MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

Dra. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA
JEREZ DE LA FRONTERA, 2006

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO PENAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

I. CONCEPTO

1. Definición. El Derecho penal objetivo.

2. El Derecho penal subjetivo

2.1. El ius puniendi.

2.2. La titularidad del ius puniendi desde la óptica del Derecho penal internacional

3. El delito como institución nuclear del Derecho penal

II. LAS RAZONES DEL DERECHO PENAL. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN Y LEGITIMACIÓN

1. Control social, violencia estructural y función simbólica del Derecho penal de la globalización

2. La fundamentación del Derecho penal. Modelos

2.1. El abolicionismo como respuesta a la crisis deslegitimadora del Derecho penal

2.2. El Derecho penal surgido de las teorías sistémico-funcionalistas (Modelo tecnocrático).

2.3. La propuesta garantista y el derecho penal mínimo

3. Razones y fundamentos del derecho penal. Hacia la construcción de un Derecho penal mínimo.

3.1. La integración de los fines preventivos y garantistas. Criterios de utilizad y de validez

3.2. Lineamientos básicos de un modelo de derecho penal mínimo y garantista desde el modelo de Estado consitucionalmente reconocido.

3.2.1. Constitución y garantismo penal

3.2.2. La exigencia de un Derecho penal mínimo

3.2.3. La tutela de los derechos fundamentales de “todos” los ciudadanos.

3.2.4. Los límites del Derecho penal como expresión de los fines de un derecho penal garantista: la minimización de la violencia arbitraria.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EJE CENTRAL DE UN DERECHO PENAL GARANTISTA

1. El principio de legalidad como garantía formal y factor de legitimación

2. El principio de mera legalidad como criterio de legitimación formal

2.1. Las garantías penales

2.2. La reserva de Ley Orgánica

2.3. El principio de estricta legalidad como criterio de legitimación sustancial

2.3.1. El mandato de determinación o taxatividad

2.3.2. La prohibición de analogía

2.4. La irretroactividad de la ley penal como corolario de los principios de mera legalidad y estricta legalidad

2.5. El principio de legalidad y la técnica de formulación positiva de las normas

2.5.1. Las normas penales en blanco: necesidad y criterios de validez.

2.5.2. Especial consideración de la denominada "accesoriedad administrativa".

3. Principios relativos al cuándo y cómo prohibir

3.1. El principio de ofensividad como límite a la intervención punitiva. Especial consideración a los delitos de peligro.

3.2. El bien jurídico como criterio de validez de la norma penal. Su reconstrucción desde al doble dimensión de límite negativo y exigencia positiva

3.2.1. La crisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

3.2.2. Concepto material de bien jurídico

3.2.3. Bien jurídico y Constitución

3.2.4. Derecho penal y Derecho comunitario ¿Bienes jurídicos europeos o política comunitaria?

3.3. El principio de intervención mínima como criterio rector de la política criminal

3.3.1. El derecho penal como *ultima ratio.* Eficacia penal/Eficientismo penal

3.3.2. La fragmentariedad del Derecho penal. Hacia la reelaboración de la jerarquía de los bienes jurídico-penales.

3.3.3. Ilícito penal e ilícito administrativo. Criterios de delimitación

3.4. El principio de culpabilidad

3.4.1. El principio de responsabilidad por el hecho o materialidad de la acción. La ilegitimidad de las normas penales constitutivas

3.4.2. La exigencia de dolo o imprudencia

3.4.3. La motivabilidad del autor como límite a la intervención penal

4. Principios relativos al cuándo y cómo castigar

4.1. Necesidad y humanidad de las penas

4.2. Los principios de proporcionalidad e igualdad

5. Los principios del Derecho penal y la legislación penal especial

CAPÍTULO TERCERO

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL. CUESTIONES METODOLÓGICAS

1. La Dogmática jurídico-penal como exigencia de un modelo garantista

2. La interrelación método-objeto. Principales direcciones metodológicas en Derecho penal

2.1. El positivismo jurídico y la jurisprudencia de conceptos

2.2. El neokantismo y el método teleológico

2.3. El ontologismo finalista

2.4. Orientaciones actuales. El método teleológico-valorativo

3. La triple función de la Dogmática jurídico-penal: interpretación de las normas, elaboración de un sistema y crítica del Derecho.

