del dolo y su plasmación en una puesta en peligro del bien jurídico es el fundamento de la anticipación del castigo a su mera puesta en peligro. Razones político criminales en relación con la importancia del bien jurídico *vida*, son las que se han tenido en cuenta para anticipar en este caso la punibilidad.

El principio de proporcionalidad y atendido el menor desvalor social de resultado de las formas imperfectas de ejecución, sirven de base para una pena menor a la que le correspondería al delito si se hubiera consumado.

19.4. *La participación*

En un sentido amplio el término participación comprende a todos los intervinientes en un hecho delictivo. En un sentido restringido sólo a las personas que no son autores. Desde esta última perspectiva, en consecuencia, se está haciendo referencia a personas cuya actividad delictiva está en dependencia con la del autor. La actividad del autor sería la principal y la del partícipe, la accesoria.

Esta distinción tiene importancia por los siguientes motivos:

1) Porque en materia de participación rige el principio de accesoriadad conforme al cual la existencia del hecho accesorio (y de la participación) depende de la existencia del hecho principal (del hecho del autor).

2) A efectos de pena, ya que en virtud del principio de proporcionalidad atendiendo a la contribución del hecho, al partícipe tendría que corresponderle menor pena.

De ahí que sea importante, en primer lugar, determinar quién es autor y cuando hay hecho principal, materia, que en todo caso, se tratará detenidamente en el segundo volumen de esta obra. La información que se da en este volumen es suficiente para los fines propuestos.

Ahora bien, el Código penal, en el art. 28, distingue entre autores, inductores, cooperadores y cómplices. Los inductores, cooperadores y cómplices son en un sentido estricto partícipes. No obstante, el Código por razones político criminales considera autores a los inductores y cooperadores por la importancia de su contribución al hecho. Esta equiparación sólo es válida a efectos de pena, pero sigue rigiendo el principio de accesoriadad. De este modo, la responsabilidad de un inductor o cooperador, dependerá de la existencia del hecho del autor (el hecho principal).

En el art. 29 CP se contempla el cómplice con una fórmula residual que señala que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Se presenta respecto del cooperador y el cómplice el problema de establecer criterios seguros para decidir frente a un hecho concreto si se está ante un cooperador o un cómplice, cuestión de importancia no solamente académica atendida la diferencia de pena que puede haber entre uno y otro. La doctrina, desde la dogmática, ha ofrecido tales criterios, que serán examinados en el segundo volumen.

En consecuencia, y de acuerdo con lo expresado en párrafos anteriores, sólo el cómplice se beneficia de una menor pena respecto del autor en virtud del principio de proporcionalidad.

Bibliografía

- Cerezo Mir, J. (1964): *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid.
- Cerezo Mir, J. (1980): «Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal», en *La Reforma del Código Penal*, pp. 231 ss.
- Cuello Contreras, J. (1978): *La conspiración para cometer el delito*, Bosch, Barcelona.
- Gimbernat Ordeig, E. (1966): *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid.
- Muñoz Conde, F. (1972): *El desistimiento voluntario de consumir el delito*.
- Rodríguez Mourullo, G. (1968): «La punición de los actos preparatorios»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 277-304.
- Rodríguez Mourullo, G. (1969): «El autor mediato en el derecho penal español»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 461-487.
- Rosal Blasco, B. del (1986): *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid.

Parte Tercera
TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

20.1. *Planteamiento general*

De acuerdo con lo que hemos venido planteando hasta ahora, junto a la teoría del delito referida al hecho punible y a la teoría del sujeto responsable referida al sujeto, ha de haber una teoría de la determinación de la pena. Con estas tres teorías se completa el contenido específico propio de la teoría penal.

En la teoría de la determinación de la pena tienen también vigencia todos los principios garantistas materiales y formales del derecho penal por la incidencia directa y la especial significación que tiene para el sujeto. Esto significa que en la determinación de la pena juegan criterios relativos al delito (injusto) en que es preeminente el principio material del bien jurídico, también relativos al sujeto responsable en el que destaca el principio de la autonomía ética de la persona y los específicos de este aspecto de la teoría penal global que son el de necesidad de la pena y el de indemnidad personal.

Reducir la teoría penal sólo a la teoría del delito y del sujeto responsable es una forma de encubrimiento que impide ver la realidad del sistema penal, esto es, sus efectos más importantes que son justamente los que recaen sobre la persona. Con la teoría de la pena se trata de poner de manifiesto esta realidad y poner en el primer plano sus antinomias para una revisión crítica no sólo de la pena sino del sistema penal en su conjunto.

A continuación, desarrollando lo expresado anteriormente haremos referencia a estos principios específicos y su desarrollo jurisprudencial.

20.1.1. El principio de necesidad de la pena

El principio de necesidad de la pena engloba varios subprincipios (cf. *supra* lección 7). En la determinación de la pena tienen especial importancia los de *extrema ratio* y de proporcionalidad.

El principio de *extrema ratio*, desde la perspectiva de la pena tiene una dimensión diferente al que tiene en la criminalización primaria o momento de creación de la norma. En ella tiene importancia para determinar qué debe tipificarse. En cambio, en la criminalización secundaria o momento de aplicación de la norma implica prescindir de la pena cuando el injusto esté determinado muy vagamente o la responsabilidad del sujeto no pueda establecerse con certeza. Concretamente en el estadio de la determinación de la pena, el carácter de *extrema ratio* debiera implicar para el Juez facultades para poder prescindir de ella con criterios fundados.

El principio de proporcionalidad, en primer lugar, presupone que la pena ha de estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado. No toda afectación a un bien jurídico ha de acarrear una pena privativa de libertad. La proporcionalidad supone una jerarquización de los bienes jurídicos y una determinación cualitativa y cuantitativa de la pena conforme a la entidad del respectivo bien jurídico y la intensidad del ataque.

Como se verá más adelante el sistema de determinación cuantitativa de la pena concreta en el derecho español establece para cada delito una pena mínima y una máxima dejando un estrecho margen a la discrecionalidad del juez. Sin duda este sistema dificulta la realización del principio de necesidad de la pena. De ahí que de *lege ferenda* sería más recomendable un sistema en que se estableciera simplemente una pena máxima para cada delito.

Sin embargo, en la línea de la realización de la proporcionalidad cabe apreciar dentro del Código penal la suspensión de la ejecución y la sustitución de la pena privativa de libertad, con la reserva de que puedan a la larga significar una ampliación del control penal a ámbitos donde antes no llegaba con la prisión. Ello ocurría con la institución de la remisión condicional de la pena que permitía que penas cortas privativas de libertad fueran sencillamente remitidas sin que el afectado se viera obligado a soportar una pena alternativa.

El TC ha sancionado el principio de necesidad en el ámbito de la determinación de la pena. Este tribunal, en STC de 19-12-1985 declaró con razón la ilegalidad del arresto carcelario del quebrado, pues la restricción o privación de libertad exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad. La STC de 22-5-1986 con razón

establece que no se infringe el principio de proporcionalidad al castigar de modo diferente la apropiación indebida y la malversación de caudales públicos, pues en este último delito se afectan más bienes jurídicos.

20.1.2. El principio de indemnidad de la persona

Este principio deriva del principio constitucional de la dignidad de la persona reconocido en el art. 10.1 CE en relación con los arts. 15 y 25.2 CE, que lo desarrollan.

Según este principio la pena impuesta no puede afectar al sujeto en su dignidad ni sobrepasar los efectos de la pena misma como ser social. En este sentido, la Constitución señala, en el art. 15, junto al reconocimiento del derecho a la vida, la exclusión de la tortura y la supresión de la pena de muerte, así como penas y tratos inhumanos y degradantes.

En la línea de reconocimiento de la indemnidad de la persona como ser social hay que entender el art. 25.2 CE, cuando señala que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados y cuando establece expresamente que los penados tendrán «derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

El Tribunal Constitucional (SSTC de 21-1-1987, 16-2-1988 y 23-2-1988), acertadamente, ha aclarado que el art. 25.2 CE, cuando establece la orientación de la pena privativa de libertad hacia la reinserción y reeducación social, no está reconociendo un derecho fundamental y el consiguiente derecho subjetivo del ciudadano, sino sólo un mandado de orientación de política penal y penitenciaria al legislador, señalando con ello que tal orientación no es la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad.

En consecuencia, cabe concluir que el contenido del art. 25.2 CE no es sino una ejemplificación para la política del legislador de los derechos establecidos en los arts. 10.1 y 15 CE. Esto significa, por tanto, que en ningún caso la pena privativa de libertad puede tener una finalidad que atente contra la incolumidad de la persona como ser social. Sobre la base de este presupuesto hay que entender la reeducación y reinserción social, que no puede transformarse en pura coacción o puro control social, ya que implicaría un atentado contra la indemnidad de la persona como ser social.

Profundizando en esta línea de pensamiento aparece también cuestionable la pena privativa de libertad. Como ha quedado suficientemente demostrado a lo largo de su historia, es inhumana y

discriminatoria. Lo es, en primer lugar, porque por sus efectos implica la total despersonalización del sujeto y, en segundo lugar, porque sólo se aplica mayoritariamente a los sectores sociales más desfavorecidos por el sistema. La pena privativa de libertad significa la mayor violencia del sistema sobre una persona y, por lo mismo, cuestionable desde las bases mismas del Estado social y democrático de derecho. Con la pena de prisión se concreta una contradicción esencial en la Constitución, que sólo se salva relativamente sobre la base de estimar que esta clase de pena debe procurar no atentar contra la indemnidad de la persona como ser social.

Precisamente en la perspectiva de observar este límite de la pena de prisión, en el sentido de que no deben afectar a la indemnidad de la persona como ser social, se han criticado tanto las penas demasiado largas como las demasiado cortas por su efecto despersonalizador y de carácter inhumano.

20.1.3. Excurso: la pena de muerte

Si bien pareciera que el art. 15 CE, al disponer su derogación, aunque lamentablemente no en forma absoluta, vino a poner fin a una larga discusión sobre la pena de muerte, vale la pena recordar los argumentos que se utilizaron en contra de ella atendido el hecho de que de vez en cuando aparecen voces pidiendo su restablecimiento. La argumentación fundamental para su abolición es que se opone al valor que hoy se reconoce a la dignidad del hombre. «El individuo no está al servicio del Estado, sino el Estado al servicio del individuo. La pena de muerte no afirma un derecho; niega, por el contrario, el más importante: el que el hombre posee a la vida. Es por ello socialmente malsana, y el Estado, imponiéndola, da un ejemplo corruptor» (Barbero Santos, 1981, 42-43).

Su restablecimiento, por lo demás, sería contradictorio en un Estado que proclama como bien fundamental la vida y, al mismo tiempo, la elimine. Esa contradicción destruiría las bases mismas de sustentación del Estado social y democrático de derecho.

Los argumentos a favor de la pena de muerte se basan en criterios radicales retributivos y hasta expiatorios de la pena o bien en criterios radicales de peligrosidad del sujeto o en último término en criterios de eficacia extrema, ciertamente indemostrable. Todos estos criterios son insostenibles en un Estado democrático y social de derecho, pues significan una vuelta al Estado policía o del terror.

Por eso, el art. 15 CE, que, no obstante, hace la salvedad de lo «que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de

guerra», debiera ser reformado en el sentido de abolir absolutamente la pena de muerte, aun cuando debiera aclararse que, si bien originalmente el Código penal militar de 1985 contemplaba en su articulado supuestos a los que se les aplicaba esta pena, la LO 11/1985, de 27 de noviembre, la ha abolido también para tiempo de guerra.

Bibliografía

- Arroyo Zapatero, L. (1982): «La experiencia de abolición de la pena capital en Gran Bretaña», en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca.
- Barbero Santos, M. (1980): «La pena de muerte en España: Historia de su evolución», en *Doctrina Penal*, 10, pp. 205-218.
- Barbero Santos, M. (1981): «La pena de muerte en la Constitución»: *Sistema*, pp. 31 ss.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «Pena privativa de libertad y política criminal: los establecimientos de máxima seguridad», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona.
- García Rivas, N. (1983): «La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar»: *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, monográfico 11, pp. 347-354.
- García Valdés, C. (1975): *No a la pena de muerte*, Madrid.
- García Valdés, C. (1985): *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid.
- Rodríguez Mourullo, G. (1982): «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en Cobo del Rosal (ed.), *Comentarios a la legislación penal, I: Derecho penal y Constitución*, Madrid, pp. 61-95.

LAS CLASES DE PENAS

Las penas pueden ser clasificadas, conforme a su autonomía, en penas principales y accesorias; atendiendo a su gravedad, en penas graves, menos graves y leves; y desde una perspectiva material, en penas privativas de libertad, penas pecuniarias, restrictivas de libertad y privativas de derechos (cf. *infra* lecciones 22 y 23).

21.1. *Según su autonomía: penas principales y penas accesorias*

Son *penas principales* aquellas que no dependen de otras para su imposición. Dentro de tal categoría están comprendidas las penas privativas de libertad, las penas privativas de otros derechos y la multa.

Son *penas accesorias* aquellas que presuponen la imposición de otra principal. No son un simple efecto de la principal, pues requieren una expresa imposición por parte del juzgado o tribunal, de acuerdo con lo que señala el art. 79 CP, que no es más que expresión del aspecto de garantía jurisdiccional del principio de legalidad contemplado en el art. 3.1 CP. De esta forma, aun cuando la ley en cumplimiento del aspecto garantía penal del principio de legalidad, contemple alguna como accesoria, necesariamente el juez o tribunal tendrá que imponerla expresamente en la sentencia condenatoria. La tendencia moderna es ir las suprimiendo por su carácter negativo para el desarrollo del sujeto o reconvirtiéndolas en penas sustitutivas a la de libertad en ciertos delitos.

Ahora bien, las penas accesorias, como decíamos, presuponen

una pena principal. El Código penal, en cumplimiento del principio de legalidad (garantía penal), señala expresamente en la parte general las penas accesorias que acarrearán ciertas penas principales, que en todo caso, como advertíamos anteriormente, tienen que ser impuestas expresamente.

La pena de prisión igual o superior a diez años, de conformidad con lo que señala el art. 55 CP, lleva consigo «la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviera prevista como pena principal para el supuesto de que se trate».

La pena de prisión de hasta diez años, de conformidad con el art. 56 CP, acarrea la imposición como accesoria «alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho». Este último supuesto de inhabilitación especial sólo se podrá imponer si los derechos de los que se priva al condenado hubieran tenido relación directa con el delito cometido, estando obligado el juez o tribunal a determinar expresamente esta vinculación. En todo caso, según señala expresamente el citado art. 56 CP, es preceptivo imponer atendiendo a la gravedad del delito, alguna de estas penas accesorias siendo facultativa la elección de cuál, lo que también tendrá que ser motivado. Pero en ningún caso más de una.

En los delitos de *homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*, de conformidad con el art. 57 CP, el juez o tribunal está facultado, «atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente», para establecer como pena accesoria la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. El período de tiempo de esta prohibición puede ser establecido facultativamente sin que pueda exceder de cinco años.

Para que esta pena accesoria tenga sentido en el caso que la principal sea privativa de libertad, sólo puede empezar a contar una vez cumplida ésta, lo que deberá ser señalado expresamente por el juez o tribunal. Es de hacer notar que en este caso el Código opta por el sistema de penas máximas en la individualización legal de la pena, sin establecer un mínimo que deja al criterio del juez o tribunal.

21.2. *Según su gravedad: penas graves, menos graves y leves*

Esta clasificación tiene importancia a efectos procesales ya que la determinación legal de la pena establece la competencia de los jueces o tribunales, así como el procedimiento para las diversas infracciones penales.

En el art. 13 CP se señala: «1) Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2) Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3) Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve».

Dicho brevemente y en términos generales, de conformidad con lo que señala el art. 14.1 LECr, el conocimiento y fallo de los *juicios de falta* (la ley los castiga con pena leve) corresponde a los jueces de instrucción y se tramita conforme al procedimiento de faltas a que se refieren los arts. 962 y ss. LECr. El art. 14.3 LECr, a su vez, da competencia a los jueces de lo penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o al juez central de lo penal en el ámbito que le es propio, para el conocimiento y fallo de los *delitos menos graves* (la ley los castiga con pena menos grave), que se tramitarán de conformidad con el procedimiento abreviado regulado en los arts. 779 y ss. LECr. De conformidad con lo establecido en el art. 14.4 LECr, el conocimiento y fallo de los demás delitos, los graves (la ley los castiga con penas graves), corresponde, en términos generales, a la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, y se tramitará de conformidad con el procedimiento ordinario establecido en los arts. 649 y ss. LECr. Todo ello sin perjuicio de que si la infracción (que puede ser grave o menos grave) es de las atribuidas al conocimiento y fallo del Tribunal del Jurado, que, como es obvio, será de su competencia.

El art. 33 CP señala que son penas graves: *a*) la prisión superior a tres años, *b*) la inhabilitación absoluta, *c*) las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años, *d*) la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años, *e*) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años, *f*) la privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años y *g*) la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años.

El citado art. 33 CP califica como penas menos graves: *a*) la prisión de seis meses a tres años, *b*) las inhabilitaciones especiales hasta tres años, *c*) la suspensión de empleo o cargo público hasta tres años, *d*) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años, *e*) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años, *f*)

la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años, g) la multa de más de dos meses, h) la multa proporcional cualquiera que fuese su cuantía, i) el arresto de siete a veinticuatro fines de semana y j) los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

Y finalmente señala que son penas leves: a) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año, b) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año, c) la multa de cinco días a dos meses, d) el arresto de uno a seis fines de semana y e) los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciseis a noventa y seis horas.

Bibliografía

- García Valdés, C. (1985): *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid.
Gómez Colomer, J. L. (1996): «El sistema de penas y su repercusión procesal»: *La Ley*, 2, pp 1340-1351.
Sánchez García, M. I. (1996): «El sistema de penas»: *La Ley*, 2, pp. 1499-1516.

LAS CLASES DE PENAS: LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

22.1. *Las penas privativas de libertad*

El Código penal vigente ha venido a restringir las clases de penas privativas de libertad a sólo tres, poniendo término a antiguas clasificaciones basadas en ideas retributivas extremas. En efecto, las penas se distinguían entre sí por su duración y las consecuencias accesorias que acarreaban. El CP de 1870 llegó a distinguir hasta diez diferentes. Hoy estas distinciones no tienen sentido para los efectos de una pena humanizadora, de acuerdo con lo establecido en el art. 25.2 CE.

Sin embargo, hay que hacer notar que la duración de las penas, como veremos más adelante, cuenta a efectos de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de la pena y también en el ámbito penitenciario para el otorgamiento de ciertos beneficios.

De acuerdo con el art. 35 CP, «son penas privativas de libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa».

La *pena de prisión* de conformidad con lo que establece el art. 36 CP tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años. El máximo de veinte años puede llegar a treinta, cuando por la concurrencia de una o varias circunstancias agravantes haya de aplicarse la pena superior en grado, según lo establecido en el art. 70.2.1.º CP en relación con el art. 66.3 CP.

El *arresto de fin de semana* es una privación de libertad que se alterna con períodos de libertad. Se ha de cumplir los viernes, sábado y domingo en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado, según lo señala en art. 37.1 CP. No obstan-

te, el párrafo 2.º posibilita que el arresto pueda cumplirse en otros días de la semana o «de no existir centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales».

En cuanto al máximo de pena es de veinticuatro fines de semana de arresto y cada fin de semana tiene una duración de treinta y seis horas de privación de libertad. Sin embargo, el máximo de pena podrá sobrepasarse cuando esta pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad. En tal caso, el art. 88 CP prevé que cada semana de prisión sea sustituida por dos arrestos de fin de semana.

Pero también puede suceder, de acuerdo con el mencionado art. 88 CP, que el arresto de fin de semana se imponga como sustitutivo de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. El art. 53.1 CP señala que el no pago de la multa acarrea una privación de libertad de un día por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Podría suceder, entonces, que esta responsabilidad subsidiaria teóricamente sobrepasara el límite máximo de veinticuatro fines de semana a que se refiere el art. 37.1 CP. En tal caso, no se podría superar el límite de veinticuatro fines de semana pues la ley sólo autoriza la excepción del art. 88 CP.

Como se ha señalado, la imposibilidad de sobrepasar el límite de los veinticuatro fines de semana lleva al absurdo de permitir que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa traducida en prisión pueda llegar hasta un año de privación de libertad. En cambio si se traduce en arresto de fines de semana, sólo puede llegar a veinticuatro, de conformidad con lo señalado en el art. 53.2 CP en relación con el art. 37.1 CP (Mapelli y Terradillos, 1996, 86).

Finalmente, el art. 37.1 CP establece que un arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad. Ello significa que ante un eventual incumplimiento la pena se verá incrementada. En efecto, el art. 37.3 CP señala que «si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente», con lo que cada fin de semana de treinta y seis horas se transforma en prisión de cuarenta y ocho horas. Llama la atención que, cuando se trata de sustituir la pena de prisión inferior a un año por arresto de fin de semana, en el art. 88.1 CP se establezca que «semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana» (Mapelli y Terradillos, 1996, 86-87).

El cómputo de la pena se encuentra regulado en el art. 38 CP. Este precepto distingue según si el reo estuviere o no preso. Para el

primer caso señala que «cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme». Este precepto tiene que ser interpretado en armonía con el art. 58 CP, que faculta para abonar el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente «en la causa en que dicha privación haya sido acordada». En su defecto, señala el mismo precepto, se podrá abonar el tiempo en otras causas «siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión». Este último supuesto existiría, por ejemplo, en el caso de que una persona fuera ingresado en prisión preventivamente por unos determinados hechos que en definitiva no dieran lugar a una pena. En tal caso, si resultare condenado por otros hechos anteriores a la prisión preventiva, ésta se le computaría aun cuando no hubiere tenido por causa los hechos que dieron lugar a la condena.

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa será examinada en el capítulo 23, conjuntamente con la pena pecuniaria.

22.2. *Origen, evolución, función y crisis de la pena privativa de libertad*

El origen de la pena privativa de libertad es relativamente moderno. Aparece con el Estado liberal especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular para el mercado de trabajo la mano de obra ociosa y marginal. Su resocialización consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica (Melossi y Pavarini, 1978, 201 ss.).

Pero sus antecedentes ya se pueden encontrar en los siglos XVI, XVII y XVIII, especialmente en Holanda, donde surgen las llamadas «casas de trabajo» (*Spinnhuis*, casas de hilados; *Rasphuis*, casas de escofinar maderas y *Tuchthuis*, casas de telas), que tienen por objeto recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de marginales (vagos, prostitutas, delincuentes, viudas, ancianos, etc.). Estas casas de trabajo cumplían una función económica pues formaban parte de la tendencia general de la necesaria acumulación de capital y también necesaria ruptura del monopolio de los gremios para la creación y la circulación del capital (Rusche y Kirchheimer, 1984, 25 ss.). El concepto se extendió a Francia (*Hôpitaux Généraux*) y a Inglaterra (*House of Correction*).

Por otra parte, la pena privativa de libertad cumplía con los fundamentos ideológicos utilitaristas del nuevo Estado, conforme a los planteamientos de Bentham, ya que la pena podía graduarse y cumplir con los objetivos preventivos generales del Estado. Al ser una pena divisible podía aumentarse o disminuirse su gravedad conforme a sus políticas criminales y al afectar a la libertad, bien fundamental del que disponía todo hombre, le quedaba claro el costo del delito al delincuente. Esta posibilidad de cálculo de costo y beneficio era básica para la coacción psicológica que pretendía la prevención general.

Luego, desde un principio, la pena privativa de libertad tuvo una función «resocializadora», en un determinado sentido, en el de resocializar o mejor socializar o disciplinar para el trabajo. Esta vinculación de la pena con el trabajo es un planteamiento que reaparece con el planteamiento de la pena resocializadora o reeducadora. Son nuevas direcciones de la misma idea, en el sentido de que una reeducación y resocialización no se pueden basar sólo en la idea de disciplina y trabajo.

Investigaciones posteriores en diferentes países (Estados Unidos, Alemania, Países Nórdicos) han venido a demostrar que una pena privativa de libertad no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto (Bergalli, 1976). Al ser una *institución total*, (Goffmann, 1972) el sujeto pierde su identidad dentro de ella y pasa a ser sólo un número y lo inserta dentro de la llamada *subcultura carcelaria* (Irwin, 1970, 64 ss.; Wolfgang y Ferracuti, 1970, 153 ss.).

De ahí la crisis actual de la pena privativa de libertad y la tendencia a buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del Estado moderno, en especial para las penas cortas privativas de libertad que aparecen como las más nocivas para el desarrollo personal y la dignidad del sujeto. Por eso el postulado resocializador y reeducador del art. 25.2 CE debe entenderse en la dirección de búsqueda de alternativas a la prisión, ya que una resocialización mediante la cárcel es una contradicción de principios, pues *no se puede educar para la libertad, precisamente privando de libertad*. También, como se ha destacado, la resocialización de por sí resulta cuestionable, ya que no se puede determinar a qué tipo de sociedad, ni tampoco hasta que punto puede intervenir el Estado en la conciencia del sujeto, ni cuáles son los valores cuestionados, cuáles los de reemplazo y por qué (Córdoba, 1977, 65 ss.; Muñoz Conde, 1980, 61 ss.).

Estas críticas han traído un amplio movimiento que van desde alternativas a la cárcel, pasando por alternativas a la pena hasta la

postura más radical de abolición del derecho penal. El Código español recoge la suspensión de la ejecución y la sustitución de la pena privativa de libertad bajo ciertos y determinados respectos que veremos a continuación.

22.3. *La suspensión de la ejecución*

Es una de las formas más antiguas conocidas para evitar el cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración. En el derecho comparado se reconocen dos sistemas, el de la *probation*, propio del derecho anglosajón y el belga-francés o *sursis*. En el primer sistema se somete a observación al sujeto y al cumplimiento de ciertas tareas. En el segundo basta con el transcurso de un determinado plazo.

Se encuentra regulada en el CP en los arts. 80-87 y consiste fundamentalmente en que *se deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad durante un plazo de dos a cinco años, pasado el cual, sin que el sujeto haya delinquido nuevamente y cumplidas las reglas de conducta que pudiera haber fijado el juez o tribunal en el caso de pena de prisión, éste acordará la remisión de la pena y la cancelación de los antecedentes penales*. Como puede apreciarse, el modelo CP español es mixto, pues combina el plazo, condición necesaria para la remisión de cualquier pena privativa de libertad, con el cumplimiento de las obligaciones o deberes que se pudieran haber fijado de entre los señalados en el art. 83 CP. Hay que destacar que estas obligaciones y estos deberes suplementarios sólo pueden imponerse en caso de que la pena privativa de libertad sea de prisión.

La concesión de este beneficio está sujeta a la discrecionalidad judicial. Señala el art. 80.1 CP que «los Jueces o Tribunales *podrán* dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto». El concepto de *peligrosidad criminal* que ha de servir de base a la motivación no puede tener el mismo contenido que le dieron las corrientes positivistas de la segunda mitad del siglo XIX en el sentido de peligrosidad social, pues da fundamento a una maniqueísta clasificación de las personas entre peligrosos y no peligrosos socialmente, entre «buenos» y «malos» en definitiva. Una discriminación de esta naturaleza es incompatible con el principio de igualdad reconocido constitucionalmente en el art. 14 CP. De ahí que el concepto de «peligrosidad criminal», para que sea constitucional, tiene que ser

entendido desde la posición de un hombre concreto que le requiere al Estado que se la ofrece, una cooperación concreta para resolver sus conflictos sociales en el futuro. La peligrosidad criminal así entendida implica el reconocimiento por parte del Estado de personas que requieren de su cooperación en el sentido de lo expresado en el art. 9.2 CE, esto es, de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». En este sentido, en consecuencia, es en el que hay que entender las condiciones especiales adicionales que de conformidad con el art. 83 CP puede imponer el juez o tribunal sentenciador, en el caso de suspensión de una pena de prisión.

La discrecionalidad judicial tiene también oportunidad de manifestarse en la determinación del tiempo de suspensión que puede ser de dos a cinco años en el caso de penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves, según lo señalado en los arts. 80.1 y 80.2 CP. Extraordinariamente, según el art. 87 CP pueden suspenderse penas de hasta tres años de privación de libertad por un período de tres a cinco años, tratándose de personas que tengan dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos). Transcurrido ese período y cumplidas las condiciones, se ha de acordar la remisión de la pena. Los criterios en que debe basarse la decisión están señalados en la ley. Son las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena. Como puede apreciarse, dado el carácter genérico de la indicación legal, entran a jugar todos los principios que informan el injusto, el sujeto responsable y la determinación de la pena.

En todo caso, el plazo de suspensión siempre debe concederse con audiencia de las partes. Se trata de que la suspensión no sea más gravosa para el condenado que el cumplimiento de la pena.

A continuación se examinarán los siguientes aspectos de la suspensión de la ejecución: penas que pueden suspenderse; requisitos de la suspensión; condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión; la revocación de la suspensión y la infracción de las condiciones y los efectos de la suspensión de la ejecución de la pena.

22.3.1. Penas que pueden suspenderse

La regla general está establecida en el art. 80 1.2.º y 3.º CP, que señala que se podrán dejar en suspenso la ejecución de *las penas privativas de libertad inferiores a dos años*. Conforme a esta disposi-

ción, en principio este beneficio alcanza tanto a la pena de prisión como al arresto de fin de semana y a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que son definidas como penas privativas de libertad en el art. 37 CP, que sean inferiores a dos años.

La primera excepción está en el párrafo 4.º del art. 80 CP, que establece que «los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo».

Sin embargo, pudiera parecer discutible que se pudiera suspender la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa (Manzanares, 1996, 1535). Entendemos que la finalidad político-criminal de la suspensión de evitar las penas cortas privativas de libertad, consecuencia que se deriva del principio de necesidad de la pena, debe prevalecer sobre otras consideraciones.

Un sector de la doctrina acepta con límites la posibilidad de la suspensión. Argumenta que parece absurdo que no pueda suspenderse la pena de multa y sí, en cambio, la que la sustituye y que dicha sustitución no tiene otro fundamento que el principio de asegurar que no quede sin pena una infracción penal. El principio a que se alude, el de que no quede sin pena una infracción penal, es el de la versión hegeliana de la teoría retributiva de la pena, según vimos en la lección 5, y que por su carácter absoluto no parece compatible con los fundamentos de un Estado social y democrático de derecho. Según esta misma opinión doctrinal aparte de este argumento de principio, hay otros de carácter lógico sistemático. Así se señala que cuando el legislador en el respectivo precepto de la parte especial ha establecido la pena de multa como alternativa de una pena privativa de libertad y que si el juez o tribunal se han decidido por su imposición, estaría implícito un juicio de improcedencia de la suspensión sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago. Esta misma improcedencia, pero esta vez establecida por la ley, estaría implícita en los casos en que la multa se acumula a una pena privativa de libertad. De este modo, de acuerdo con esta opinión, sólo procedería la suspensión en los casos en que la multa sea *pena originaria única* con la que esté penado el delito (Gracia, Boldova y Alastuey, 1996, 248-249). A nuestro entender, estos argumentos lógico sistemáticos tienen un carácter meramente formal, pues contradicen los principios de necesidad de la pena y de indemnidad de la persona que están en la base del planteamiento político-criminal que sirve de apoyo a la exclusión del sistema penal de penas cortas privativas de libertad.

Una segunda excepción al límite de dos años de pena está establecida en el art. 87.1 CP. En este artículo se contempla la suspensión de la ejecución de penas hasta tres años de penas privativas de

libertad impuestas a personas «que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señalada en el art. 20. 2 CP» (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos).

Como de acuerdo con el art. 97 del antiguo Código penal, la suspensión se reducía expresamente a la pena privativa de libertad y se señalaba expresamente que no era extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figuraban como accesorias, y el actual no contiene un precepto semejante, cabe deducir que la suspensión alcanza también a las penas accesorias. No alcanza naturalmente a la responsabilidad civil, aspecto que deja muy claro el art. 80.3 CP.

22.3.2. Requisitos de la suspensión

La concesión de la suspensión es facultativa para el Juez. Su concesión o denegación ha de hacerse por resolución motivada «atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto» que ha de ser entendida en los términos señalados anteriormente y que constatada puede significar un deber de asistencia al condenado para la superación de sus conflictos futuros. Los requisitos para la concesión de la suspensión de la ejecución son:

1) *Que haya sentencia firme*, de acuerdo con lo señalado en el art. 82 CP.

2) *Que el condenado haya delinquido por primera vez*, de acuerdo con el art. 81.1 CP. A este efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP. Tampoco se tomarán en cuenta las condenas por falta, toda vez que el tenor literal del texto habla de «delinquir». Excepcionalmente se admite de conformidad con el art. 87.1 CP la suspensión de la ejecución respecto de los que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del art. 20 CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos).

3) *Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia no sea superior a los dos años de privación de libertad*, según lo establece el art. 81.2 CP. No obstante, este requisito admite la excepción establecida en el art. 87.1 CP respecto de penas de hasta tres años de privación de libertad para las personas dependientes de las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP.

4) *Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el juez o tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al ministerio fiscal, declare la imposibilidad total de que el condenado haga frente a las mismas, de acuerdo con el 81.3 CP.*

5) *Audiencia del ofendido o a quien le represente en el caso de delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, de acuerdo con el art. 86 CP.*

22.3.3. Requisitos de la suspensión extraordinaria de la pena privativa de libertad

El CP admite dos supuestos de suspensión extraordinaria de la suspensión. El primero es el señalado en el art. 80.4 CP, según el cual «los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo».

El segundo se contempla en el art. 87 CP para los supuestos en que el condenado hubiese cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos). En todo caso deben darse las siguientes circunstancias:

1) *Certificado suficiente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. En este último caso, según lo establece el art. 87.3 CP, la suspensión de la ejecución queda condicionada a que el condenado no abandone el tratamiento hasta su finalización.*

Como señala el art. 87.4 CP, «los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización».

2) *Que no se trate de reos habituales, es decir, de conformidad con el art. 94 CP, que no hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.*

En estos casos de suspensión extraordinaria, si el condenado es reincidente, el juez o tribunal debe valorar, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor (art. 87.3 CP). En cuanto al período de suspensión el mínimo se aumenta de dos a tres años, permaneciendo el máximo de cinco años igual (art. 87.3 CP).

22.3.4. Condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión

Según lo establecido en el art. 83 CP la suspensión de la ejecución está condicionada a que el reo no delinca en el período de suspensión. El juez o tribunal, *si lo estima necesario*, para el solo caso de la suspensión de la pena de prisión, podrá imponer al condenado el cumplimiento de obligaciones o deberes que le fije entre las siguientes:

- 1) prohibición de acudir a determinados lugares;
- 2) prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida;
- 3) comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal o lugar o servicio de la Administración que éstos señalen para informar de sus actividades y justificarlas;
- 4) participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares;
- 5) cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Como señala el art. 83.2 CP, «los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conductas impuestas».

22.3.5. La revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad y la infracción de las condiciones

Estos supuestos se encuentran regulados en el art. 84 CP. En el párrafo 1.º se regula el incumplimiento de la condición de no delinquir durante el período de suspensión. Si ello ocurriera se señala que el juez o tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

Si el incumplimiento afectara a alguno de los deberes impuestos de conformidad con el art. 83 CP para el caso de la suspensión de la pena de prisión, el párrafo 2.º del art. 84 CP establece que el juez o tribunal facultativamente podrá, previa audiencia de las partes:

- a) sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta;
- b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años;
- c) revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

Si llegara a revocarse la suspensión de la ejecución, bien sea por incumplimiento de la condición de no delinquir o por incumplimiento reiterado de los deberes impuestos conforme al art. 84.2 CP, deberá ordenarse la ejecución de la pena y su inscripción en el Registro central de penados y rebeldes.

22.3.6. Efectos de la suspensión de la ejecución de la pena

Concedida la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, de acuerdo con el art. 82 CP, la pena suspendida se inscribirá en una sección especial separada del Registro central de penados y rebeldes, a la que sólo tendrán acceso los jueces o tribunales.

El art. 85.2 CP señala que una vez transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas en su caso las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción en la aludida sección especial del Registro central de penados y rebeldes. La ley dispone expresamente que este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

22.4. *La sustitución de la pena privativa de libertad*

En los arts. 88 y 89 CP se regula la sustitución de la pena privativa de libertad. En este ámbito hay que distinguir: la sustitución de la pena de prisión inferior a un año, la sustitución excepcional de la pena de prisión inferior a dos años, la sustitución de la pena de arresto de fin de semana y la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a un extranjero.

22.4.1. La sustitución de la pena de prisión inferior a un año

De conformidad con el art. 88 CP, es facultativo para el juez disponer la sustitución de la pena de prisión inferior a un año por arresto de fin de semana o multa, aun cuando la ley no tenga prevista estas penas para el delito de que se trate.

El CP no fija los límites entre la suspensión de la pena y la sustitución de la pena. De esta manera, al ser en términos generales los requisitos coincidentes, el juez o tribunal podrá optar entre uno u otro beneficio. La exigencia de auto motivado para la concesión de uno u otro beneficio implica considerar los principios que informan el rechazo de las penas cortas privativas de libertad, en especial el de necesidad de la pena. La especial referencia que se hace a la finalidad preventiva y de reinserción de la pena, otorga en la sustitución un mayor peso al principio *humanidad*. En ese sentido está el requisito de la obligatoria audiencia previa de las partes.

Los requisitos son los siguientes:

1) Audiencia de las partes. En tanto que la sustitución de la prisión está establecida en beneficio del condenado, se habrá de decidir en cada caso particular la pena que resulte menos gravosa. De ahí que la ley prevea que se escuche al afectado.

2) El momento procesal. El art. 88 CP establece que se puede establecer la sustitución en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, pero en todo caso antes de la ejecución de la sentencia.

3) Motivación. La motivación, según señala el citado art. 88 CP, ha de concretarse en criterios referidos a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado. Se trata, en general, de criterios que guardan relación con principios informadores del injusto, como el principio de protección del bien jurídico y del sujeto responsable, como los principios de la dignidad y de la autonomía ética de la persona que condicionan la pena a su exigibilidad, así como de la necesidad de la pena. En relación con este último principio está la referencia a la víctima y a los esfuerzos del condenado por reparar el daño causado.

4) Que no se trate de reos habituales, es decir, de conformidad con el art. 94 CP, que no se trate de reos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

5) Determinación cualitativa y cuantitativa de la pena sustitutoria. De acuerdo con lo señalado en el citado art. 88 CP, la pena de

prisión puede ser sustituida por pena de arresto de fin de semana o por cuotas de multa, a razón de cada semana de prisión por dos arrestos de fin de semana y cada día de prisión por dos cuotas de multa.

6) Imposición facultativa de la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 CP. La imposición de estos gravámenes adicionales ha de hacerse motivadamente con observancia de los principios generales informadores de la teoría penal, especialmente los de necesidad y humanidad de las penas.

7) Que la pena a ser sustituida no sea una pena sustitutiva de otra, según el art. 88.4 CP.

22.4.2. La sustitución excepcional de la pena de prisión inferior a dos años

Concurriendo los requisitos anteriores y en los mismos términos anteriores, excepcionalmente podrán los jueces o tribunales, según señala el inciso 2.º del art. 88.1 CP, sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años cuando se infiera de las circunstancias del hecho y del culpable, que el cumplimiento de esta pena frustraría los fines de prevención y reinserción social.

Como puede apreciarse, a efectos de fundamentación, el CP da pautas que guardan relación con el injusto, el sujeto responsable y la determinación de la pena, especialmente el principio de humanidad de la pena.

22.4.3. La sustitución de la pena de arresto de fin de semana

Según establece el art. 88.3 CP, la pena de arresto de fin de semana puede ser sustituida, previa conformidad del reo, por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

22.4.4. La sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a un extranjero no residente legalmente en España

Está regulada en el art. 89 CP. Hay que distinguir dos supuestos en los cuales hay que oír previamente al condenado. El primero es el de la pena privativa de libertad inferior a seis años que se sustituye por la expulsión del territorio español. El segundo es propia-

mente un beneficio penitenciario. Está previsto para las penas superiores a seis años, siempre que haya cumplido tres cuartas partes de la condena y podrá ser acordada por el juez o tribunal a instancia del ministerio fiscal. En ambos casos hay que oír previamente al penado.

La expulsión del territorio nacional no está contemplada entre las penas, sino entre las medidas de seguridad en el art. 96.3.5.º CP. Implica que el afectado no puede regresar a territorio español en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de la expulsión, plazo que se fijará atendiendo a la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que hayan sido sustituidas.

Como puede apreciarse, el CP contempla para el extranjero no residente un régimen especial claramente discriminatorio, pues al contrario de lo que sucede con los otros supuestos de sustitución, no se consideran las circunstancias personales del condenado ni tampoco las del hecho. Por ello cabe considerar una posible inconstitucionalidad de estos preceptos, ya que los extranjeros también tienen reconocido el derecho a la igualdad de acuerdo con el art. 13 CE.

22.4.5. El quebrantamiento o incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva

Hay que distinguir entre el quebrantamiento de la pena sustitutiva de una pena de prisión o de arresto de fin de semana y el quebrantamiento de la medida de expulsión acordada para un extranjero no residente legalmente.

De acuerdo con el art. 88.3 CP, en caso de quebrantamiento, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando, si el incumplimiento ha sido parcial, la parte de tiempo que haya cumplido. En este caso se ha de aplicar la regla de conversión establecida en el art. 88.1-2 CP.