3.1. Interpretación de las normas penales. Teoría objetiva/teoría subjetiva. Criterios de interpretación.

3.2. La función sistemática como elaboración conceptual y de principios generales

3.3. La dogmática como crítica del Derecho penal

4. Pensamiento sistemático y pensamiento tópico. Hacia una Dogmática jurídico-penal como sistema abierto

5. La orientación de la Dogmática jurídico-penal a la realidad

5.1. Dogmática jurídico-penal y ciencias sociales

5.2. Dogmática jurídico-penal y Criminología. La observación de la realidad como base para la correcta delimitación del ámbito de actuación del Derecho penal

5.3. Dogmática jurídico-penal y Política Criminal en el marco de la Constitución de 1978

6. La resolución de los conflictos desde un modelo integrado de las Ciencias penales. El tratamiento de la inmigración clandestina como ejemplo de propuesta.

Capítulo
1

El Derecho penal. Concepto y fundamento.

Este primer capítulo tiene como objetivo el análisis del concepto y las razones del Derecho penal desde la perspectiva de los cambios que, tanto a nivel de contenido como de forma, viene experimentando. Cambios que, indudablemente, han de verse reflejados en las cuestiones relativas a la legitimación misma del sistema penal.

I. CONCEPTO.

1. Definición. Derecho penal objetivo.

Con la promulgación del *Code Pénal* francés de 1810 se populariza la denominación "Derecho penal" frente a la también utilizada hasta ese momento "Derecho criminal"[1]. En España, la denominación Derecho penal es casi unánime ya desde principios del

[1] Con ello se abandona un criterio puramente descriptivo (*ius criminale, Kriminalrecht*, Derecho criminal), que tenía un carácter omnicomprensivo (por ejemplo abarcaba también el derecho procesal penal), por uno sustantivo, pero sin caer en una interpretación determinada como sucedía con la denominación *peinliches Recht*, que daba a la pena un sentido de expiación. Véase BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Barcelona, 1984, pág. 4.

siglo XIX, no conociendo ni siquiera las excepciones que cabe señalar en otros ordenamientos jurídicos[2].

La insuficiencia de la actual denominación para abarcar las medidas de seguridad podría ser un argumento a favor de la reutilización del término "Derecho criminal". En todo caso, y a pesar de que se está ante una cuestión puramente terminológica, carente de cualquier trasfondo político, ideológico o jurídico[3], existen al menos dos argumentos que hacen preferible el adjetivo "penal" frente al de "criminal": de una parte no puede obviarse que lo que realmente denota que una conducta es delictiva es la pena que le sigue[4] y no las medidas de seguridad –que, lo mismo que otras consecuencias jurídicas, siguen estando en un segundo plano-; de otra, en el lenguaje coloquial, el término crimen suele reservarse para los delitos más graves.

El uso lingüistico de la expresión Derecho penal puede adoptar, a su vez, varios significados, entre los que es de destacar la ya clásica distinción entre Derecho penal objetivo y subjetivo. El Derecho penal aparece ante todo como ordenamiento, como conjunto de normas: como Derecho penal objetivo. Pero también puede y debe contemplarse desde la perspectiva de su titular: como el derecho del Estado a establecer normas penales y a aplicarlas, como Derecho penal subjetivo o *ius puniendi.*

Para definir el Derecho penal objetivo se puede utilizar, como punto de partida, la definición que hace más de un siglo diera VON LISZT, en cuya virtud el Derecho penal es el conjunto de reglas

---

[2] MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 19, nota 7.