El art. 89.2 CP señala que si el extranjero regresare antes del término fijado en la sentencia, cumplirá las penas que le hayan sido impuestas, sin que se establezca ningún tipo de compensación por el tiempo que ha estado sin regresar al territorio nacional. Por su parte, el art. 89.3 CP señala que el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición de regreso al territorio nacional y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

Bibliografía

- Asúa Batarrita, A. (1989): «Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal»: *Cuadernos de Política Criminal*, 39, pp. 605 ss.
- Barreiro González, G. (1996): «Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba»: *La Ley*, 3, pp. 1324-1325.
- Bergalli, R. (1976): *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «Pena privativa de libertad y política criminal: Los establecimientos de máxima seguridad», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona.
- Córdoba Roda, J. (1977): *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona.
- García Arán, M., Hormazábal Malarée, H. y Sola Dueñas, A. de (1986): *Alternativas a la prisión*, PPU, Barcelona.
- Gimbernat Ordeig, E. (1980): «El sistema de penas en el futuro Código Penal», en *La Reforma del Derecho Penal*, pp. 181 ss.
- Goffman, E. (1972): *Internados, ensayo sobre la situación de los enfermos mentales*, Buenos Aires.
- Gómez Colomer, J. L. (1996): «El sistema de penas y su repercusión procesal»: *La Ley*, 2, pp. 1340-1351.
- González Casso, J. (1996): «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad»: *La Ley*, 4.
- Higuera Guimerá, L. F. (1982): *El arresto de fin de semana*, Madrid.
- Irwin, J. (1970): «Thieves, convicts and the inmate culture», en *The sociology of subculture*, University of California.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1996): «La pena de multa»: *La Ley*, 2, pp. 1535-1541.
- Maqueda Abreu, M. L. (1985): *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, Madrid.
- Melossi D. y Pavarini M. (1978): *Carcere e Fabbrica*, Il Mulino, Bolonia.
- Muñoz Conde, F. (1980): «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *La Reforma del Derecho Penal*.
- Rosal Blasco, B. del (1984): «El aplazamiento del fallo. Una valoración sobre diez años»: *Cuadernos de Política Criminal*, 23, pp. 253 ss.
- Ruiz Vadillo, E. (1996): «Algunas breves consideraciones sobre la redención de penas por el trabajo y el nuevo Código Penal»: *La Ley*, 3, pp. 1436-1437.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984): *Pena y Estructura Social* [trad. de García Méndez], Temis, Bogotá.
- Sánchez García, M. I. (1996): «El sistema de penas»: *La Ley*, 2, pp. 1499-1516.
- Tesón Martín, F. (1997): «La pena de arresto de fin de semana en el nuevo Código Penal»: *Actualidad Penal*, 11.
- Wolfgang, M. E. y Ferracuti, F. (1970): «Subculture of violence and integrated conceptualisations», en *The sociology of subculture*, University of California.

LAS CLASES DE PENAS: LA PENA PECUNIARIA,
LAS PENAS RESTRINGIDAS DE LIBERTAD
Y LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

23.1. *La pena pecuniaria*

23.1.1. Planteamiento general

En el nuevo Código penal sólo se contempla como pena pecuniaria la multa en circunstancias que en el anterior se contemplaba además dentro de esta categoría la caución, que ha desaparecido y el comiso que ha pasado a ser una consecuencia accesoria del delito, según el art. 127 CP.

La multa es la pena pecuniaria clásica y fundamental. Por su divisibilidad y compatibilidad con la libertad, constituye la pena básica para sustituir la pena privativa de libertad sobre todo con el sistema de días-multa instituido en el Código que por lo menos atenua los efectos discriminatorios de la multa tradicional (Landrove, 1996, 90-91; Mapelli y Terradillos, 1996, 162).

23.1.2. El sistema de días-multa

El CP sigue, como regla general, el sistema de días-multa consistente en fijar unas cuotas diarias, semanales o mensuales que el penado deberá satisfacer y que se calcula sobre la base de los ingresos del condenado. El art. 50.1 CP señala, en efecto, que «la pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa».

De acuerdo con el art. 50.3 CP la extensión mínima será de cinco días y la máxima de dos años. Este límite máximo puede ser sobrepasado cuando, de conformidad con el art. 88 CP, la multa se

aplique en sustitución de otra pena, lo que puede llevar a montos considerables.

En cuanto a su cuantía, según el art. 50.4 CP, la mínima será de doscientas pesetas diarias y la máxima de cincuenta mil. Con ello resulta que la pena de multa no puede bajar de mil pesetas (tiempo mínimo de cinco días multiplicado por doscientas) ni superar los tres millones seiscientos mil pesetas (setecientos veinte días multiplicado por cincuenta mil). Debe recordarse que el art. 50.4 CP fija los meses en treinta días y los años en trescientos sesenta.

El importe de las cuotas lo ha de fijar el juez o tribunal teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales, según el art. 50.5 CP. En todo caso, el juez o tribunal puede excepcionalmente reducir el importe de las cuotas si el penado empeorare de fortuna, de acuerdo con el art. 51 CP.

El tiempo y forma de pago de las cuotas, señala el art. 50.6 CP, se ha de determinar en la sentencia, sin dar ninguna indicación.

23.1.3. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago

La responsabilidad personal subsidiaria por impago, de acuerdo con el art. 35 CP, tiene la naturaleza de una pena privativa de libertad. El art. 53.1 CP establece la equivalencia de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas. De ello resulta que la privación de libertad no puede superar el plazo de un año. En todo caso, el art. 53.3 CP establece un límite en el sentido de que no puede imponerse responsabilidad subsidiaria a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años.

Esta pena privativa de libertad puede cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana o contando con la conformidad del penado, mediante trabajos en beneficio de la comunidad, según lo establecido en el art. 53.1 CP. La conversión del arresto sustitutorio en trabajos en beneficio de la comunidad la resuelve el propio Código señalando que «cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo».

En cambio, para la conversión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago en arrestos de fin de semana, el Código da dos equivalencias diferentes. La primera es la del art. 37 CP, según la cual el arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad, y la segunda la del art. 88 CP, según la cual una semana de prisión equivale a dos arrestos de fines de semana. Como se ha

señalado, aun cuando la primera regla tiene una proyección de regla general, la segunda en tanto que regula un supuesto de sustitución de penas, por tanto similar al del art. 53 CP, sería la aplicable. A mayor abundamiento, es más favorable al condenado (Mapelli y Terradillos, 1996, 171).

En el art. 53.4 CP se confirma el principio según el cual el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación del pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna.

23.1.4. La pena de multa proporcional

Junto al sistema de días-multa, el Código contempla excepcionalmente en algunos supuestos la pena de multa proporcional. Se trata, en general, de delitos de gran significación económica. Así, por ejemplo, para los delitos de uso de información bursátil del art. 285 CP, receptación del art. 301 CP, contra la salud pública en los arts. 368 y 371 CP, violación de secretos del art. 418 CP, cohecho de los arts. 419 y 421 CP o tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP, se contempla un sistema de multa calculable conforme a los parámetros que en cada caso se señalan y que suelen ser el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, según lo señalado en el art. 52.1 CP.

De acuerdo con lo establecido en el art. 52.2 CP en estos casos, «los jueces y tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable».

En cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, según el art. 53.2 CP, los jueces y tribunales la establecerán según su prudente arbitrio y no podrá exceder en ningún caso de un año de duración. Esta pena puede ser sustituida mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

23.2. *Las penas restrictivas de libertad*

Históricamente esta clase de penas ha sido objeto de numerosas críticas por su utilización para los delincuentes políticos. Se contemplaban entre ellas la pena de destierro, de extrañamiento y de confinamiento. En el CP vigente estas penas históricas han desaparecido, pero sin embargo, bajo el epígrafe genérico de «penas privativas de derechos» (arts. 39 y ss.) se encuentra «la privación del derecho a

residir en determinados lugares o acudir a ellos» (art. 48 CP), que sin duda tiene similitudes con el destierro. No obstante, hay que señalar que su imposición, como dice el propio art. 48 CP, está en consideración a la víctima o su familia. Tiene una duración de seis meses a cinco años, de acuerdo con el art. 40 CP.

23.3. *Las penas privativas y restrictivas de derechos*

Las *penas privativas de derechos* son: la inhabilitación absoluta con una duración de seis a veinte años (arts. 40 y 41 CP), la inhabilitación especial para empleo o cargo público con una duración de seis meses a veinte años (arts. 40 y 42 CP), la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho con una duración de seis meses a veinte años (arts. 40 y 45 CP), la inhabilitación especial para los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela o acogimiento también con duración de seis meses a veinte años (arts. 40 y 46 CP), la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores con una duración de tres meses a diez años (arts. 40 y 47 CP), la privación del derecho a tenencia y porte de armas con la misma duración (arts. 40 y 47 CP), los trabajos en beneficio de la comunidad de un día a un año (arts. 40 y 49 CP).

Las *penas restrictivas de derechos* son: la pena de suspensión de empleo o cargo público con una duración de seis meses a seis años (arts. 40 y 43 CP) y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo con una duración de seis meses a veinte años (arts. 40 y 44 CP).

Los trabajos en beneficio de la comunidad, regulados en el art. 49 CP, constituyen una alternativa a la pena de privación de libertad. Aparece como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa en el art. 53 CP y como pena sustitutoria en el art. 88 CP. Esta pena presenta las siguientes condiciones: *a)* consentimiento del penado; *b)* cooperación no retribuida en trabajos en beneficio de la comunidad facilitados por la Administración; *c)* duración diaria no superior a ocho horas.

Bibliografía

- Beristain Ipiña, A. (1966): «La inhabilitación penal, ayer, hoy y mañana»: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 249 ss.
 Beristain Ipiña, A. (1976): «La multa en el derecho penal español»: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 325 ss.

- Boix Reig, J. (1977): «Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria»: *Cuadernos de Política Criminal*, 3, pp. 29 ss.
- Gómez Colomer, J. L. (1996): «El sistema de penas y su repercusión procesal»: *La Ley*, 2, pp. 1340-1351.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1996): «La pena de multa»: *La Ley*, 2, pp. 1535-1541.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1980): «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español»: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*.
- Roldán Barbero, H. (1983): *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Akal, Madrid.
- Sánchez García, M. I. (1996): «El sistema de penas»: *La Ley*, 2, pp. 1499-1516.

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

24.1. *Planteamiento general*

En la determinación de la pena se trata de decidir el *quantum* de la pena a aplicar por la realización del hecho. En este proceso de concreción se pueden reconocer tres fases. La de la *determinación legal*, la de la *determinación judicial* y la de la *determinación administrativa* de la pena.

La fase de la determinación legal de la pena es competencia del legislador. La ley señala en abstracto la clase de pena y el marco de pena. También especifica las circunstancias atenuantes, agravantes, grado de desarrollo del delito, participación que concretan dicho marco genérico.

La fase de determinación judicial es competencia del juez o tribunal. Este órgano del Estado con conocimiento y conjugación de todos los elementos decide, individualizándola para el caso concreto, la pena a aplicar tanto en calidad como en cantidad.

La fase de individualización administrativa se realiza en el momento de la ejecución de la pena privativa de libertad. El sistema progresivo o individualizado otorga a las autoridades administrativas, específicamente las penitenciarias, un amplio ámbito de determinación de la ejecución de la pena y, por tanto, de la pena que en concreto se ha de imponer al condenado. La Ley Orgánica General Penitenciaria ha instituido en España el juez de vigilancia penitenciaria con objetivos garantistas de impedir en esta fase abusos y arbitrariedades.

Como puede apreciarse, las diferentes fases de determinación de la pena significan una progresión en el proceso de individualiza-

ción. La determinación legal es abstracta y genérica y se hace sobre la base de criterios político criminales que están tanto en la base de la teoría del injusto como de la teoría del sujeto responsable. La determinación judicial ya no es abstracta. La hace el juez o tribunal sobre la base del injusto concreto realizado y del sujeto concreto responsable. Con la determinación en la fase penitenciaria, culmina ya en la ejecución penal la individualización en la persona concreta dentro del establecimiento penitenciario.

Ahora bien, la decisión sobre el *quantum* de la pena, en general, está condicionada por la función que se cree que ésta debe perseguir. Para tal decisión resultan básicos las diferentes posturas sobre el sentido y fin de la pena, pues ellas se manifiestan en los diferentes momentos o fases de su determinación. De todas estas fases, sin duda, la principal es la judicial. En ese momento se resume el porqué y el para qué de la pena. En nuestro sistema de determinación de la pena hay poco margen para la discrecionalidad y, por lo mismo, también menos ámbito para la arbitrariedad. Pero de nada serviría establecer garantías en relación a ese momento si los estadios anteriores y posteriores no estuvieren suficientemente garantizados. Luego, el problema de determinación de la pena surge con la pena misma y termina con su extinción y, generalmente, más allá aun, pues se trata también de precisar los efectos posteriores de ella sobre el sujeto.

Como se señalaba en el texto, la individualización judicial en el sistema del derecho penal español deja poco margen a la discrecionalidad judicial y se afirmaba que, por lo mismo, a la arbitrariedad. Ahora bien, es preciso aclarar que no necesariamente el arbitrio judicial tiene que traducirse en *arbitrariedad*. A veces son deseables en los casos concretos mayores ámbitos de discrecionalidad que impedirían que ante penas notablemente excesivas los jueces se vieran obligados a solicitar la concesión de un indulto en uso de la facultad que le confiere el art. 4.3 CP. La arbitrariedad también puede tener sede en la determinación legal.

24.2. *Los criterios de determinación de la pena*

Este problema de garantías está íntimamente vinculado a los criterios que históricamente han informado y vienen informando el problema de la determinación de la pena. Examinaremos los diferentes criterios: el criterio de culpabilidad, el criterio preventivo general, el criterio preventivo especial y el criterio político criminal sobre necesidad de la pena.

24.2.1. El criterio de culpabilidad

La culpabilidad por el hecho como criterio en la determinación de la pena continúa siendo básico, sobre todo como límite de ella. Se formula como principio de culpabilidad por el hecho y que significa que a efectos de la responsabilidad penal sólo se pueden considerar los hechos referidos a la acción culpable y no otros elementos referidos a la personalidad del autor como una manera de ser o comportarse socialmente. Por tanto, se está haciendo referencia a un comportamiento típico que será fundamento de la responsabilidad penal (Córdoba, 1977, 18 ss.). Será este hecho típico y antijurídico el que determinará la pena.

24.2.2. El criterio preventivo general

Sin perjuicio de rechazar la prevención general, es decir la utilidad de la pena, como explicación de la facultad de castigar del Estado, no hay duda de que desde el punto de vista del Estado el efecto lógico perseguido es el de la eficacia de la pena. En ese sentido, la definición del delito y la pena lleva una nota preventivo general que surge como *efecto* y es consubstancial a la sanción misma. Pero se ha de dejar claro que sólo es un efecto característico de la pena, pero no guarda relación con su esencia o finalidad de la sanción, pues sería incompatible con un Estado social y democrático de derecho. Como oportunamente se explicó, con la pena el Estado se autoconstata y su finalidad al imponerse debe ser la búsqueda de alternativas de dignificación del sujeto, de aumentar su capacidad de libertad, de ser actor social. Luego, el efecto preventivo general que eventualmente pudiera producir la pena, tiene que quedar siempre subordinado a lo que debe ser la pena en un Estado social y democrático de derecho y a lo que éste debe perseguir.

En todo caso, no se puede dejar de lado un aspecto básico de carácter político criminal regulador de la facultad de sancionar del Estado: el de *la necesidad de la pena*. Si el Estado debe estar al servicio del hombre, para su felicidad, no tiene sentido imponer una pena innecesaria. Para la precisión de lo que no es necesario, puede servir el criterio de prevención general como eventual efecto de la sanción. Esto significa que si el hecho o la actitud del sujeto no ha tenido un efecto socialmente contraproducente o todo lo contrario, la pena será innecesaria ya que no tiene sentido un efecto preventivo general.

24.2.3. El criterio preventivo especial

Prevención especial y conceptos afines como tratamiento, reeducación, reinserción o resocialización son criticables desde la perspectiva de los fines de un Estado social y democrático de derecho. Ahora, si como se ha explicado, la pena en el nivel de su imposición ha de perseguir aumentar la capacidad de libertad del sujeto, se da alguna relación con el contenido tradicional de la prevención especial. Si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares del cada sujeto. Desde esa perspectiva es rescatable un efecto preventivo especial en un Estado social y democrático de derecho.

24.2.4. El criterio político-criminal sobre necesidad de la pena

La necesidad de pena es un criterio político criminal consubstancial y un límite básico a la facultad de sancionar del Estado. Está presente en toda la teoría penal. En consecuencia está tanto en la determinación del injusto (= delito), como en el momento de la exigibilidad de responsabilidad del sujeto que ha realizado ese injusto. Por eso, en el momento de la determinación de la pena, injusto y sujeto responsable, en la medida que han estado informados por el principio de necesidad de la pena, tienen que entrar en consideración.

Hay que considerar en primer lugar el injusto realizado. Ello implica tomar en cuenta todos los aspectos del ámbito típico, así como las diferentes valoraciones de la antijuridicidad. Es decir, la posición del sujeto activo en su contexto social e igualmente respecto del sujeto pasivo y la víctima, así como las recíprocas interacciones.

Lo mismo cabe decir respecto a las consideraciones sobre el sujeto responsable. Resulta indispensable, desde su calidad de actor social tomar en cuenta todos los procesos que rodean al sujeto en el momento de la realización del comportamiento injusto.

Cuando, en la primera regla del art. 66 CP se señala que el juez o tribunal deberá individualizar la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a *las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*, razonándolo en la sentencia, está dando al juez o tribunal las pautas que está obligado a considerar en el proceso de fundamentación de la sentencia. Cuando el precepto hace referencia a «la mayor o menor gravedad del hecho» está remitiendo al injusto. Cuando hace refe-

rencia a «circunstancias personales del delincuente», lo hace al sujeto responsable.

Esta referencia a «las circunstancias del hecho» y a «las circunstancias del autor», que son, como hemos explicado, referencias al injusto y al sujeto responsable, se reiteran en el CP. Así, por ejemplo, en los arts. 68, 80, 88 CP.

La necesidad de la pena como tal ha de concurrir como criterio correctivo último. Ahí entran a jugar los criterios preventivos, generales y especiales, para dar una fundamento correcto en el caso preciso en que la pena no aparece como necesaria.

24.3. *La determinación de la pena*

Los criterios generales para la determinación de la pena vienen dados por la teoría del delito y del sujeto responsable, específicamente el nivel de desarrollo del delito, la participación en el delito y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Determinan también la pena las reglas especiales referentes a aquellos supuestos de pluralidad de delitos.

Por eso, en la concreción de la pena a aplicar en el caso particular hay diferentes momentos. El primero se refiere a la determinación del marco general de pena según su grado; el segundo, a la concreción de la pena dentro de ese grado y, por último, a la determinación de la pena en caso de pluralidad de delitos.

24.3.1. *La determinación del marco general de pena según su grado*

La regla general y básica para la determinación de la pena viene expresada en el art. 61 CP que señala que «cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada».

Así, por ejemplo, cuando el art. 138 CP señala que el homicidio se castigará con una pena de prisión de diez a quince años, está diciendo que esa pena es la que se ha de aplicar al autor de un delito consumado.

Éste es el marco general de pena a aplicar, según lo establece el CP, al autor del delito consumado. Pero este marco general puede variar según el grado de desarrollo del delito y la participación y según la eventual concurrencia de circunstancias atenuantes especiales.

24.3.1.1. Grado de desarrollo del delito y participación

Desde la regla general del art. 61 CP se deduce la pena reducida a aplicar según el nivel de desarrollo del delito. A los autores de tentativa de delito, de conformidad con el art. 62 CP, se les impondrá «la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

El grado inferior se determina conforme a la segunda regla contenida en el art. 70.1 CP. Establece este precepto que «la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo».

De esta forma, en el ejemplo propuesto anteriormente, al autor de un delito de homicidio en grado de tentativa se le puede aplicar una pena entre dos años y medio (dos grado menos) y diez años (un grado menos), considerando que la rebaja de un grado reduce la pena a un marco entre cinco y diez años y que la rebaja de dos grados de dos y medio a cinco años.

Establecida la pena a aplicar al autor de conformidad con las reglas expresadas anteriormente, se puede establecer la pena correspondiente al cómplice. La regla aplicable es la del art. 63 CP, que señala que «al cómplice de un delito consumado o intentado se le impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito». En todo caso, como señala el art. 64 CP, «las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la ley».

Suponiendo que al autor de una tentativa de delito de homicidio el tribunal fundadamente le ha rebajado sólo en un grado la pena, considerando que el marco penal en este caso se extendería entre los cinco y los diez años, la pena a aplicar al cómplice de ese homicidio se extendería entre los dos años y medio y los cinco años de prisión.