[3] GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* Madrid, 1995, pág. 10.

[4] LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* Madrid, 1999, pág. 48. En idéntico sentido RODRIGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1995, pág. 13.

jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen, como hecho, la pena como legítima consecuencia. Con ello se consigue destacar dos notas características de esta disciplina: la titularidad –estatal- del *ius puniendi*, por una parte; y el contenido más característico-delito y pena- de la norma penal, por otra.

No obstante, la definición propuesta sólo puede ser un punto de partida, pues como acierta a señalar MIR PUIG, esta definición resulta hoy insuficiente frente a la ampliación del que, hasta el siglo pasado, había sido el contenido tradicional del Derecho penal[5]. Aunque la pena sigue siendo la consecuencia jurídico-penal por excelencia -y la que distingue al Derecho penal de otros derechos también sancionadores-, no es la única consecuencia jurídica que hoy conoce el Derecho penal. Tanto las medidas de seguridad como las consecuencias accesorias son posibles consecuencias jurídico-penales –únicas o junto con otra pena-, y ninguna de ellas puede ser calificada de pena. De la comisión de un delito o falta pueden derivarse además otras consecuencias jurídicas tales como la responsabilidad civil o la expulsión del ciudadano extranjero. Así, y teniendo exclusivamente en cuenta su contenido, se puede afirmar que el Derecho penal es el "*conjunto de normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto la pena y/o la medida de seguridad como consecuencias jurídicas más importantes*"[6].

[5] MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal,* cit., pág. 22.

[6] Algunos autores amplían la anterior definición añadiendo una referencia a la función asignada al Derecho penal. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de CARBONELL MATEU (*Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995, pág. 27) o en el de MIR PUIG (*Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., Barcelona, 2002, pág. 11). Aunque con ello se alude, ciertamente, ya en el concepto al papel a desempeñar por el Derecho penal, y más concretamente por la norma penal, entiendo que para el alumno puede resultar más clarificadora una exposición lineal en la que los nuevos conocimientos se vayan construyendo sobre los anteriores. Consecuentemente, y al efecto de no mezclar perspectivas diferentes, es preferible desde la perspectiva del docente relegar los pronunciamientos sobre la función del sistema penal a un momento posterior.

2. Derecho penal subjetivo.

2.1. El ius puniendi.

Con el término "poder punitivo del Estado" se está haciendo alusión a la potestad que tiene el Estado en relación con la creación y aplicación del Derecho penal derivada de la soberanía, y referida tanto a la capacidad de creación de normas penales como a su aplicación.

Tal potestad punitiva no puede ser entendida como un mero reflejo del Derecho penal objetivo, más bien, como advierte QUINTERO OLIVARES es el "Derecho penal objetivo el que puede considerarse como manifestación adjetivada del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, dentro de los condicionamientos en que la misma puede ser ejercitada", y en este sentido, el Derecho penal objetivo que se ha ido exponiendo a lo largo de las páginas anteriores, "no es sino la materialización de la forma en que el Estado entiende debe ser ejercida la potestad punitiva"[7].

Superada la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la potestad punitiva, que durante mucho tiempo ha sido presentada como un derecho subjetivo del Estado[8], son varios los argumentos que en la actualidad llevan a rechazar que la potestad punitiva del estado sea un derecho[9]. En este sentido se entiende con QUINTERO OLIVARES, que se está ante una potestad, ante un poder frente al cual el ciudadano no se encuentra en una relación jurídica de igualdad, sino meramente subordinado a ella. Ello no quiere decir, como advierte este autor, que

---

[7] QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* 3ª ed., Pamplona, 2002, pág. 42.

[8] CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 102.

[9] Véase QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* cit., págs. 46-48.

se tenga que tratar de un poder absoluto e ilimitado. Precisamente la configuración del Estado en la CE como Estado social y democrático de Derecho impiden, por una parte, la renuncia al Derecho penal; y exigen, por otra, el respeto a una serie de principios constitucionales que de ese modo se convierten en límites insoslayables para el Estado en el legítimo ejercicio de su potestad punitiva.

2.2. La titularidad del ius puniendi desde la óptica del Derecho penal internacional.

Durante las últimas décadas el Derecho penal ha experimentado importantes cambios desde la perspectiva del titular. El desarrollo y las líneas evolutivas del Derecho penal internacional requieren, como se verá a continuación, nuevos planteamientos en lo que se refiere al principio de la soberanía de los Estados en el ejercicio del *ius puniendi.*

La existencia de normas penales internacionales no supone en modo alguno un traslado a instituciones internacionales del *ius puniendi* propio de los Estados. Como indica BASSIOUNI, la historia de los sistemas internos de justicia penal nos muestra que éstos están formados instituciones, normas y procedimiento, y su característica esencial es la distinción entre las funciones legislativas, ejecutiva y judicial[10]. Esta distinción no es, sin embargo, algo evidente en el sistema internacional de justicia penal. Los crímenes internacionales llegan al sistema internacional a través de Convenciones, costumbres y principios generales y no como producto de un órgano legislativo. Son los Estados, en el ejercicio de su soberanía, los que a través del consenso reconocen y cooperan con ciertas instituciones de justicia penal surgidas en el orden internacional. Pero quizá, lo que verdaderamente impide que el sistema de justicia penal internacional

[10] BASSIOUNI, M. CH.: *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico,* Milán, 1999, pág. 2.

sea un sistema autónomo, desvinculado de la soberanía de los Estados, sea la imposibilidad en la mayor parte de los casos de llevar a cabo la ejecución de las sanciones. La sanción de la mayoría de los crímenes internacionales se ejecuta a través de los sistemas internos de justicia penal, previa recepción en los respectivos Derechos internos de las normas internacionales en la que se definen tales crímenes. Desde esta perspectiva, el Estado sigue siendo soberano en el ejercicio del *ius puniendi:* es el consenso de los Estados el que determina el carácter supranacional de las "normas" en la que se definen y sancionan crímenes internacionales; la aplicación de tales normas en el territorio de cada uno de los Estados que han manifestado su acuerdo requiere a su vez que el Estado, en un acto de soberanía, incorpore tales normas a su ordenamiento jurídico interno; y , por último, es el Estado, y no un órgano internacional, el que ejecuta la sanción.

Este sistema de ejecución indirecta depende, pues, de la capacidad del sistema de justicia penal interno de "rompiere indagini", arrestar, procesar y enjuiciar, de modo imparcial y eficaz, a la persona acusada. Y eso, en la medida en que depende de la voluntad de los Estados, implica el ejercicio de su soberanía.

Consecuentemente, un sistema ideal de ejecución directa debería comprender no sólo un órgano judicial, sino además ser un sistema internacional de justicia penal verticalmente integrado y global, en el que estén presentes todos los componentes de los sistemas de justicia penal internos, esto es: "indagini", procedimiento, decisión, sanción y su ejecución[11]. Para ello sería preciso que los Estados renunciaran completamente a su soberanía con respecto a los crímenes internacionales en cuestión. Pero ni siquiera los Tribunales penales

[11] BASSIOUNI, M. CH.: *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., pág. 185.

internacionales para Ruanda y para la ex-Yugoslavia han representado una cesión voluntaria de su soberanía por parte de los Estados, ya que ambos fueron creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con una competencia limitada en cuanto al objeto, tiempo y espacio.

En todo caso, la experiencia de estos Tribunales ha sido determinante para la creación y establecimiento de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente que asegure la aplicación del derecho internacional humanitario, cuyas violaciones no deberían quedar impunes. Así, el 17 de julio de 1998, tras varios años de trabajo, se aprueba en Roma el "Estatuto de la Corte Penal Internacional". Su principal objetivo es procurar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, en cuanto constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, no queden sin castigo.