Por último, es necesario dejar establecido que hay supuestos en que, como en el delito masa, se presentan hipótesis de aplicación de la pena superior en uno o dos grados. La regla para determinar la pena superior en grado se formula en el art. 70.1.1.^a CP, que dice que ésta «se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo».

Cuando con ocasión de aplicar una pena superior en grado se supere el máximo legal, el art. 70.2 CP dispone que se considerará como inmediatamente superior a la de prisión la misma pena con una duración máxima de treinta años. Para la inhabilitación absoluta o especial, la duración máxima se elevará a veinticinco años. La privación del derecho a conducir y a la tenencia o porte de armas, hasta quince. La multa hasta treinta meses y el arresto de fin de semana, hasta treinta y seis fines de semana.

24.3.1.2. Las circunstancias atenuantes especiales

Las circunstancias del delito son elementos accidentales dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica que no constituyen ni son constitutivas del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Su objetivo es darle mayor precisión al injusto y a la responsabilidad del sujeto a efectos de la determinación de la pena.

Se distingue entre circunstancias atenuantes, agravantes y las mixtas. Las circunstancias atenuantes están contenidas en el art. 21 CP y las agravantes en el art. 22 CP. La circunstancia mixta, que puede agravar o atenuar la pena, según el caso, está en el art. 23 CP.

Otra distinción de importancia a efectos de la pena, está en relación con la comunicabilidad de las circunstancias entre los diferentes partícipes. El problema de la comunicabilidad se presenta cuando se trata de resolver si una circunstancia del delito que aparece claramente respecto de uno contamina a los demás partícipes.

Este caso se presentaría, por ejemplo, si en un robo el que entra al banco se tapa el rostro con un pasamontañas y, en consecuencia, se ve afectado por la agravante del art. 22.2.³ CP —«ejecutar el hecho mediante disfraz»— y el otro partícipe que se ha quedado fuera vigilando permanece con el rostro descubierto. ¿Se comunica la agravante al que permaneció con el rostro descubierto?

A este efecto, hay que distinguir entre circunstancias *personales* (art. 65.1 CP) —que son aquellas que sólo agravan o atenúan la responsabilidad de aquellos en quienes concurren y consisten en «la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal»— y las *materiales* (art. 65.2 CP) referidas tanto al hecho como a los medios, y que agravan o atenúan a todos los que las hayan conocido en el momento de la acción o cooperación.

En el ejemplo propuesto la circunstancia de disfraz es material. En consecuencia, afectaría, se comunicaría al que quedó fuera, siempre y cuando el sujeto hubiera sabido que su compañero se iba a tapar el rostro con el pasamontañas.

Ahora bien, en el momento de la determinación de la pena, las circunstancias del delito, sean agravantes o atenuantes, actúan en la concreción de la pena *dentro* del marco general de pena. Ésta constituye la regla general. No obstante, dentro del CP se reconocen ciertas circunstancias atenuantes que tienen la particularidad, a semejanza del grado de desarrollo del delito y de participación en el hecho, de determinar también el marco general de pena. Son las que podríamos denominar las circunstancias atenuantes especiales.

Se trata de la circunstancia atenuante de eximente incompleta prevista en el art. 21.1.^a y la circunstancia atenuante cualificada prevista en el art. 66.4 CP.

Conforme a este último precepto, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada «los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y el número de dichas circunstancias».

La circunstancia atenuante de eximente incompleta, de conformidad con el art. 68 CP, permite imponer, «razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

Sin embargo, en el art. 69 CP se señala que «al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Se trataría de un supuesto especial de eximente incompleta.

24.3.2. La concreción de la pena dentro de ese grado

Estando determinado el marco penal general conforme a las reglas señaladas anteriormente, procede concretar la pena considerando las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que eventualmente pudieran presentarse.

Las reglas están contenidas en el art. 66 CP que por su claridad sólo lo transcribiremos en la parte pertinente: «En la aplicación de

la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1.^a) Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, o cuando concurren unas y otras, los Jueces y Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. 2.^a) Cuando concorra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito. 3.^a) Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley».

Estas reglas se completan con las del art. 67, que señala precisamente que «las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse». No podría ser de otra forma, pues la circunstancia en estos casos es un elemento del tipo y en caso de tomarse en cuenta, se vulneraría el principio *non bis in idem*.

Por último, hay que destacar el hecho de que el CP deja ámbitos de discrecionalidad amplios al juez o tribunal, por ejemplo para determinar si la circunstancia rebaja o no en grado la pena y, en caso de rebajarla, lo hace en uno o dos grados como sucede con las reglas de los arts. 66.4.^a y 68 CP. Esta facultad de arbitrio judicial no supone *arbitrariedad*. Contra ella los propios preceptos señalan que el juez o tribunal debe razonar en la sentencia indicando incluso las pautas de la motivación. No es más que una oportuna reiteración de la obligación de motivar contenida en el art. 120.3 CE.

En lo que respecta a las *faltas*, el art. 638 CP señala que en la aplicación de las penas leves «procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código». Pero, a nuestro entender, aun en estos casos el juez no queda totalmente desvinculado de dichas reglas, pues no está exento de motivar sus decisiones.

24.3.3. La determinación de la pena en caso de pluralidad de delitos

El cumplimiento del principio de necesidad de la pena, en definitiva la búsqueda de criterios para establecer la medida proporcional o adecuada al injusto y a la persona como tal, subyace en las reglas que

regulan la determinación de la pena en el caso de la realización de una pluralidad de delitos. Se trata de establecer una pena que no sea inhumana, pues atentaría contra la dignidad de la persona. En último término, se trata de *determinar qué pena* se ha de aplicar en los casos en que hay varios hechos, todos cometidos por un solo sujeto, respecto de los cuales aún no ha recaído ninguna sentencia condenatoria por ellos. Por eso todos estos problemas no son problemas de la teoría del delito, sino de la determinación de la pena, en que el legislador frente a una pluralidad de delitos trata de determinar cuál es la pena más adecuada políticamente.

Esta finalidad se torna difícil cuando esta pluralidad de delitos tiene como base un solo hecho que está referido a varios tipos legales y cuando todos los hechos típicos se pueden reconducir interpretativamente a un solo delito. El problema previo a resolver, en consecuencia, es cuándo hay un solo hecho y cuándo hay una pluralidad de hechos que pueden constituir un solo delito. Todo lo cual, ciertamente, tendría efectos sobre la pena.

Para establecer cuándo hay unidad de hecho hay que atender a lo que da sentido y significación al hecho, esto es, a la forma de comunicación social que le sirve de base y ésta es la acción (o bien la omisión). Ahora bien, la configuración de la *unidad de acción* sólo se puede configurar desde un punto de vista psicológico-valorativo, esto es, que el simple o complejo proceso de comunicación, implique *un solo momento de resolución ejecutiva del sujeto contra el ordenamiento jurídico*. En tales casos habrá un solo hecho, pues hay una sola acción, sin que entren en consideración las normas infringidas ni los resultados producidos.

Las situaciones que se pueden dar son las siguientes: pluralidad de hechos típicos y pluralidad de delitos; unidad de hecho y pluralidad de delitos; pluralidad de hechos y un solo delito.

24.3.3.1. Pluralidad de hechos típicos y pluralidad de delitos (concurso real)

Es el llamado *concurso real de delitos*. Constituye el caso más simple. Hay varios hechos y cada uno de esos hechos significa una realización delictiva. El problema surge con la pena a aplicar. El Código aplica el sistema llamado de la *acumulación material* o aritmética. Sencillamente se aplican las penas correspondientes a los diferentes delitos. Así lo establece el art. 73 CP.

En efecto, señala el citado art. 73 CP que «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

Si no se pueden cumplir simultáneamente, en razón de su naturaleza, se aplica la regla del art. 75 CP, conforme al cual para su cumplimiento «se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». Esta situación podría ocurrir en el caso de la imposición de varias penas privativas de libertad.

No obstante, la regla anterior tiene el doble límite máximo contemplado en el art. 76 CP conforme al cual «el máximo del tiempo efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años».

Esta regla general de máximo de veinte años admite las siguientes excepciones: a) puede ser elevado a veinticinco años «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años»; y b) puede ser elevado a treinta años «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años».

De conformidad con el art. 76.2 CP estas reglas son de aplicación aun cuando los hechos hayan sido objeto de distintos procesos, si por su conexión podrían haberse enjuiciado en uno solo.

Finalmente apuntar en este tema que la solución es discutible desde el punto de vista de los fines de la pena. Se trata de penas excesivamente altas que contradicen el principio de humanidad de las penas. Debiera irse, en lugar de hacia una acumulación material, a una valoración jurídica de los delitos desde el fin de la pena. Ello llevaría a un sistema de *acumulación jurídica* semejante al que se utiliza en el concurso ideal de delitos, en el que, como veremos en el apartado siguiente, también hay una pluralidad de delitos. En otras palabras, llevaría a una pena única global.

24.3.3.2. Unidad de hecho y pluralidad de delitos (concurso ideal)

Este supuesto en que hay un solo hecho y varios delitos es conocido como *concurso ideal de delitos*. Se distingue entre concurso ideal *homogéneo* y *heterogéneo*. En el homogéneo se trata del mismo de-

lito, por ejemplo, varios homicidios con una sola acción. En heterogéneo de distintos delitos, por ejemplo, lesión e injuria. La discusión ha girado en torno a si hay un solo delito o varios (Bustos, 1962, 88). Lo importante en el injusto, como hemos visto, es la protección de bienes jurídicos. En estos casos, en que hay un comportamiento que cumple con dos tipos legales, infringiendo dos prohibiciones y los resultados son imputables sin que haya causa de justificación, sin duda hay dos delitos. Definitivamente en el concurso ideal hay varios delitos.

A efectos de la pena hay que partir del hecho de que hay autonomía de los bienes jurídicos afectados y también, por lo mismo, de normas infringidas. El art. 77 CP resuelve el problema con la acumulación jurídica, aplicando una pena global o unitaria. En esta línea señala el art. 77.2 CP que «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para el delito más grave, sin que puedan exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». Este cotejo para determinar la gravedad ha de realizarse en concreto, pues podría suceder que la solución más favorable en abstracto, en concreto llegue a ser la más grave.

En el CP español, en su art. 77, se tratan conjuntamente y de la misma manera, el concurso ideal y los delitos en relación de medio a fin. En estos últimos casos hay claramente dos hechos. Su tratamiento conjunto reside en el concepto de necesidad que los une. De ahí que para establecer si dos hechos delictivos están en relación de medio a fin y sean tratados, en consecuencia, con el régimen del concurso ideal, haya que contestar previamente a la pregunta de si la realización del primer delito era *necesaria* para la realización del otro.

Un ejemplo a este respecto podría ser el conocido fraude del número premiado de lotería. El autor previamente falsifica un boleto de la lotería haciendo coincidir su número con el que aparece en un periódico como beneficiado con el premio mayor. Con la exhibición del periódico y del boleto falsificado, vende posteriormente el número a su víctima a un precio inferior al premio.

Si no hay concurso ideal, simplemente estaríamos frente a un concurso real de delitos, o ante un supuesto de absorción de un delito por otro (no se puede matar sin destruir las ropas de otro, art. 8.3.^a CP), o bien, ante un delito compuesto en que la conducta ya estaría dentro del tipo (el robo en casa habitada del art. 241 CP; Rodríguez Mourullo, 1977, 363).

Luego, la pregunta a responder es *si era necesaria* para la comi-

sión del delito la realización de uno previo. Un criterio válido para resolver este problema tiene que partir de la situación concreta en el momento de la realización de los hechos considerando el plan del autor y cómo conforme a ese plan pensaba llevar a cabo su acción delictiva, para en seguida responder *si* en esa situación concreta se podría haber realizado de otra manera el delito. Se trata de combinar criterios abstractos con criterios concretos, *pero partiendo de estos últimos*.

Si Pedro entra en la casa de Juan ilegítimamente para golpear a Pedro, en abstracto se podría decir que no era necesario para ese delito el de violación de domicilio. Pero si resulta que Diego estaba postrado en cama, desde donde en una conferencia de prensa había insultado a Pedro, la entrada en el domicilio de Juan aparece como necesaria. De esta forma, la necesidad aparece tanto en abstracto como en concreto. En concreto, estando Diego enfermo en casa de Juan, conforme al plan de Pedro, era necesaria la violación de domicilio. Pero, también en abstracto, pues cualquier otra persona en su situación no podría haber realizado de otra manera el delito de lesiones.

24.3.3.3. Pluralidad de hechos y un solo delito (delito continuado)

Este supuesto es el que se conoce en doctrina como *delito continuado*. Como en todos los supuestos anteriores el legislador ha tratado de resolver el problema de establecer cuál es la solución más adecuada desde los fines de la pena. Se trata de supuestos en que la realización de una pluralidad de hechos delictivos son reconducidos a un solo delito a efectos de determinación de la pena, en lugar de aplicárseles las reglas del concurso real de delitos. Se encuentra regulado en el art. 74 CP.

En el delito continuado hay que distinguir entre requisitos subjetivos y requisitos objetivos.

a) Requisitos subjetivos

Como requisito subjetivo en el art. 74.1 CP se plantean alternativamente «ejecución de un plan preconcebido» y «aprovechamiento de idéntica ocasión». Con estos requisitos alternativos se están homologando la unidad de voluntad delictiva, que está referida al injusto, con la unidad de motivación, que está referida al sujeto responsable. No es, en consecuencia, un problema de unidad de dolo (lo que constituye una ficción), sino de considerar diferentes hechos según las características típicas legales y las circunstancias de su realización, bajo una sola pena.

De esta forma, queda comprendido dentro del delito continuado tanto el cajero que sin un plan preconcebido saca cada día de la caja cien mil pesetas, como aquel que decide sacar un millón de pesetas, pero de cien mil pesetas cada vez.

b) Requisitos objetivos

— *Pluralidad de acciones u omisiones.* Justamente a partir de este requisito históricamente se planteó la cuestión del delito continuado. A pesar de que hay varias acciones se estimó que había un solo delito que continúa en el tiempo. Conforme a un criterio causalista de que delito es igual a acción, tenía que estimarse coherentemente que cada acción tenía que corresponderse con un delito. Pero, como hemos visto, el problema no es de injusto sino de determinación de la pena y de su necesidad. Se trata de evitar penas excesivas contrarias al principio de humanidad de las penas sancionado en los arts. 15 y 25 CE.

— *La misma o semejante norma violada.* No se trata, en consecuencia, que sea el mismo bien jurídico lesionado. Esto confirma que no se trata de un problema de injusto, sino de determinación de la pena político-criminalmente adecuada. No obstante, el alcance del término «semejante» referido a los preceptos infringidos a que recurre el art. 74.1 CP, hay que precisarlo desde el bien jurídico. Luego, serán normas semejantes, aunque constituyan delitos diferentes, aquellas que están referidas a un mismo bien jurídico. Así, serán semejantes hurto, estafa, apropiación indebida en que el bien jurídico común sea el patrimonio, y también, falsificación de documento privado, mercantil, público donde el bien jurídico protegido sea la fe pública.

— *Unidad o pluralidad del sujeto pasivo.* No es necesario que se trate del mismo sujeto. Lo más importante es, desde el punto de vista objetivo, la unidad de las normas violadas y, consecuentemente con lo dicho anteriormente, de los bienes jurídicos.

— *Bien jurídico no eminentemente personal.* Se trata de una limitación lógica al delito continuado, dada la naturaleza del bien jurídico afectado (Castiñeira, 1977, 75 ss.). El art. 74.3 CP señala que «quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Como puede apreciarse, la regla general de exceptuar de la con-

tinuidad los delitos protectores de bienes jurídicos «eminente personal», tiene una excepción en relación con los delitos contra el honor y la libertad sexual. Respecto de estos delitos queda a la discrecionalidad judicial aplicar o no la continuidad. La resolución deberá fundamentarse, en todo caso, como se señala, en dos requisitos copulativos «naturaleza del hecho» y «naturaleza del precepto infringido». Sin duda son indicaciones bastante vagas.

También es vago el concepto de «eminente personal». No basta que sea personal. Quedarían comprendidos dentro de los «eminente personales» ciertamente la vida independiente, la salud individual, la libertad. En todo caso, respecto del último habría que matizar. No hay duda con respecto a la libertad de determinación y de actuar protegidos en los delitos de amenazas (art. 169 CP), coacciones (art. 172 CP), detención ilegal (art. 163 CP), y tampoco con la intimidad en el delito de allanamiento de morada (art. 202 CP) por ser un presupuesto básico de la libertad. Sin embargo, es dudoso si la libertad referida al mantenimiento de determinados secretos (art. 197 CP) es un bien personalísimo.

El criterio básico para determinar si se está frente a un bien «eminente personal» será *siempre* si hay una afección directa al mantenimiento y desarrollo de la *personalidad* de otro. Si a partir de este criterio se llega a la conclusión de que es un bien personalísimo, no podrá aplicarse la continuidad delictiva, de acuerdo con lo señalado en el art. 74.3 CP.

24.3.3.4. El delito masa

En el art. 74.2 CP se consagra el llamado «delito masa» por la doctrina. Se señala en el citado precepto que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». Su objetivo es resolver ciertos problemas que se podrían producir especialmente en los delitos contra el patrimonio, los llamados «fraudes colectivos» (Castiñeira, 1977, 141).

El ejemplo sería el siguiente: Diego mediante pequeñas estafas, que sólo quedan en faltas, logra reunir diez millones de pesetas obtenidos de ahorros de personas de escasos recursos, que creen haber dado una cuota para una casa de veraneo. Bien sea que se apliquen las reglas del delito continuado o bien las del concurso real, la pena será ínfima. De esta forma sería preferible estafar diez millones de pesetas de esta manera que de una sola vez.

El art. 74.2 CP permite considerar la totalidad de lo defraudado y reconducir la pluralidad de acciones a una sola. Pero justamente

por eso surge un vacío legal, pues sin duda el delito masa puede ser cometido por una sola acción, pues no siempre son necesarias varias acciones para defraudar a un pluralidad de personas. Justamente éste es el aspecto distintivo del delito masa donde hay una pluralidad de personas afectadas que constituyen el sujeto pasivo del delito y la conciencia de ello por parte del autor (Sainz Cantero, 1971, 664; Reol, 1958, 23).

Sin duda, el delito masa no es una subespecie del delito continuado, tratamiento que le da el CP. Tiene entidad propia en tanto que atiende a la gran cantidad de sujetos afectados y no a la pluralidad de acciones. Si la defraudación colectiva se produce mediante una sola acción, no podría aplicarse el art. 74.2 CP. Estaríamos simplemente ante un concurso ideal homogéneo y todo lo más se podría aplicar la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, según el art. 77 CP.

24.3.3.5. La pena

El art. 74.1 CP señala que el autor de delito continuado será castigado «con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior».

El art. 74.2 CP establece con respecto al delito masa que el juez o tribunal «impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

Hay que recordar que la pena superior en grado como dice el art. 70.1.1.^ª CP «se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo».

El tratamiento que se ha dado al concurso parte de la base clásica de que el delito es acción. Lo importante en esta materia, que son soluciones a problemas específicos en la determinación de la pena, son los fines que se persiguen con la pena tanto en relación con la protección de bienes jurídicos como con su imposición. Por eso, desde esta perspectiva, debería reformularse toda esta normativa en el sentido de no establecer diferencia alguna entre concurso real e ideal, ya que se dan varios delitos. Y si se quieren castigar de forma diferenciada aquellos supuestos donde hay un plan preconcebido o aprovechamiento de la ocasión, establecer una regla especial que recoja esta variación subjetiva que se exterioriza. Del mismo modo,

establecer otra regla si se quiere establecer otra diferencia en relación a la gravedad del hecho o del número de personas afectadas en los delitos patrimoniales.

Bibliografía

- Alonso Alamos, M. (1982): *El sistema de las circunstancias en el delito*, Valladolid.
- Álvarez García, F. J. (1997): «Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el artículo 242»: *La Ley*, 4.207.
- Antón Oneca, J. (1954): «Delito continuado», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VI, Seix, Barcelona.
- Bajo Fernández, M. (1973): *El parentesco en el derecho penal*, Barcelona.
- Bueno Arús, F. (1992): «La determinación judicial de la pena y el Consejo de Europa»: *Actualidad Penal*, 15, pp. 121-134.
- Castiñeira Palou, M. T. (1977): *El delito continuado*, Bosch, Barcelona.
- Cuerda Riezu, A. (1992): *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid.
- Cuerda Riezu, A. (1997): «El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos»: *La Ley*, 4.204.
- Delgado García, J. (1996): «Los concursos en el derecho penal»: *La Ley*, 1, pp. 1683-1688.
- Díez Ripollés, J. L. (1993): «Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992»: *La Ley*, 2, pp. 899-909.
- García Arán, M. (1982): *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona.
- González Cussac, J. L. (1988): *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia.
- Juanes Peces, A. (1996): «La individualización de las penas»: *La Ley*, 4078.
- Luzón Peña, D. M. (1979): *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid.
- Reol, S. (1958): «El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 21 ss.
- Sainz Cantero, J. A. (1971): «El delito-masa»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 649 ss.
- Sánchez García, M. I. (1996): «El sistema de penas»: *La Ley*, 2, pp. 1.499-1.516.
- Sanz Morán, A. J. (1986): *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid.
- Silva Sánchez, J. M.: (1987): «La revisión casacional de la individualización judicial de la pena»: *Poder Judicial*, 6.
- Zugaldía Espinar, J. M. (1991): «La individualización de la pena en el borrador de Parte General del Anteproyecto de Código Penal de 1990»: *Cuadernos de Política Criminal*, 44, pp. 459-468.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

25.1. *Antecedentes históricos*

Según se desprende del art. 25.2 CE y de los arts. 1, 3, 6, 115 y ss. CP, la pena no es la única forma de reacción penal frente a la realización de un injusto. También el Estado se autoconstata con las llamadas medidas de seguridad.

Ahora bien, en la historia del control social penal las medidas de seguridad aparecieron hacia mediados del siglo XIX de la mano del pensamiento positivista como una alternativa a la pena, sanción propia del derecho penal liberal inspirado en el pensamiento ilustrado. Si para este derecho penal liberal, el fundamento del castigo radicaba en la culpabilidad y ésta se sostenía desde el libre albedrío, para el positivismo el castigo debía fundamentarse en la peligrosidad social de ciertos sujetos determinados a la realización de conductas desviadas. Esta determinación de ciertas personas a la realización de conductas contrarias al orden social podía provenir de defectos del individuo, bien sea de carácter biológico o bien en los procesos de socialización.

De esta forma el pensamiento positivista con el ataque al concepto de culpabilidad basado en el libre albedrío, atacaría los fundamentos mismos del sistema de penas del derecho penal liberal. El libre albedrío era indemostrable y, por lo tanto, acientífico. La reacción penal, para el positivismo, se fundamentaba en la *peligrosidad social del sujeto* y no en el mal uso de su presunta libertad de actuar. Por eso, en lugar de pena al peligroso social debía aplicársele una *medida de seguridad*, bien sea para recuperar al desviado en el caso

que fuera recuperable, o bien sea para neutralizarlo definitivamente si no lo fuera.

Llevada esta línea de pensamiento al extremo, considerando que de lo que se trataba era de defender el orden social frente al peligroso social, concepto por lo demás vago y amplio, tambalearía hasta el mismo principio de legalidad, sin duda la mayor conquista garantista del pensamiento ilustrado. Las medidas de seguridad podrían imponerse frente a cualquier conducta que se estimara molesta socialmente, sin que fuera necesaria una definición previa de ella como delito. De un derecho penal del hecho, se podía pasar en estas condiciones fácilmente a un derecho penal de autor. La base de la reacción social ya no sería el hecho realizado por el autor, sino el autor mismo por su presunta capacidad, por su conducción de vida, para realizar conductas desviadas. La categoría «peligroso social» por su elasticidad admitiría al loco, al menor de edad, al vagabundo y hasta al disidente político.

Esta lucha de Escuelas del siglo pasado terminó con lo que podríamos llamar un compromiso. La legislación admitiría junto a la pena, también las medidas de seguridad. Culpabilidad y peligrosidad social, a pesar de ser conceptos antinómicos, convivirían y hasta en algunas ocasiones convergerían, para dar base a una reacción social. En algunas ocasiones con forma de pena y en otras con forma de medida de seguridad.

Esta convivencia entre un derecho penal de culpabilidad y una legislación defensiva de peligrosidad social, daría lugar a dos categorías de medidas de seguridad. Las medidas de seguridad predelictuales y las medidas de seguridad postdelictuales.

En estas condiciones un punto de gran debate en la evolución del derecho penal es si forman parte de él las medidas de seguridad. Esto implica varias cuestiones como si ha de abarcar tanto las medidas de seguridad postdelictuales como las predelictuales, y si el principio de legalidad tiene aplicación respecto de ellas.

25.2. *Las medidas de seguridad postdelictuales*

Hoy resulta casi indiscutible en la doctrina que pertenecen al ámbito del derecho penal y es por ello que aparecen incluidas en la casi totalidad de los códigos penales actuales, como sucede con el español vigente. En el derecho penal comparado autores como Welzel (1976, 333 ss.) coinciden en que el presupuesto necesario para la pena y medida de seguridad postdelictual es la existencia de un injusto.

En virtud de este presupuesto común y básico y porque ambas afectan los derechos del individuo, la mayoría de los autores actuales son partidarios de su inclusión dentro del derecho penal.

Esta configuración del derecho penal en penas y medidas de seguridad es lo que ha recibido la denominación de *sistema dualista o de la doble vía*. Sin embargo en los últimos tiempos se tiende a la construcción de un sistema monista con miras a una revisión progresista. Esto es, si hoy desde un punto de vista de los *finés* que ha de tener el sistema penal —en definitiva ofrecer alternativas de resolución de sus conflictos al individuo—, no hay diferencias entre penas y medidas de seguridad, y por otra parte tampoco desde el punto de vista de las *garantías* para su imposición (como límite a la afcción de los derechos del sujeto), pareciera que un sistema dualista no tiene razón de ser. Por eso resulta rechazable la acumulación de penas y medidas y también plantear fines divergentes para unas y otras y, en definitiva, seguir sosteniendo una separación en la ejecución entre ellas (Quintero Olivares, 1980, 571 ss.; Muñoz Conde, 1983, 235 ss.; Muñagorri, 1977, 206 ss.).

Con razón se ha criticado desde dos puntos de vista el sistema dualista. Primero, porque si bien penas y medidas de seguridad «son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenido» y, en segundo lugar, porque un sistema donde «junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes, constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado» (Muñoz Conde, 1985, 58).

En otros términos, la pena ha de ser siempre una sola, no puede darse la llamada bifurcación entre penas y medidas. Otra cosa diferente es el contenido concreto de la pena o sanción, naturalmente determinada de antemano, que puede, por ejemplo, en algún supuesto plantear alternativamente un período de deshabitación u otro tratamiento que no podrá superar el plazo previsto para la pena privativa de libertad. Más aún, finalizado dicho tratamiento antes del término de la pena privativa de libertad, debería provocarse la remisión del resto o bien su cumplimiento en libertad.

En definitiva, en la actualidad, si se considera la intervención punitiva del Estado desde una perspectiva política criminal, y no como algo inherente a la naturaleza de las cosas, penas y medidas sólo se diferencian en que las primeras no ofrecen cooperación alguna a la persona para resolver sus conflictos futuros, mientras que las medidas, por principio y concepto, han de contener algún tipo

de ofrecimiento al respecto. De modo entonces, que los principios garantistas de penas y medidas son los mismos, la protección de bienes jurídicos, la autonomía de la persona y su indemnidad personal y, por tanto, también los presupuestos para su imposición: delito (tipicidad y antijuridicidad), sujeto responsable y determinación de la sanción.

De ahí que resulte sumamente criticable que el CP mantenga las antiguas tesis positivistas naturalistas y que señale en el art. 6 CP que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad criminal del sujeto, con lo cual pretende establecer un delito y delincuente por naturaleza y no por simples criterios político-criminales de necesidad y por tanto surgidos constructivamente, por definición. El establecer un criterio de peligrosidad resulta inconstitucional, pues se está aplicando una sanción en razón de las características personales y no en virtud de un hecho realizado, con lo cual nuevamente se está ante un derecho penal de autor y no frente a un derecho penal del hecho.

Más aún, resulta contradictorio que a una persona exenta de responsabilidad, conforme a los números 1, 2 y 3 del art. 20 CP, se les pueda imponer una medida de seguridad conforme a los arts. 101-103 CP, ya que se trata de personas que no tienen responsabilidad, esto es, a quienes el Estado no está en disposición de exigir una respuesta determinada respecto de sus normas y, por tanto, mal se les podría aplicar una sanción. Sólo se podría fundamentar una reacción punitiva del Estado en la peligrosidad, pero, con ello se estaría volviendo a un puro derecho penal de autor. Luego, respecto de ellas no hay sanción alguna admisible y sólo cabe, llegado el caso, si ello resulta necesario, las mismas medidas no penales que se podrían tomar respecto de una persona en esas condiciones que no ha cometido delito alguno.

Diferente es el caso respecto de aquellas personas con «imputabilidad disminuida» (art. 104 CP), pues respecto de ellas si puede aparecer conveniente una medida y no una pena, en cuanto aquélla ofrece determinada colaboración para resolver conflictos futuros a personas que pueden tener ciertos problemas agudos en el caso de un conflicto o en general en sus relaciones o comunicaciones sociales.

25.3. *Las medidas de seguridad predelictuales*

Las medidas de seguridad predelictuales resulta imposible incluirlas dentro del derecho penal, pues ellas no pueden sustentarse en el

presupuesto fundamental del derecho penal cual es la realización por lo menos de un injusto, esto es, de un acto típico y antijurídico (Antón Oneca, 1949, 584; Rodríguez Devesa, 1993, 11). Pero, en verdad, las medidas de seguridad predelictuales atacan, por su arbitrariedad, no sólo los fundamentos del derecho penal, sino las bases mismas de un Estado de derecho, ya que se basan exclusivamente sobre una *presunta peligrosidad del sujeto*, conforme a la cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales. Se trata, pues, de una intervención intolerable sobre el individuo, ya que se basa en sus características personales, provocando una discriminación entre los ciudadanos. Por ello, en la actualidad, conforme a la Constitución y en especial a los arts. 9.3, 14 y 25.1 CE, las medidas de seguridad predelictuales, en cuanto indudablemente entrarían dentro de la potestad sancionadora del Estado, implican una violación de la Constitución y su inconstitucionalidad se podría fundamentar en las disposiciones ya citadas. Por eso, con razón, ellas están inequívocamente excluidas del Código penal vigente, como se verá mas adelante.

25.4. *Las medidas de seguridad en el derecho penal español*

En el CP español las medidas de seguridad están previstas sólo en el caso que el juez o tribunal lo estime conveniente, para las siguientes personas: *a)* las que hayan sido declaradas exentas de responsabilidad criminal por concurrir a su respecto alguna de las causas de inimputabilidad previstas en los números 1, 2 y 3 del art. 20 CP, de acuerdo con lo establecido en los arts. 101-103 CP; *b)* respecto de estas mismas personas si habiendo sido condenadas, no obstante se han beneficiado de la circunstancia atenuante de eximente incompleta del art. 21, número 1, de acuerdo con el art. 104 CP; *c)* menores de 18 años y mayores de 16 años de conformidad con el art. 65 CP anterior, que está vigente en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria única, párrafo 1.a del nuevo CP y *d)* al extranjero no residente legalmente en España como medida sustitutoria de una de internamiento que a su vez tendrá que tener su causa, lo mismo que respecto de los demás, en su inimputabilidad o semiimputabilidad, según el art. 108.1 CP.

Según lo dispone el art. 95.1.2.^a CP, la imposición de medida de seguridad para estas personas no es automática. El juez o tribunal debe hacer un pronóstico fundado en el sentido de que en el futuro tendrán dificultades en la solución de sus conflictos. Si no se puede

pronosticar esta circunstancia, no será necesaria la medida de seguridad. El juez o tribunal puede pedir los informes que estime convenientes.

Ahora bien, el art. 6.1 CP señala que «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Esta disposición presenta problemas respecto de los siguientes aspectos: la expresión «peligrosidad criminal del sujeto» y el alcance del término «delito».

25.4.1. La expresión «peligrosidad criminal del sujeto»

Cuando el CP en la citada disposición hace referencia a la «peligrosidad criminal del sujeto» como fundamento de la aplicación de una medida de seguridad, esta expresión no puede tener el significado de «peligrosidad social» en el sentido positivista del término, pues como hemos destacado anteriormente un tal significado sería incompatible con la Constitución, concretamente con el principio de igualdad. De ahí que haya que entender que con la expresión «peligrosidad criminal» se está significando que son personas que requieren de parte del Estado cooperación concreta para resolver sus conflictos sociales en el futuro. En este sentido las llamadas medidas de seguridad de los arts. 95 y ss. CP deben ser entendidas como actos de cooperación con la persona para que esté en condiciones de afrontar y resolver sus problemas futuros.

25.4.2. El alcance del término «delito»

El término «delito» contenido en el art. 6.1 CP significa injusto, esto es, realización antijurídica de un tipo penal. Por tanto, son aplicables a las personas destinatarias de las medidas de seguridad todas las garantías penales. Desde el principio de legalidad, la protección de bienes jurídicos, su autonomía e indemnidad como persona y también los presupuestos para su imposición, esto es, tipicidad, antijuridicidad, sujeto responsable y determinación de la sanción.

Por otra parte, el hecho de que la imposición de la medida de seguridad quede condicionada a la realización de un hecho previsto como delito, excluye toda posibilidad de medida de seguridad pre-delictual.

25.4.2.1. Las medidas de seguridad y el principio de legalidad

Respecto de las medidas de seguridad, el CP recoge ampliamente el principio de legalidad. En efecto, así se desprende de los arts. 1.2, 2.1, 3.1, 6 y 95 ss. CP. Son de destacar los siguientes aspectos:

a) Las medidas de seguridad y la *garantía criminal*. Se encuentra recogida en el art. 1.2 CP, que señala que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley». A estos presupuestos se refieren el art. 6.1 (peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada en un hecho previsto como delito) y más específicamente el art. 95 CP. La peligrosidad criminal constituye un elemento valorativo que debe ser deducido, como dice la circunstancia segunda del art. 95 CP, a partir «del hecho y de las circunstancias personales del sujeto» en tanto que revelen dificultades futuras del sujeto para solucionar sus conflictos sociales. Es decir, como dice textualmente el precepto «la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

b) Las medidas de seguridad y la *garantía penal*. Este aspecto se contiene tanto en el art. 25.2 CE como en el art. 2.1 CP, segunda parte, que consagrando la *lex praevia* establece: «Carecerán igualmente de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad» y los arts. 96 y 105 CP, que taxativamente señalan cuáles son las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo al Código.

c) Las medidas de seguridad y la *garantía jurisdiccional*. La garantía jurisdiccional está contenida en el art. 3.1 CP y dice que «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales».

d) Las medidas de seguridad y la garantía de ejecución.

A este aspecto del principio de legalidad se refiere el art. 3.2 CP cuando señala que «tampoco podrá ejecutarse pena ni *medida de seguridad* en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Le ejecución de la pena o de la *medida de seguridad* se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes».

25.4.2.2. La necesidad de medida de seguridad

Del mismo modo que la pena, la aplicación de una medida de seguridad está sujeta a su necesidad, esto es, a la concurrencia de los

elementos *tipicidad*, *antijuridicidad* y a la exigencia de responsabilidad a una persona.

Esto significa que si alguna de las personas llamadas inimputables, es decir, de aquellas respecto de las cuales el sistema no puede exigir responsabilidad porque presentan problemas generales en los procesos de comunicación (ver *supra* 18.3.1), realiza un hecho no atribuible a un tipo penal (ver *supra* 17.1.4.1) o cuya lesión del bien jurídico no le sea imputable a su realización típica o amparado por una causa de justificación (ver *supra* 17.1.4.2) será declarado totalmente exento de responsabilidad y, por lo tanto, no sólo no se le podrá aplicar pena sino tampoco medida de seguridad.

Sin embargo, respecto de la exigencia de responsabilidad es necesario hacer algunas matizaciones. Respecto de una personas de las llamadas inimputables puede que la inexigibilidad de responsabilidad provenga del hecho de que no le sea exigible otra conducta (ver *supra* 18.4.3) o que actúen en error de prohibición, lo que supone ausencia de conciencia del injusto (ver *supra* 18.3.2 y 18.4.2). En estos casos tampoco se podrá aplicar ni pena ni medida de seguridad.

25.4.2.3. La determinación de la medida de seguridad

En este ámbito también rigen los principios de necesidad, de dignidad e indemnidad de la persona. El principio de necesidad se confirma con el hecho de que la imposición de la medida de seguridad aparece condicionada por un pronóstico de futuros conflictos, según el art. 95.1.2.^a CP. Es siempre facultativa para el juez o tribunal de acuerdo con los arts. 101-104 CP. El principio de necesidad se manifiesta también con las facultades previstas en el art. 97 CP para decretar el cese, sustituir o suspender la medida y la importante función garantista que se le otorga al juez de vigilancia penitenciaria a este respecto.

El aspecto *proporcionalidad* del principio de necesidad de la pena queda garantizado con el art. 6.2 CP en tanto que señala que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». En esta misma línea el art. 99 CP señala que en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará al de la pena.

No obstante, hay que hacer notar que de acuerdo con lo establecido en el art. 6.2 CP la duración de la medida de seguridad puede

exceder a la de la pena, ya que como el precepto señala su límite máximo se asimila a la de la pena aplicable al hecho cometido, pero no a la pena en concreto (que puede verse disminuida por el grado de desarrollo del delito, la participación y las circunstancias del delito), sino a la pena en abstracto determinada legalmente en el precepto.

25.5. *Clases de medidas de seguridad*

El art. 96 CP distingue entre medidas de seguridad privativas de libertad y no privativas de libertad. Las privativas de libertad son *a)* el internamiento en centro psiquiátrico; *b)* el internamiento en centro de deshabitación; *c)* el internamiento en centro educativo especial. No privativas de libertad son: *a)* la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; *b)* la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; *c)* la privación de licencia o del permiso de armas; *d)* la inhabilitación profesional; *e)* la expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España, *e)* las demás previstas en el art. 105 CP.

El mencionado art. 105 CP duplica algunas de las previstas en el art. 96 CP. En este precepto se distingue entre las que no pueden imponerse por un tiempo superior a cinco años que son: *a)* sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimiento de carácter socio-sanitario; *b)* obligación a residir en un lugar determinado; *c)* prohibición de residir en un lugar del territorio que se designe; *d)* prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas; *e)* custodia familiar; *f)* sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares. Por un tiempo de hasta diez años: *a)* privación de la licencia o permiso de armas; *b)* privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

En el art. 107 CP se contempla la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo por un tiempo de uno a cinco años «cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas con los números 1, 2 y 3 del art. 20 CP».

Los arts. 101, 102 y 103 CP señalan las medidas a aplicar a los exentos de responsabilidad criminal por los arts. 20.1, 20.2 y 20.3

respectivamente. En el art. 104 CP se señalan dichas medidas de seguridad que se le pueden aplicar conjuntamente con la pena a los que se han beneficiado con la atenuante de eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con los números 1, 2 y 3 del art. 20 CP. Pero en tal caso, de acuerdo con el art. 99 CP, el cumplimiento de la medida se abonará a la de la pena, en la medida que ambas sean privativas de libertad.

25.6. *Las medidas de seguridad y los menores*

El art. 19 CP señala que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

No obstante, la Disposición Final Séptima del CP suspende la entrada en vigor de este precepto «hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto». Por su parte, la Disposición Derogatoria Única deja vigentes los arts. 8.2.º y 65 del antiguo CP.

El art. 8.2.º del antiguo CP declara exento de responsabilidad criminal al menor de dieciséis años. Por su parte, el art. 65 del mismo Código señala que al mayor de dieciséis y menor de dieciocho años se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados, facultando al tribunal para sustituir la pena impuesta por una *medida de seguridad*, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, consistente en el «internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable».

Bibliografía

- Ancel, M. (1956): «Penas y medidas de seguridad en derecho positivo comparado»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 442-453.
- Barbero Santos, M. (1980): «Las medidas de seguridad en el Proyecto de ley orgánica de Código Penal», en Fernández Albor (ed.), *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, pp. 93-133.
- Beristain Ipiña, A. (1974): *Medidas penales en el derecho contemporáneo*, Madrid.
- Bigeriego González-Camino, I. (1996): «El sistema de medidas de seguridad»: *La Ley*, 1, pp. 1639-1641.
- Jorge Barreiro, A. (1976): *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid.

- Muñagorri, J. (1977): *Sanción penal y política criminal*, Reus, Madrid.
- Muñoz Conde, F. (1983): «Monismo y dualismo en el Derecho Penal español»: *Estudios Penales y Criminológicos*, VI.
- Muñoz Conde, F. (1985): *Derecho Penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez.
- Muñoz Conde, F. (1992): «Las medidas de seguridad: eficacia y ámbito de aplicación ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Terradillos Basoco (coord.), *El nuevo Código Penal. La reforma necesaria* (Actas del 12.º Curso de Verano, San Roque), Servicio de Publicaciones de la Universidad, Cádiz, pp. 67—74.
- Quintero Olivares, G. (1980): «Reflexiones sobre el monismo ante el Proyecto de Código Penal», en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela.
- Romeo Casabona, C. M. (1986): *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona.
- Terradillos Basoco, J. M. (1981): *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid.

LA EJECUCIÓN DE LA PENA

26.1. *Precisión conceptual*

En un sentido amplio, por ejecución penal se entiende el cumplimiento de cualquier sanción. En un sentido estricto, sólo el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. Luego, en este último sentido se entiende tanto el cumplimiento de las penas como de las medidas que impliquen una privación de libertad.

Por eso, siguiendo los arts. 7-14 de la Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) hay que entender que la ejecución está relacionada con el internamiento de personas en los siguientes establecimientos: *a)* establecimientos preventivos, destinados a la retención y custodia de detenidos y presos; *b)* establecimientos de cumplimiento de penas; *c)* establecimientos especiales, en los que prevalece el carácter asistencial, como son los centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social.

El derecho de ejecución de las penas tiene un carácter autónomo respecto del derecho penal y el procesal penal. Si bien es cierto que forma parte del sistema penal, en la ejecución hay aspectos materiales específicos que es necesario considerar. Es diferente la posición jurídica de un preso preventivo de la de otro que cumple una pena privativa de libertad y de la de otra persona que está internada en un centro asistencial.

26.2. *El principio de legalidad*

El principio de legalidad, como se vio oportunamente (*supra* 9.1.2.1), regula también la ejecución de la pena. Está consagrado en

el nivel constitucional, en el nivel sustantivo penal, en el procesal penal y en el penitenciario.

En la *Constitución*, en los arts. 81.1 y 53.1 CE, se establecen los principios básicos de la legalidad de la ejecución de las sanciones que hay que poner en relación con el principio de legalidad básico de penas y medidas del art. 25 CE (García Valdés, 1980, 18).

En el *nivel sustantivo penal*, se encuentran referencias más concretas en el art. 3 CP, que señala «1) No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal, de acuerdo con las leyes procesales. 2) Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes». Con coherencia se reitera el principio en relación con la pena privativa de libertad en el inciso 2.º del art. 36 CP, que señala que el cumplimiento de dicha pena «así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente Código».

En el *nivel procesal penal*, en el art. 990 LECr, en relación con el art. 3 CP, y en el *nivel penitenciario* en el art. 2 LOGP.

Una mayor precisión del principio de legalidad obliga a incluir dentro de su formulación ejecutiva todo el Título III, «De las penas», del CP, que contiene las penas y su clasificación, su duración etc.

26.3. *Formas de cumplimiento de la pena.* *Los sistemas penitenciarios*

Pueden señalarse tres sistemas: el celular, el de Auburn y el progresivo.

En el *sistema celular o filadélfico (o pensilvánico)* subyacen criterios ético-religiosos. Su nombre se debe a que se aplicó por primera vez en Filadelfia en 1829, bajo la idea de que la mejor forma de disciplinar y lograr la redención del sujeto es mediante el total aislamiento del sujeto en una celda solitaria, de modo que tenga tiempo de reflexionar y encontrarse consigo mismo.

El *sistema de Auburn*, iniciado por Elam Lynds en la prisión de Auburn alrededor de 1823, consiste en una variación del anterior, en cuanto mantiene el silencio total, pero combinando el aislamiento celular durante la noche con trabajo durante el día.

El *sistema progresivo* pone el acento en el deseo de libertad del sujeto. El interno pasa por diferentes períodos, desde uno celular, destinado fundamentalmente a su clasificación, posteriormente otro de vida en común, luego uno en que se le inicia en la vida en libertad mediante salidas bajo palabra, para terminar con la libertad condicional (Landrove, 1996b, 45 ss.).

Dentro de este planteamiento general, se mantienen subsistemas muy disímiles. Establecimientos de alta seguridad para delincuentes peligrosos; prisión abierta en que generalmente el sujeto trabaja fuera durante el día y sólo se interna durante la noche y en los fines de semana. Los establecimientos socioterapéuticos, basados en la idea de tratamiento voluntario.

26.3.1. El cumplimiento de la pena privativa de libertad en España

El sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad es denominado «sistema de individualización científica». Se ha rechazado el sistema progresivo de fase de duración calculada de antemano y de progresión automática. Se ha sustituido por otro donde sus cuatro grados de progresión se adecúan con los tipos de establecimientos de régimen cerrado (primer grado), ordinario (segundo grado) y abierto (tercer grado), previstos por la LOGP en los arts. 9 y 10, y con el último grado que es la libertad condicional (Bueno Arús, 1981, 37).

La libertad condicional es la institución que aparece más íntimamente vinculada al derecho penal material.

26.3.1.1. La libertad condicional

Como hemos señalado, es el último grado de un sistema progresivo. Está regulada en los arts. 90-93 CP y también en la LOGP y en el Reglamento penitenciario (RP). El CP establece en el art. 90 los requisitos generales necesarios para su concesión. Éstos son:

1) Clasificación del penado en el tercer grado del tratamiento penitenciario, es decir, en el período de régimen abierto.

2) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. A efectos del cómputo, se considera no sólo el cumplimiento efectivo, sino también las reducciones por beneficios, como por ejemplo, un indulto parcial, como señala el art. 193.1.^a RP (Mapelli y Terradillos, 1996, 147). En el caso del cumplimiento de varias penas, rige el principio de unidad de ejecución, según el art. 193.2.^a RP (*ibid.*).

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 78 CP, conforme al cual si, a consecuencia de los límites de cumplimiento de la pena de prisión, ésta se reduce en los términos señalados en el art. 76 CP (ver *supra* 24.3.3.1), el juez o tribunal, «atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente».

3) Que el condenado haya observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el juez de vigilancia estime convenientes.

El art. 90.2 CP faculta a éste para imponer una o varias de las medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 105 CP.

El CP excepcionalmente faculta en el art. 91 para conceder anticipadamente la libertad condicional al condenado que haya extinguido dos terceras partes de su condena «siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales», concurriendo los demás requisitos.

Una segunda excepción se observa en el art. 92 CP, que prevé la libertad condicional para los sentenciados que hubieren cumplido la edad de setenta años o la cumplieren durante la extinción de la condena. Es también un adelantamiento de la libertad condicional, ya que no es necesario que hayan cumplido ni las tres cuartas ni los dos tercios de la condena. Este criterio se extiende también a los enfermos muy graves, con padecimientos incurables.

De acuerdo con el art. 93 CP, la libertad del condenado está sujeta a la condición de que no delinca y de cumplir las reglas de conductas impuestas. Su duración es de todo el tiempo que le falte para cumplir su condena. Si no cumpliera las condiciones, el juez de vigilancia penitenciaria deberá revocar la libertad y ordenar su ingreso en prisión en el período o grado penitenciario que le corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

26.3.2. El cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana

El art. 37.2 CP señala que «su cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado». También hay disposiciones reguladoras del cumplimiento de esta pena en el RP y en el RD 690/1996, de 26 de abril.

Bibliografía

- Alonso de Escanilla, A. (1985): *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid.
- Asencio Cantisán, H. (1986): «Algunas consideraciones en torno de la libertad condicional»: *Poder Judicial*, número especial III.
- Asencio Cantisán, H. (1987): «La intervención judicial en la ejecución penal desde una perspectiva resocializadora»: *Poder y Control*, 3.
- Bueno Arús, F. (1981): «Estudio Preliminar», en *La Reforma Penitenciaria Española*.
- Fernández Arévalo y Mapelli Caffarena, B. (1995): *Práctica Forense Penitenciaria*, Civitas, Madrid.
- García Valdés, C. (1980): *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid.
- García Valdés, C. (1986): «Sobre el concepto y contenido del derecho penitenciario»: *Cuadernos de Política Criminal*, 30.
- Garrido Guzmán, L. (1983): *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid.
- Garrido Guzmán, L. (1988): *Estudios penales y penitenciarios*, Madrid.
- González Cano (1994): *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1984): *Individualización científica y libertad condicional*, Madrid.
- Mapelli Caffarena, B. (1983): *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona.
- Mir Puig, S.: (1985): «La prisión abierta»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 767 ss.
- Muñoz Conde, F. (1970): «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito»: *Cuadernos de Política Criminal*, 7, pp. 91 ss.
- Polaino Navarrete, M. (1982): «Algunas observaciones críticas sobre el ordenamiento penitenciario español»: *Cuadernos de Política Criminal*, 16.
- Ruiz Vadillo, E. (1996): «Algunas breves consideraciones sobre la redención de penas por el trabajo en el nuevo Código Penal»: *La Ley*, 3, pp. 1436-1437.

LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

27.1. *Causas de extinción de la responsabilidad penal*

Están señaladas en el art. 130 CP. Señala este artículo que la responsabilidad penal se extingue: por la muerte del reo, por el cumplimiento de la condena, por el indulto, por el perdón del ofendido, por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena.

27.1.1. La muerte del reo

Como la pena tiene un carácter personal, ésta también tiene que extinguirse con su muerte. No obstante, la responsabilidad civil, de acuerdo con lo que establece el art. 115 LECr, subsiste contra sus herederos y causahabientes. A este respecto son aplicables las reglas civiles de extinción.

27.1.2. El cumplimiento de la condena

Esta extinción no se extiende a la responsabilidad civil, ya que ésta tiene otras reglas. Debe entenderse que quedan comprendidas dentro de esta forma de extinción también las medidas de seguridad.

Dentro del cumplimiento de la condena, debe entenderse comprendido no sólo el cumplimiento efectivo de la condena impuesta incluida la pena sustitutiva, sino también la remisión de la pena por transcurso del plazo de suspensión de acuerdo con los arts. 85 y 87 CP, la extinción de las penas que excedan del máximo por aplicación del art. 76 CP, y también el transcurso en período de libertad condicional, según el art. 93 CP.

27.1.3. El derecho de gracia

De origen anterior al Estado democrático de derecho en tanto que constituye una manifestación de poder absoluto, se ha mantenido a través de la *amnistía* y el *indulto*, pero como un correctivo, general y último, frente a errores o contradicciones posteriores. Cobra validez democrática, en consecuencia, desde el principio de necesidad de la pena.

La *amnistía* extingue totalmente la pena y todos sus efectos. Por tanto, también las penas accesorias y se cancelan los antecedentes penales. Es expresión de que ha desaparecido no sólo la necesidad de la pena, sino también los fundamentos de ella para aquellos hechos cometidos. Por eso, estrictamente sólo el *indulto* es causa de extinción de la pena, pues sólo afecta a la necesidad de la pena y no a sus fundamentos. Ello explica también que no afecte a los antecedentes penales.

El *indulto* requiere una condena previa. Puede ser general o particular. Los primeros están prohibidos de acuerdo con el art. 62.1 CE, pues se presta a abusos por parte de la autoridad. De este modo, hoy sólo está vigente el indulto particular, que puede ser total o parcial. No se puede aplicar a los miembros del Gobierno, de acuerdo con el art. 102.3 CE.

Con el indulto se trata de resolver cuestiones de justicia o equidad, ya que la pena no aparece necesaria. En esta línea hay que entender la referencia al indulto que se contiene en el art. 4.3-4 CP, cuando faculta al juez o tribunal para acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente para una concesión de indulto si resulta penada una conducta que a su juicio no debiera serlo o la pena sea excesiva y también para suspender la ejecución de la sentencia si por el cumplimiento de la pena se vulnerare el derecho a un proceso sin dilaciones y en el caso que de ser ejecutada, la finalidad del indulto se hiciera ilusoria.

El indulto se encuentra regulado en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por Ley 1/1988 de 14 de enero.

27.1.4. El perdón del ofendido

De acuerdo con el art. 130.4.º, el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal «en los casos en que la ley así lo prevea», como dice textualmente el precepto. El perdón del ofendido históricamente siempre ha tenido lugar exclusivamente en los llamados deli-

ros de acción privada, es decir, aquellos que requieren previa denuncia o querrela del ofendido para que pueda iniciarse una acción penal. Sin embargo, de acuerdo con el texto del CP, para la eficacia extintiva del perdón del ofendido no hay que atender a la naturaleza del delito, esto es, si es de acción privada o pública, sino al hecho de si la ley contempla o no esta posibilidad. De este modo, que la antigua regla general de que el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad penal salvo en el caso de los delitos de acción privada, debe ser sustituida por otra que diga que el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad penal, salvo en los casos previstos expresamente por la ley.

Así ocurre, por ejemplo, que se contemple para delitos de acción pública, como los delitos de descubrimiento y revelación de secretos cometidos por funcionario público cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, según lo establece el art. 201.3 CP, en relación con los arts. 201.2 y 198 CP. Sin embargo, no se contempla, por el contrario innecesariamente se excluye expresamente, con los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales, de acuerdo con el art. 191 CP.

El perdón ha de ser expreso antes del comienzo de su ejecución. Por lo tanto, puede ser otorgado en cualquier momento, durante el procedimiento e incluso después de la sentencia. Como señala el art. 130.4.º el juez o tribunal deberá oír a tal efecto al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena. No obstante, si el ofendido fuere un menor o un incapacitado, el juez o tribunal podrá rechazar oído el ministerio fiscal, el perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena. Para rechazar este perdón, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

Lo cierto es que si lo que se quería conseguir era la descriminalización u otro tipo de alternativas para la solución de ciertos conflictos, esto se podía hacer por otros medios que no implicaran dejar en el particular la facultad de sancionar, que se puede prestar a abusos. El perdón del ofendido puede ser la lógica consecuencia de chantajes, amenazas o coacciones, ya que el particular tendría la «propiedad» de la sanción y, por tanto, la facultad de perdonar. Debíó haberse ido a su supresión, sustituyendo los casos en que se aplica, por otras instituciones en el ámbito procesal que permitan con garantías al juez o tribunal ponderar la necesidad de la pena (Bustos, 1987, 370).

27.1.5. La prescripción

En doctrina se ha discutido sobre la naturaleza de la prescripción. Para algunos tiene un carácter sustantivo penal, para otros es procesal penal. Lo cierto es que en esta discusión se pierde de vista que ambas disciplinas son inseparables, pues ambas guardan relación con el poder punitivo del Estado. Desde esta perspectiva el problema de la naturaleza penal o procesal penal de la prescripción, se desvanece.

El problema de la naturaleza de la prescripción está ligado al principio de la necesidad de la pena. El transcurso del tiempo afecta directamente a la facultad punitiva del Estado. Tiene la prescripción, en consecuencia, una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal, que informa tanto al derecho penal sustantivo como al derecho procesal penal.

Ahora bien, como se trata de un problema de necesidad de la pena estrictamente, desde el punto de vista de la facultad punitiva del Estado, no se ve obstáculo alguno para estimar que en determinados casos se da la imprescriptibilidad, como por ejemplo, en los delitos en contra de la humanidad o en los crímenes de guerra (Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Resolución 2.391, de 26 de noviembre de 1968). En esta línea, habría que plantear que tampoco tales hechos pueden ser objeto de amnistía e indulto.

Se distingue entre prescripción del delito y prescripción de la pena. Si ha habido sentencia condenatoria firme y no ha podido ser ejecutada la pena o ésta se ha interrumpido, sólo cabe hablar de prescripción de la pena. Antes, de prescripción del delito.

27.1.5.1. La prescripción del delito

El art. 131 CP distingue entre prescripción de delitos y faltas. Señala que los delitos prescriben: a los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años; a los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sean inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión de más de cinco y menos de diez años. A los tres, los delitos menos graves. Los delitos de injuria o calumnia prescriben al año. En cuanto a las faltas prescriben a los seis meses. A efectos de la determinación del plazo de prescripción de las penas compuestas, se estará a la que exija mayor tiempo de prescripción. Con razón se señala que el delito de

genocidio no prescribirá en ningún caso. El precepto se refiere a la duración de las penas en abstracto.

El art. 132 CP señala que el plazo empieza a correr desde el día en que se haya cometido la infracción punible. Luego, no es desde el día de la *acción*, sino desde el momento en que el delito se manifiesta socialmente. Por eso, señala que en el caso de los delitos continuados y del delito permanente, el plazo se contará respectivamente desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable y en razón de acción persecutoria. Luego, no interrumpe la prescripción una acción civil o administrativa. El tiempo vuelve a correr cuando se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

27.1.5.2. La prescripción de la pena

El art. 133 CP establece los plazos de prescripción de la pena. Según este artículo, las penas impuestas por sentencia firme prescriben a los veinticinco años, las de prisión de quince o más años; a los veinte, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años; a los diez, las restantes penas graves; a los cinco, las penas menos graves; al año, las penas leves. Las penas impuestas por delito de genocidio, no prescriben en ningún caso. En este caso, al contrario de la prescripción del delito, ha de tomarse en cuenta la pena concreta, la efectivamente impuesta.

De acuerdo con el art. 134 CP el tiempo de prescripción de la pena se cuenta desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera comenzado a cumplirse.

Nada dice el Código en el caso de la comisión de un nuevo delito durante el plazo de prescripción de la pena. El anterior Código señalaba que éste se interrumpía, con lo cual se perdía el tiempo anterior. Al no pronunciarse expresamente el Código sobre este aspecto, cabe interpretar que el cómputo del plazo de prescripción sólo se *suspenderá*, con el efecto de que no se perderá el tiempo anterior. El plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo, acumulándose el tiempo anterior, cuando el nuevo delito que es causa de la suspensión haya prescrito si no se ha iniciado la acción o si habiéndose iniciado, el procedimiento penal haya acabado, bien sea por sobreseimiento o sentencia firme (Boldova en Gracia Martín, 1996, 344).

27.1.5.3. La prescripción de las medidas de seguridad

En el art. 135 CP se establece que las medidas de seguridad prescriben a los diez años si fueren privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueren iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido. El tiempo de prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de la pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.

27.2. *La cancelación de los antecedentes delictivos*

Bajo este epígrafe se contiene el art. 136 CP, que regula la institución de la rehabilitación. Si bien la rehabilitación no es una causa de extinción de la responsabilidad criminal, está estrechamente vinculado con ella. El fundamento de la rehabilitación está en el principio de dignidad de la persona que, como hemos visto, es un importante límite a la facultad punitiva del Estado. Con la cancelación de los antecedentes delictivos se trata de restablecer la consideración social de una persona.

Las sentencias condenatorias se inscriben en el Registro central de penados y rebeldes que emite los certificados de antecedentes. La emisión de estos certificados está condicionada a las garantías correspondientes a la dignidad de la persona y al principio de igualdad. De ahí que tales registros no sean públicos y que el contenido de los certificados de antecedentes esté restringido en cada caso, según su destinatario. Así, por ejemplo, el solicitado por un juez o tribunal, en extensión no es comparable al que pueda solicitar un órgano de la Administración del Estado.

El art. 136.4 CP señala que «las inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro central de penados y rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en su normas específicas y en los casos establecidos por la ley. En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia». Esta posibilidad de que a un Juez o Tribunal se le pueda informar incluso de los antecedentes cancelados, resulta contradictoria con los principios de dignidad, igualdad y, en particular, con el de responsabilidad por el hecho.

Según se desprende del art. 136 CP, la rehabilitación es un *derecho* del sujeto una vez cumplidas ciertas condiciones. Éstas son: 1) extinción de la responsabilidad penal e informe del juez o tribunal sentenciador; 2) tener satisfechas las responsabilidades civiles, excepto que haya sido declarada su insolvencia. Si el pago ha sido fraccionado de acuerdo con el art. 125 CP bastará que esté al corriente en el pago y preste garantía suficiente, a juicio del juez o tribunal, con respecto a la cantidad aplazada; 3) cumplimiento de un determinado plazo sin delinquir: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves. Los plazos se cuentan desde el día siguiente a aquel en que quedará extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional, lo que resulta de difícil comprensión.

La cancelación de los antecedentes puede realizarse de oficio por el respectivo ministerio o a instancia de parte. Si, cumpliéndose los requisitos, la cancelación no se hubiere llevado a cabo, de acuerdo con el art. 136.5 CP, el juez o tribunal, acreditadas las circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

En lo que se refiere a las *medidas de seguridad*, el art. 137 CP establece que las respectivas anotaciones serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida. Este mismo precepto restringe su certificación sólo cuando tengan por destino un juez o tribunal o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la ley.

Bibliografía

- Baeza Avallone, V. (1983): *La Rehabilitación*, Madrid.
- Bueno Arús, F. (1983): «La cancelación de antecedentes delictivos en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal»: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 6.
- Bustos Ramírez, J. (1987): «La extinción de la responsabilidad criminal», en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona.
- Gómez de la Escalera, J. J. (1996): «El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 465-502.
- González Cuéllar, A. (1983): «La cancelación de los antecedentes penales»: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 6.

- Morillas Cuevas, L. (1980): *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Madrid.
- Roldán Barbero H. (1991): «Indulto e individualización de la pena», en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Córdoba.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

28.1. Aspectos generales

De la comisión de un delito no sólo se deriva una responsabilidad penal, sino también una de carácter civil consistente en la reparación del daño. Responsabilidad penal y responsabilidad civil comparten el elemento *antijuridicidad*. No hay una diferencia cualitativa entre un ilícito penal y uno civil, sólo una decisión político criminal que ha llevado a la tipificación de ciertos ilícitos. La diferencia está sólo en las finalidades de una y otra responsabilidad. La *finalidad de las penas y medidas de seguridad debe ser dar alternativas al sujeto para la solución de sus conflictos*. Por ello necesariamente están dirigidas a los responsables del delito y son personales e intransferibles. En cambio, la sanción civil persigue únicamente la reparación. Por lo mismo, no tiene que estar necesariamente vinculada al autor y es transmisible a terceros. La responsabilidad civil se rige por *el principio del daño causado*. Ése es su límite para evitar el abuso del derecho y la arbitrariedad. De ahí que resulte lógico que la pena y la medida de seguridad tengan un carácter público, pues es el Estado mismo el que aparece comprometido con sus finalidades, y que la reparación del daño tenga un carácter privado, pues radica directamente en el particular y en su libertad de disponer y ejercer sus derechos.

El art. 109 CP establece en coherencia con lo expuesto anteriormente que «1) la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados; 2) el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil».

28.2. *La unidad de la acción civil y penal*

En el derecho español, tanto la responsabilidad penal como la civil por la comisión de un hecho ilícito que ha sido definido como delito, puede perseguirse en un mismo proceso ante la misma jurisdicción penal o bien, a opción del perjudicado, como lo señala el art. 109.2 CP, ante la jurisdicción civil. Esta posibilidad es una coherente consecuencia del hecho de que no hay diferencias cualitativas entre una antijuridicidad civil y una penal. Sin duda, es una correcta decisión del legislador español, pues se evitan los inconvenientes de procesos separados, procurando, al mismo tiempo una más amplia protección a los bienes jurídicos y a los intereses de las víctimas.

En cuanto a su *naturaleza*, no cabe duda, la acción reparadora, a pesar de poder instarse ante la jurisdicción penal, tiene naturaleza inequívocamente civil (Mir Puig, 1982, 29; González Rus, 1979, 391).

28.3. *El ejercicio procesal de la responsabilidad civil*

El art. 100 LECr señala que de todo delito o falta nace acción penal y *puede nacer* acción civil. Ello quiere decir que la regla general es que corran parejas la acción penal y la civil. Pero, esto no obsta a que el perjudicado renuncie a ella o la reserve para ejercitarla con posterioridad. Por otra parte, queda confirmada la supeditación procesal de la acción civil a la penal, pues la primera no puede ejercitarse sino una vez que haya sentencia firme en el proceso criminal.

La pretensión civil ha de fundarse en lo siguiente: 1) *la existencia real de perjuicios o daños*, según los arts. 109 y 116 CP y 100 LECr, ya que pueden haber hechos que generen un delito y no responsabilidad civil; 2) *la cuantía de los mismos*; 3) *la fundamentación de los hechos cuando sólo son constitutivos de culpa in negligendo*; 4) *la imputación de los daños a los hechos*; 5) *La persona imputable civilmente, si fuere distinta del sujeto activo del delito*.

Terminado el juicio hay que considerar dos situaciones. La primera es que la responsabilidad civil quede determinada por sentencia. Puede ocurrir que la sentencia sea condenatoria. En tal caso, ella es suficiente para proceder a su ejecución mediante el correspondiente procedimiento que es diferente al de la ejecución penal (González Rus, 1979, 398). Pero, también en el caso de una sentencia absolutoria puede haber, no obstante, responsabilidad civil. Ello ocurrirá sólo en los casos previstos en el art. 118 CP. La segunda

situación puede darse en el caso de que la sentencia sea absolutoria. En tal caso, debe acudir a la vía civil, ya que la extinción de la acción penal no lleva necesariamente consigo la de la civil, salvo el caso en que no hubiera existido el hecho que pudiera haber sido fuente de la responsabilidad civil.

28.4. *Extensión de la responsabilidad civil*

Conforme al art. 110 CP, la responsabilidad civil comprende: 1) la restitución; 2) la reparación del daño; 3) la indemnización de perjuicios materiales y morales. Estas obligaciones pueden darse conjunta o separadamente. Su finalidad común es restaurar la situación jurídica quebrantada por la comisión del delito. Conforme al art. 126.1.1.º CP, la responsabilidad civil es preferente a otras de tipo pecuniario.

28.4.1. La restitución

Según el art. 111 CP, la restitución consiste en la reintegración del estado de cosas existentes antes de la infracción. La restitución puede ser de cosas muebles sustraídas a ser posible en especie o inmuebles usurpados, con abono de los deterioros o menoscabos que el juez o tribunal determinen. Ha de hacerse aun cuando se hallen en poder de un tercer adquirente de buena fe y por medios legales. Tiene este tercero, eso sí, derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. No podrá haber restitución de la cosa adquirida por tercero en la forma y los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable conforme a los arts. 464 CC y 85, 86, 324 y 545 del CCo.

28.4.2. La reparación del daño y la indemnización de perjuicios

Según el art. 112 CP, la reparación del daño puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

El art. 113 CP señala que «la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros».

El Código penal no explica con claridad la diferencia entre ambas que en el Código civil son utilizadas como sinónimas en los arts. 1902 y ss. El daño comprendería el emergente, o las consecuencias directas, y el perjuicio o las consecuencias indirectas o el lucro cesante (Antón Oneca, 1949, 622).

Otro problema plantea la distinción entre perjuicios materiales y morales que el Código hace sin especificarlos. Los morales, en la medida que se mencionan en contraposición de los materiales, serían los no susceptibles de ser evaluados patrimonialmente (Córdoba *et al.*, 1972, 580). Hay en este aspecto un amplio margen para el arbitrio judicial.

El CP, en su art. 114, establece una pauta para el cálculo de los daños, en todo caso a la baja, señalando que «si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización».

En el art. 115 CP se reitera la obligación judicial de motivar, señalando específicamente que, en la fijación de la cuantía de los daños e indemnizaciones, han de establecerse razonadamente las bases en que la fundamenten.

28.5. *Las personas civilmente responsables*

Hay que distinguir entre los responsables civiles directos, la responsabilidad civil en caso de eximentes y los responsables civiles subsidiarios.

28.5.1. Responsables civiles directos

La regla general es que toda persona responsable criminalmente, esto es, *autores y cómplices*, lo sea también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. El art. 116 CP regula esta obligación en el supuesto de que sean dos o más los responsables. Señala el precepto que el juez o tribunal señalará la cuota de que deba responder cada uno, debiendo entenderse que lo puede hacer discrecionalmente.

El aludido artículo señala que si concurrieren varios autores cada uno será responsable solidario, lo que significa, de acuerdo con los arts. 1144 y ss. CC, que cada uno de los autores está obligado a la totalidad de la obligación que el juez o tribunal ha fijado para esta categoría. La misma regla se observa en el caso de varios cómplices.

Cada uno de ellos es responsable por la totalidad fijada para los cómplices.

Sin perjuicio de establecer la solidaridad de los coautores entre sí y todos los cómplices entre sí, el precepto señala una responsabilidad subsidiaria y recíproca entre autores y cómplices. De este modo, si el acreedor no puede cobrar las cuotas de los autores, cada uno de los cómplices deberá responder por la totalidad. Por el contrario, si el acreedor no puede cobrar de los cómplices, responderán solidariamente los autores. En el inciso 2.º del párrafo 2 del art. 116 CP se establece un orden de prelación para la responsabilidad subsidiaria señalándose que primero se hará efectiva en los bienes de los autores, y después en los de los cómplices.

En el último párrafo del art. 116 CP se establece que «tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno».

Además de la responsabilidad de los autores y cómplices, el art. 117 CP establece la responsabilidad directa del *asegurador*. Establece este precepto que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

28.5.2. Responsabilidad civil en caso de eximentes

En el art. 118 CP se enumeran los casos en que la exclusión de responsabilidad criminal por concurrir alguna eximente de las del art. 20 CP, no implica exclusión de la obligación civil de reparar. También se mencionan a otras personas a las que se extiende la responsabilidad civil nacida del hecho cometido por el que ha quedado exento de responsabilidad criminal.

Los supuestos son los siguientes:

1) Por los hechos ejecutados por personas comprendidas en los números 1.º y 3.º del art. 20 CP, son *también* responsables directos quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte. Del texto se desprende que estos exentos de responsabilidad criminal no lo están

de la civil. El precepto hace además civilmente responsables directos a los guardadores, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte. La culpa a que se refiere el texto ciertamente no puede ser penal, pues en este caso serían criminalmente responsables. Se trata de una culpa civil *in vigilando*. Ahora bien, el art. 1903 CC amplía más el caso de responsabilidad de los guardadores que el CP, pues carga sobre las personas mencionadas la prueba de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Luego, hay que concluir que la responsabilidad civil, se extiende a más casos que en el CP.

2) En el supuesto del número 2.º del art. 20 CP se establece la responsabilidad directa del ebrio y del intoxicado. En este sentido hay que interpretar la voz «igualmente» del precepto.

3) En el caso del número 5 del art. 20 CP (estado de necesidad) son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción *al perjuicio* que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el juez o tribunal establezca según su prudente arbitrio. El que responde es el beneficiado, no el autor material del hecho.

4) En el caso del número 6 del art. 20 CP (miedo insuperable) responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

La responsabilidad de los causantes del miedo se derivará generalmente de una acción punible dolosa o culposa y se les podrá exigir entonces ya como autores o cómplices, conforme al art. 116 CP.

5) En el caso del art. 14 CP (error) serán responsables civiles los autores del hecho. En el art. 14 CP se regula, entre otros, el error de tipo y el error de prohibición, que son los únicos casos en que el error, cuando es invencible, exime de responsabilidad criminal. Luego, sólo a estos errores puede estar referida, la regla del art. 118.2 CP.

Como puede observarse, la regla general es que una causa de exención de responsabilidad criminal exima también de responsabilidad civil. La excepción son los casos aquí señalados. Otro punto a tomar en cuenta es que las causas de justificación excluyen tanto de una responsabilidad como de la otra. Ello es lógico, pues la antijuridicidad es una categoría de todo el Derecho. No es una excepción la regla del art. 118.3 CP, pues queda obligado aquel en cuyo favor se haya precavido el mal, que no necesariamente el autor del hecho y éste responde no tanto por el daño, sino por haberse beneficiado con el daño que el otro sufre.

Por último, en el art. 122 CP se contempla otro supuesto de

responsabilidad civil directa para el que a título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta. Está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación. Se fundamenta en el principio de inadmisibilidad del enriquecimiento injusto.

28.5.3. Responsables civiles subsidiarios

El art. 118 CP, que acabamos de examinar, parte del hecho de que el autor no es responsable criminalmente y establece casos de responsabilidad civil principal. Ello no obsta para que establezca casos de responsabilidad civil subsidiaria en los arts. 120 y 121 CP. Estos preceptos parten de la existencia de una responsabilidad civil y criminal del autor del hecho. Estos preceptos entran en juego cuando el responsable criminalmente no puede hacer frente a la responsabilidad civil que le incumbe en virtud del art. 116 CP.

El art. 120 CP contempla los siguientes supuestos, que lo son de *culpa in vigilando, in eligendo o in educando*:

1) Responsabilidad de los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas titulares de algún medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de que sean titulares. Esta responsabilidad será solidaria si se trata de un delito de injuria o calumnia de la persona física o jurídica que sea propietaria del medio informativo, de acuerdo con el art. 212 CP.

3) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas titulares de los vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por

los delitos o faltas cometidos en el utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

En el art. 121 CP se contempla la responsabilidad del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos por los daños causados por los penalmente responsables, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones en las condiciones señaladas en el precepto.

28.6. *Extinción de la responsabilidad civil*

Las reglas aplicables en materia de extinción de la responsabilidad civil, son las que contempla el CC para la extinción de las obligaciones, esto es, los arts. 1156 y ss. CC. El ofendido puede renunciar a la satisfacción de las responsabilidades civiles, de acuerdo con el art. 106, párrafo 2.º CP *in fine*.

Bibliografía

- Bajo Fernández, M. (1978): «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal»: *Revista de Derecho Público*, pp. 707-719.
- González Rus, J. J. (1979): «El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito»: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Lamarca Pérez, C. (1995): «La mediación penal: una alternativa a la solución judicial de los conflictos», en *Mediación: una alternativa extrajudicial*, Madrid, pp. 133-137.
- Soto Nieto, F. (1996): «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (artículo 121 del Código Penal)»: *La Ley*, 1, pp. 1658-1661.
- Soto Nieto, F. (1996): «Responsabilidad civil directa de las Compañías de Seguros de responsabilidad civil. Seguro voluntario (artículo 117 del Código Penal)»: *La Ley*, 3, pp. 1286-1289.
- Soto Nieto, F. (1996): «Declaración de responsabilidad subsidiaria del Estado y entes públicos en el procedimiento penal»: *La Ley*, 3, pp. 1364-1366.

LAS COSTAS PROCESALES, ORDEN DE PRELACIÓN DE PAGOS Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

29.1. *Las costas procesales*

El pago de las costas procesales es una consecuencia de carácter procesal. Por eso, acertadamente, su regulación se contempla en los arts. 239 y ss. LECr que dan contenido al Título XI del Libro I de ese cuerpo legal. No obstante, también en el CP, concretamente en los arts. 123 y 124, se hace referencia a esta obligación pecuniaria señalándose en el primero de ellos, que las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Por su parte, el art. 124 CP establece que éstas comprenderán los derechos o indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

29.2. *Orden de prelación de pagos*

Ante la presencia de responsabilidades pecuniarias de distinta naturaleza, el CP, en el art. 126, ha establecido un orden de prelación señalando que los pagos que deba efectuar el penado o el responsable civil subsidiario deben imputarse: 1) a la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios; 2) a la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa; 3) a las costas de acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago; 4) a las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados; 5) a la multa. El art. 126.2 CP altera este orden de prela-

ción para el caso de los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, señalando que las costas del acusador privado se pagarán con preferencia a la indemnización del Estado.

El art. 125 CP faculta al juez o tribunal para fraccionar el pago, previa audiencia del perjudicado, cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez por todas las responsabilidades pecuniarias, señalando según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período o importe de los plazos.

29.3. *Las consecuencias accesorias*

De entre las consecuencias accesorias contenidas en el Título VI del Libro II CP hay que distinguir entre el comiso y las consecuencias aplicables a personas jurídicas.

29.3.1. El comiso

Está regulado en los arts. 127 y 128 CP. Es una consecuencia accesoria que se impone por un delito o falta doloso consistente en la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

El comiso está sujeto a las siguientes limitaciones: *a)* no puede ser ordenado por la comisión de un delito o falta imprudente; *b)* no pueden decomisarse los bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

Sin embargo, a pesar de estas limitaciones, de acuerdo con el art. 128 CP, es facultativo para el juez o tribunal decretar el comiso total o parcial de dichos bienes aun cuando sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o incluso se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles. Sin duda, este precepto deja un amplio margen para la arbitrariedad. El juez o tribunal, aun cuando no lo diga el precepto, tendrá que motivar convincentemente su decisión.

Los bienes decomisados si son de lícito comercio, serán vendidos y su producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del penado. Si no son de lícito comercio, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente, y, en su defecto, se inutilizarán.

29.3.2. Consecuencias aplicables a personas jurídicas

Son muchas las razones que se han dado para dejar al margen del derecho penal a las personas jurídicas. Sin duda la más obvia es el principio de legalidad. Los códigos penales sólo contemplan prohibiciones y mandatos para las personas naturales. Pero nada impediría la construcción de un sistema de sanciones, ciertamente difícil y sin duda completamente distinto, para las personas jurídicas. El principio *societas delinquere non potest*, es sólo la confirmación del hecho de que las personas jurídicas son una ficción, sin duda necesaria, entre otras cosas, para el tráfico mercantil. Pero de ningún modo puede elevarse a la categoría de principio ontológico que impida construcciones con sanciones que afecten a las personas jurídicas.

El art. 129 CP bajo el eufemismo «consecuencias» contempla verdaderas penas para las personas jurídicas que, según se señala en el último párrafo, «estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Esta orientación preventiva no puede ser entendida desde una perspectiva preventivo especial, que sería insostenible pues resulta imposible pensar en tratamiento o inocuización de una ficción, sino desde la perspectiva de protección de la víctima que está siendo objeto de abusos por personas naturales que actúan bajo el amparo de una sociedad o empresa. Confirma lo dicho el propio texto cuando singulariza la finalidad de las llamadas «consecuencias» en la prevención de la *continuidad delictiva*. En esta línea está el párrafo 2.º del art. 129 CP cuando señala que la clausura temporal de la empresa y la suspensión de actividades podrá ser decretada por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.

Ahora bien, no puede perderse de vista que estas «consecuencias», si bien directamente afectan al funcionamiento e incluso existencia de una persona jurídica, en último término repercuten en personas naturales, que incluso pueden ser totalmente ajenas al uso instrumental que se hizo de la persona jurídica para la comisión de un delito. De ahí que su aplicación no pueda estar al margen de las garantías penales y de los principios que las informan, especialmente los de necesidad (en concreto su aspecto *proporcionalidad*) y dignidad de la persona. El juez o tribunal debe cuidar que la aplicación de estas sanciones no sea expresión de una responsabilidad objetiva.

En cierta medida el art. 129 CP toma algunas precauciones en contra de la arbitrariedad. Desde luego, confirma el principio de legalidad cuando limita la facultad del juez o tribunal a los supuestos previstos en el Código. En línea garantista también hay que inter-

prestar la necesaria audiencia de los titulares o representantes legales de la persona jurídica y la reiteración de la obligación de motivar la imposición de las consecuencias. En todo caso, se echa de menos una referencia expresa en el sentido de que le son aplicables tanto el régimen general de garantías, como las reglas de prescripción de la pena (Mapelli y Terradillos, 1996, 219). En todo caso, aun cuando no exista esa referencia expresa, sin duda la aplicación de estas «consecuencias» está sujeta a ciertos condicionamientos garantistas que necesariamente deberán observarse si no se quiere que sean expresión de pura arbitrariedad. Desde luego, la responsabilidad de las personas jurídicas tendrá que fundamentarse en su participación o colaboración en la actuación delictiva de la persona natural en el hecho delictivo. Esta colaboración puede concretarse en una decisión puntual tomada en sus órganos sociales o en su fundación con la elaboración de unos estatutos sociales flexibles en los controles y falta de transparencia en la toma de decisiones. Comprobada esta participación o colaboración, será necesario establecer una relación determinada de adecuación entre esa colaboración y el actuar injusto de la persona natural (Bustos, 1995, 24).

Las «consecuencias» que se pueden imponer son: *a*) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no puede exceder de cinco años; *b*) disolución de la sociedad, asociación o fundación; *c*) suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; *d*) prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, no podrá exceder de cinco años; *e*) la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

Bibliografía

- Bustos Ramírez, J. (1995): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, pp. 15-26.
- Rodríguez Ramos, L. (1996): «¡Societas delinquere non potest!»: *La Ley*, 4.136.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1977): «La pena de comiso»: *Revista de Estudios Penitenciarios*, 216-219, pp. 7 ss.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1983): *Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, Madrid.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Antón Oneca, J. (1949): *Derecho Penal*, Madrid.
- Bacigalupo, E. (1994): *Principios de Derecho Penal español*, II: *El hecho punible*, Madrid, 3.ª ed.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L., García Rivas, N., Ferré Olivé, J. C. y Serrano Piedecabras, J. R. (1996): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona.
- Cerezo Mir, J. (1995): *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I: Introducción*, Madrid, 5.ª ed.
- Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S. (1996): *Derecho Penal. Parte General* [ed. de Valdecabres Ortiz], Valencia, 4.ª ed.
- Córdoba Roda, J. (1962): «Notas» a R. Maurach (1962).
- Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G. y Casabó Ruiz, J. R. (1972): *Comentarios al Código Penal I y II*, Barcelona.
- Cuello Contreras, J. (1993): *El derecho penal español. Curso de Iniciación. Parte General*, I.
- Fernández Carrasquilla, J. (1994): *Concepto y límites del derecho penal*, Bogotá, 2.ª ed.
- Fernández Carrasquilla, J. (1995): *Derecho Penal Fundamental I y II*, 2.ª ed. (reimp.), Bogotá.
- Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [trad. de Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Cantarero Bandrés y Terradillos Basoco], Trotta, Madrid, 1997.
- García Pablos, A. (1995): *Derecho Penal. Introducción*, Madrid.
- Gimbernat Ordeig, E. (1979): *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid.
- Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nosete, J. y Cortés Domínguez, V. (1992): *Derecho Procesal II. Proceso Penal*, Valencia, 4.ª ed.
- Gómez Benítez, J. M. (1985): *Teoría jurídica del delito*, Madrid.
- Gracia Martín, L. (coord.) (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia.

- Groizard y Gómez de la Serna, A. (1923): *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, 7 tomos, Madrid, 3.^a ed.
- Hassemer, W. (1984): *Fundamentos del derecho penal* [trad. y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero], Barcelona.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989): *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia.
- Jakobs, G. (1995): *Derecho Penal. Parte General* [trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo], Madrid.
- Jescheck, H. H. (1982): *Tratado de Derecho Penal* [trad. de la 3.^a ed. alemana y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde; trad. de Manzanares Samaniego de la 4.^a edición], Barcelona.
- Jiménez de Asúa, L. (1977): *Tratado de Derecho Penal*, 7 tomos, Buenos Aires.
- Landecho Velasco, C. M. y Molina Blázquez C. (1996): *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 5.^a ed.
- Landrove, G. (1996a): *Introducción al Derecho Penal español* [revisada y puesta al día con Fernández Rodríguez], Madrid, 4.^a ed.
- Landrove, G. (1996b): *Las consecuencias jurídicas del delito* [revisada y puesta al día con Fernández Rodríguez], Madrid, 4.^a ed.
- Liszt, F. von (s/f): *Tratado de Derecho Penal* [trad. y adiciones de Saldaña y Jiménez de Asúa], Madrid.
- López Garrido, D. y García Arán, M. (1996): *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid.
- Luzón Peña, D. M. (1996): *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid.
- Mapelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J. (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 3.^a ed.
- Maurach, R. (1962): *Tratado de Derecho Penal* [trad. y notas de Córdoba Roda], Barcelona.
- Mezger, E. (1935): *Tratado de Derecho Penal* [trad. y notas de Rodríguez Muñoz], Madrid.
- Mir Puig, S. (1981): «Adiciones» a H. H. Jescheck (1982).
- Mir Puig, S. (1982): *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona.
- Mir Puig, S. (1996): *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 4.^a ed.
- Morillas Cuevas, L. (1996): *Curso de derecho penal español. Parte General* [dirigido por Cobo del Rosal], Madrid.
- Muñoz Conde, F. (1985): *Derecho Penal y Control Social*, Jerez de la Frontera.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (1996): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2.^a ed.
- Novoa Monreal, E. (1985): *Curso de derecho penal chileno*, Santiago de Chile, 2.^a ed.
- Octavio de Toledo y Ubieta, E.: *Sobre el concepto de derecho penal*, Madrid.
- Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo S. (1986): *Teoría del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid.
- Pérez, L. C. (1987): *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá.
- Polaino Navarrete, M. (1990): *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Barcelona, 2.^a ed.
- Quintero Olivares, G. (1996): *Curso de Derecho Penal. Parte General* [con la colaboración de Morales Prats y Prats Canut], Madrid.
- Reyes A. (1984): *Derecho Penal*, Bogotá, 3.^a ed.

- Rodríguez Devesa, J.M. y Serrano Gómez, A. (1993): *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 16.ª ed.
- Rodríguez Mourullo, G. (1977): *Derecho Penal, Parte General*, I, Madrid.
- Rodríguez Muñoz, J. A. (1935): «Notas» a E. Mezger (1935).
- Rodríguez Ramos, L. (1985): *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2.ª ed.
- Rosal, J. del (1960): *Derecho penal español*, Madrid.
- Sainz Cantero, J. A. (1990): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 3.ª ed.
- Silva Sánchez, J. M. (1992): *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona.
- Silvela, L. (1874-1879): *Derecho penal estudiado en principios y en legislación vigente en España* [revisada por Silvela], 2.ª ed.
- Stratenwerth, G. (1982): *Derecho Penal. Parte General. I* [trad. de G. Romero], Madrid.
- Velásquez, F. (1994): *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 2.ª ed.
- Welzel, H. (1976): *Derecho Penal alemán* [trad. de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez], Santiago de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (1980-1983): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5 tomos, Buenos Aires.
- Zugaldía, J. M. (1993): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, 3.ª ed.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---------------------------|----|
| <i>Contenido</i> | 7 |
| <i>Prólogo</i> | 9 |
| <i>Abreviaturas</i> | 11 |

PARTE PRIMERA: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL

| | |
|--|----|
| 1. CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL | 15 |
| 1.1. Concepto de control social | 15 |
| 1.2. Formas de control social | 16 |
| 1.2.1. El control social de acción: la construcción de la conformidad con el mundo social | 16 |
| 1.2.2. El control social de respuesta o reacción | 18 |
| 1.2.2.1. El control penal | 19 |
| 1.3. Tendencias actuales en el control social | 20 |
| <i>Bibliografía</i> | 22 |
| 2. CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL | 24 |
| 2.1. Concepto | 24 |
| 2.2. Posiciones legitimadoras del control penal | 24 |
| 2.3. Hacia la superación de la legitimación del poder coactivo del Estado | 26 |
| 2.4. La deslegitimación del poder coactivo del Estado | 26 |
| <i>Bibliografía</i> | 28 |
| 3. LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL | 29 |
| 3.1. Concepto de política criminal | 29 |
| 3.2. La política criminal de un Estado social y democrático de derecho | 31 |

| | |
|--|----|
| 3.3. El sistema penal en el Estado social y democrático de derecho como sistema de garantías | 32 |
| <i>Bibliografía</i> | 34 |
| 4. EL DERECHO PENAL OBJETIVO | 35 |
| 4.1. Concepto | 35 |
| 4.2. Las normas penales | 36 |
| 4.2.1. Origen, carácter y estructura de la norma jurídica .. | 36 |
| 4.2.2. La estructura del sistema jurídico y la norma | 39 |
| 4.3. Resumen y conclusiones | 40 |
| 4.4. Derecho penal, derecho penal administrativo y derecho disciplinario | 41 |
| <i>Bibliografía</i> | 43 |
| 5. LA PENA Y SUS TEORÍAS | 44 |
| 5.1. Planteamiento | 44 |
| 5.2. Las teorías absolutas de la pena | 45 |
| 5.2.1. Análisis crítico | 46 |
| 5.3. Las teorías relativas de la pena | 47 |
| 5.3.1. La prevención general | 47 |
| 5.3.1.1. La prevención general intimidatoria | 47 |
| 5.3.1.1.1. Análisis crítico | 48 |
| 5.3.1.2. La prevención general positiva o integradora | 49 |
| 5.3.1.2.1. Análisis crítico | 50 |
| 5.3.2. La prevención especial | 50 |
| 5.3.2.1. Análisis crítico | 51 |
| 5.3.2.2. La pena en el sistema constitucional español | 52 |
| 5.4. Las teorías de la unión | 53 |
| 5.5. Posición personal: una nueva concepción de la pena | 54 |
| 5.5.1. ¿Qué es la pena? | 54 |
| 5.5.2. La imposición de la pena | 54 |
| 5.6. Derecho penal de alternativas | 55 |
| <i>Bibliografía</i> | 56 |
| 6. EL BIEN JURÍDICO | 57 |
| 6.1. Planteamiento | 57 |
| 6.2. Concepto | 57 |
| 6.3. La necesidad de protección | 59 |
| 6.3.1. Ideología y política criminal | 59 |
| 6.3.2. La satisfacción de necesidades humanas | 60 |
| 6.4. Funciones del bien jurídico | 61 |
| <i>Bibliografía</i> | 62 |

| | | |
|----------|--|----|
| 7. | EL DERECHO PENAL SUBJETIVO Y SUS LÍMITES (I) | 63 |
| 7.1. | Concepto | 63 |
| 7.2. | Las garantías penales o límites al <i>jus puniendi</i> en la creación o producción de normas | 65 |
| 7.2.1. | El principio de la absoluta necesidad de la intervención (Beccaria, 1987, 27-56) | 65 |
| 7.2.1.1. | La consideración del control penal desde sus consecuencias | 66 |
| 7.2.1.2. | El principio de <i>extrema ratio</i> y de subsidiariedad | 66 |
| 7.2.1.3. | El principio del carácter fragmentario del derecho penal | 66 |
| 7.2.1.4. | El principio de proporcionalidad | 67 |
| 7.2.1.5. | El principio del <i>non bis in idem</i> | 67 |
| 7.2.1.6. | El principio de alternatividad | 68 |
| 7.2.2. | El principio de la dignidad de la persona | 68 |
| 7.2.3. | El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos | 69 |
| 7.2.4. | El principio de culpabilidad | 69 |
| | <i>Bibliografía</i> | 70 |
| 8. | EL DERECHO PENAL SUBJETIVO Y SUS LÍMITES (II) | 71 |
| 8.1. | Introducción | 71 |
| 8.2. | Los límites al <i>jus puniendi</i> en la aplicación de la norma | 71 |
| 8.2.1. | El principio del proceso debido | 72 |
| 8.2.1.1. | <i>Nulla culpa sine iudicio</i> | 73 |
| 8.2.1.2. | <i>Nullum iudicium sine accusatione</i> | 74 |
| 8.2.1.3. | <i>Nulla accusatio sine probatione</i> | 74 |
| 8.2.1.4. | <i>Nulla probatio sine defensione</i> | 75 |
| 8.2.2. | Otros modelos procesales | 76 |
| 8.2.3. | Las garantías penales y sus manifestaciones en el proceso debido | 77 |
| 8.2.3.1. | El principio de necesidad de la pena | 77 |
| 8.2.3.2. | El bien jurídico | 78 |
| 8.2.3.3. | El principio de dignidad de la persona | 78 |
| | <i>Bibliografía</i> | 79 |
| 9. | EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD | 80 |
| 9.1. | Alcance del principio de legalidad | 80 |
| 9.1.1. | El principio de legalidad en la creación de normas penales (garantía criminal y penal) | 80 |
| 9.1.1.1. | Concepto, fundamentación y enunciación del principio | 80 |
| 9.1.1.2. | Contenido del principio | 81 |

| | |
|--|------------|
| 9.1.1.2.1. La reserva de ley (<i>nullum crimen nulla poena sine lege scripta</i>) ... | 81 |
| 9.1.1.2.2. La exigencia de taxatividad y de certeza (<i>nullum crimen nulla poena sine lege stricta</i>) | 82 |
| 9.1.1.2.3. La exigencia de irretroactividad (<i>nullum crimen nulla poena sine lege praevia</i>) | 82 |
| 9.1.1.2.4. El principio de legalidad en la Constitución: garantía criminal y penal | 83 |
| 9.1.2. El principio de legalidad en la aplicación de normas penales (garantía jurisdiccional y de ejecución) | 86 |
| 9.1.2.1. El principio de legalidad en el proceso penal (garantía jurisdiccional y penal) | 87 |
| 9.1.2.2. El principio de legalidad en la ejecución penal (garantía de ejecución) | 89 |
| Bibliografía | 89 |
| 10. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL | 90 |
| 10.1. La reserva de ley | 90 |
| 10.2. Las leyes penales incompletas | 90 |
| 10.2.1. La ley penal en blanco | 91 |
| 10.2.2. Los tipos abiertos | 92 |
| 10.3. Otras fuentes | 93 |
| 10.3.1. Costumbre y principios generales del derecho | 93 |
| 10.3.2. La jurisprudencia | 94 |
| 10.3.3. La analogía | 95 |
| Bibliografía | 95 |
| 11. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL | 96 |
| 11.1. Planteamiento general | 96 |
| 11.2. El fin de la interpretación | 97 |
| 11.3. Otras clasificaciones | 98 |
| 11.4. La interpretación analógica | 99 |
| 11.5. El concurso aparente de leyes penales | 99 |
| 11.6. La argumentación | 102 |
| Bibliografía | 103 |
| 12. LA LEY PENAL EN EL TIEMPO | 104 |
| 12.1. Regla general y alcance de la misma | 104 |
| 12.1.1. Alcance del principio a las leyes procesales penales | 105 |
| 12.1.2. Alcance del principio a las leyes penales en blanco | 106 |

INDICE GENERAL

| | |
|--|------------|
| 12.1.3. El principio de la retroactividad de la ley más favorable | 106 |
| 12.1.3.1. La ley intermedia | 107 |
| 12.1.3.2. Las leyes temporales y excepcionales ... | 108 |
| 12.1.3.3. La <i>lex tertia</i> | 109 |
| 12.1.3.4. La jurisprudencia | 109 |
| 12.1.4. El tiempo del hecho delictivo | 109 |
| <i>Bibliografía</i> | 110 |
| 13. LA LEY PENAL EN EL ESPACIO | 111 |
| 13.1. Los principios generales aplicables | 111 |
| 13.1.1. Territorialidad de la ley penal | 111 |
| 13.1.2. Extraterritorialidad o ultraterritorialidad de la ley | 112 |
| 13.1.2.1. El principio personal | 112 |
| 13.1.2.2. El principio real o de defensa o de protección | 113 |
| 13.1.2.3. El principio universal o mundial | 113 |
| 13.1.2.4. El principio de justicia supletoria y de domicilio | 114 |
| 13.2. Lugar del hecho delictivo | 114 |
| 13.3. El derecho internacional penal y el derecho penal internacional | 115 |
| 13.3.1. El derecho internacional penal | 115 |
| 13.3.2. El derecho penal internacional | 116 |
| 13.3.2.1. La extradición | 116 |
| 13.3.2.1.1. La extradición en el derecho español | 117 |
| 13.3.2.2. El asilo | 120 |
| <i>Bibliografía</i> | 120 |
| 14. LA LEY EN CUANTO A LAS PERSONAS | 122 |
| 14.1. Cuestiones generales | 122 |
| 14.2. El principio de inviolabilidad | 122 |
| 14.3. Las exenciones | 123 |
| 14.4. Las inmunidades | 123 |
| <i>Bibliografía</i> | 124 |
| PARTE SEGUNDA: ESQUEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y DEL SUJETO RESPONSABLE | |
| 15. TEORÍA DEL DELITO Y SU EVOLUCIÓN | 127 |
| 15.1. Explicación preliminar | 127 |
| 15.2. Finalidad de una teoría del delito y del sujeto responsable | 127 |

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|------------|
| 18.4.3. La no exigibilidad de otra conducta | 156 |
| <i>Bibliografía</i> | 156 |
| 19. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN Y PARTICIPACIÓN | 158 |
| 19.1. Explicación preliminar | 158 |
| 19.2. Planteamiento | 158 |
| 19.3. Las formas imperfectas de ejecución | 159 |
| 19.4. La participación | 161 |
| <i>Bibliografía</i> | 162 |
| | |
| PARTE TERCERA: TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA | |
| | |
| 20. TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA | 165 |
| 20.1. Planteamiento general | 165 |
| 20.1.1. El principio de necesidad de la pena | 166 |
| 20.1.2. El principio de indemnidad de la persona | 167 |
| 20.1.3. Excurso: la pena de muerte | 168 |
| <i>Bibliografía</i> | 169 |
| | |
| 21. LAS CLASES DE PENAS | 170 |
| 21.1. Según su autonomía: penas principales y penas accesorias | 170 |
| 21.2. Según su gravedad: penas graves, menos graves y leves ... | 172 |
| <i>Bibliografía</i> | 173 |
| | |
| 22. LAS CLASES DE PENAS: LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD | 174 |
| 22.1. Las penas privativas de libertad | 174 |
| 22.2. Origen, evolución, función y crisis de la pena privativa de libertad | 176 |
| 22.3. La suspensión de la ejecución | 178 |
| 22.3.1. Penas que pueden suspenderse | 179 |
| 22.3.2. Requisitos de la suspensión | 181 |
| 22.3.3. Requisitos de la suspensión extraordinaria de la pena privativa de libertad | 182 |
| 22.3.4. Condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión | 183 |
| 22.3.5. La revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad y la infracción de las condiciones | 183 |
| 22.3.6. Efectos de la suspensión de la ejecución de la pena | 184 |
| 22.4. La sustitución de la pena privativa de libertad | 184 |
| 22.4.1. La sustitución de la pena de prisión inferior a un año | 185 |

| | |
|---|------------|
| 22.4.2. La sustitución excepcional de la pena de prisión inferior a dos años | 186 |
| 22.4.3. La sustitución de la pena de arresto de fin de semana | 186 |
| 22.4.4. La sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a un extranjero no residente legalmente en España | 186 |
| 22.4.5. El quebrantamiento o incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva | 187 |
| <i>Bibliografía</i> | 188 |
| 23. LAS CLASES DE PENAS: LA PENA PECUNIARIA, LAS PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD Y LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS | 189 |
| 23.1. La pena pecuniaria | 189 |
| 23.1.1. Planteamiento general | 189 |
| 23.1.2. El sistema de días-multa | 189 |
| 23.1.3. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago | 190 |
| 23.1.4. La pena de multa proporcional | 191 |
| 23.2. Las penas restrictivas de libertad | 191 |
| 23.3. Las penas privativas y restrictivas de derechos | 192 |
| <i>Bibliografía</i> | 192 |
| 24. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA | 194 |
| 24.1. Planteamiento general | 194 |
| 24.2. Los criterios de determinación de la pena | 195 |
| 24.2.1. El criterio de culpabilidad | 196 |
| 24.2.2. El criterio preventivo general | 196 |
| 24.2.3. El criterio preventivo especial | 197 |
| 24.2.4. El criterio político-criminal sobre necesidad de la pena | 197 |
| 24.3. La determinación de la pena | 198 |
| 24.3.1. La determinación del marco general de pena según su grado | 198 |
| 24.3.1.1. Grado de desarrollo del delito y participación | 199 |
| 24.3.1.2. Las circunstancias atenuantes especiales | 200 |
| 24.3.2. La concreción de la pena dentro de ese grado | 201 |
| 24.3.3. La determinación de la pena en caso de pluralidad de delitos | 202 |
| 24.3.3.1. Pluralidad de hechos típicos y pluralidad de delitos (concurso real) | 203 |
| 24.3.3.2. Unidad de hecho y pluralidad de delitos (concurso ideal) | 204 |

INDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| 24.3.3.3. Pluralidad de hechos y un solo delito (delito continuado) | 206 |
| 24.3.3.4. El delito masa | 208 |
| 24.3.3.5. La pena | 209 |
| <i>Bibliografía</i> | 210 |
| 25. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD | 211 |
| 25.1. Antecedentes históricos | 211 |
| 25.2. Las medidas de seguridad postdelictuales | 212 |
| 25.3. Las medidas de seguridad predelictuales | 214 |
| 25.4. Las medidas de seguridad en el derecho penal español | 215 |
| 25.4.1. La expresión «peligrosidad criminal del sujeto» .. | 216 |
| 25.4.2. El alcance del término «delito» | 216 |
| 25.4.2.1. Las medidas de seguridad y el principio de legalidad | 217 |
| 25.4.2.2. La necesidad de medida de seguridad ... | 217 |
| 25.4.2.3. La determinación de la medida de seguridad | 218 |
| 25.5. Clases de medidas de seguridad | 219 |
| 25.6. Las medidas de seguridad y los menores | 220 |
| <i>Bibliografía</i> | 220 |
| 26. LA EJECUCIÓN DE LA PENA | 222 |
| 26.1. Precisión conceptual | 222 |
| 26.2. El principio de legalidad | 222 |
| 26.3. Formas de cumplimiento de la pena. Los sistemas penitenciarios | 223 |
| 26.3.1. El cumplimiento de la pena privativa de libertad en España | 224 |
| 26.3.1.1. La libertad condicional | 224 |
| 26.3.2. El cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana | 225 |
| <i>Bibliografía</i> | 226 |
| 27. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL | 227 |
| 27.1. Causas de extinción de la responsabilidad penal | 227 |
| 27.1.1. La muerte del reo | 227 |
| 27.1.2. El cumplimiento de la condena | 227 |
| 27.1.3. El derecho de gracia | 228 |
| 27.1.4. El perdón del ofendido | 228 |
| 27.1.5. La prescripción | 230 |
| 27.1.5.1. La prescripción del delito | 230 |
| 27.1.5.2. La prescripción de la pena | 231 |

| | |
|--|------------|
| 27.1.5.3. La prescripción de las medidas de seguridad | 232 |
| 27.2. La cancelación de los antecedentes delictivos | 232 |
| <i>Bibliografía</i> | 233 |
| 28. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO | 235 |
| 28.1. Aspectos generales | 235 |
| 28.2. La unidad de la acción civil y penal | 236 |
| 28.3. El ejercicio procesal de la responsabilidad civil | 236 |
| 28.4. Extensión de la responsabilidad civil | 237 |
| 28.4.1. La restitución | 237 |
| 28.4.2. La reparación del daño y la indemnización de perjuicios | 237 |
| 28.5. Las personas civilmente responsables | 238 |
| 28.5.1. Responsables civiles directos | 238 |
| 28.5.2. Responsabilidad civil en caso de eximentes | 239 |
| 28.5.3. Responsables civiles subsidiarios | 241 |
| 28.6. Extinción de la responsabilidad civil | 242 |
| <i>Bibliografía</i> | 242 |
| 29. LAS COSTAS PROCESALES, ORDEN DE PRELACIÓN DE PAGOS Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS | 243 |
| 29.1. Las costas procesales | 243 |
| 29.2. Orden de prelación de pagos | 243 |
| 29.3. Las consecuencias accesorias | 244 |
| 29.3.1. El comiso | 244 |
| 29.3.2. Consecuencias aplicables a personas jurídicas | 245 |
| <i>Bibliografía</i> | 246 |
| <i>Bibliografía general</i> | 247 |
| <i>Índice general</i> | 251 |