Pero ni la aprobación del Estatuto de Roma, ni la puesta en marcha de la Corte, permiten afirmar la existencia de un *ius puniendi* supranacional, distinto al de los Estados: la Corte sólo es competente frente a nacionales de Estados que, en un acto de soberanía, hayan ratificado el Estatuto –o hayan prestado su consentimiento para el caso concreto-, y siempre que los Estados que tengan jurisdicción sobre el caso no estén dispuestos a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no puedan realmente hacerlo. La aplicación y ejecución de la sanción dependerá, pues, de la cooperación de los Estados para el arresto y custodia de la persona acusada, la asistencia judicial, y por supuesto, la ejecución de la sentencia.

3. El delito como institución nuclear del Derecho penal.

Es delito la conducta que castiga la ley con una pena. Como exigencia del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege)* no cualquier conducta nociva y no deseable es delito, sino sólo aquellas que han sido seleccionadas por el legislador para ser descritas por la

ley penal y sancionadas con una pena. En opinión de RODRIGUEZ DEVESA lo más importante de las consecuencias que tiene el supeditar el concepto de delito a la ley es que con ello "todas sus características vienes penetradas por la idea de *deber jurídico*, pues la ley penal opera siempre mandando o prohibiendo una conducta", por lo que la infracción penal es ante todo "la infracción de un deber de actuar o de no actuar impuesto por la ley"[12].

Tal opinión, sustentada en una concepción exclusivamente imperativista de las normas penales desconoce, sin embargo, las razones materiales que han de mover al legislador en la selección de las conductas punibles, ya que lo realmente trascendente en esta tesis es la infracción del deber impuesto, y ello con independencia de que la conducta pueda calificarse de lesiva o peligrosa para bienes fundamentales. Una postura tal, que acepta como dada la selección de las conductas típicas realizadas por el legislador es una postura acrítica en la que los límites al *ius puniendi* en el momento previo a la creación de la norma penal brillan por su ausencia.

Ciertamente, y como subraya MUÑOZ CONDE[13], todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente, es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión, moral o sociología. Cualquier fórmula que pretenda ofrecer un concepto material de delito –además de resultar siendo más normativa y menos segura que las que optan por un concepto formal[14]- corre el riesgo de incurrir en una argumentación circular en la que el delito se define como la conducta que atenta contra intereses vitales y fundamentales

[12] RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General*, cit., pág. 327.

[13] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1985, pág. 28. En sentido similar GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 18.

[14] GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 13.

de la persona, pero al mismo tiempo se señalan como vitales y fundamentales los intereses que tradicionalmente ha tomado en consideración el Derecho penal[15].

El concepto formal de delito ha de ser entendido, pues, como una exigencia del principio de legalidad, y en ese sentido como un límite infranqueable para el juzgador y una garantía insoslayable para el ciudadano. Ello no obsta, sin embargo, a que el intérprete no pueda –y deba- indagar acerca de las razones por la cuales el legislador selecciona unas conductas y no otras; esto es, indagar acerca de las razones que legitiman y dan sentido a la prohibición penal[16]. El hecho de que el Derecho penal se vea obligado a operar con un concepto formal de delito no significa que el legislador pueda seleccionar arbitrariamente aquellas conductas que considera dignas de represión penal y tipificarlas como delito. Como afirma GARCIA-PABLOS, en un Estado de Derecho sólo tiene sentido incriminar las conductas intolerablemente nocivas para la convivencia[17] Y desde esta perspectiva es desde la que el penalista tiene que superar la consideración meramente formal de delito para plantearse un concepto material del mismo, que no es otra cosa que indagar acerca de las razones que legitiman y dan sentido a la prohibición penal.

II. LAS RAZONES DEL DERECHO PENAL. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN Y LEGITIMACIÓN[18].

1. Control social, violencia estructural y función simbólica del Derecho penal de la globalización.

[15] BARATTA, A.: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", P*ena y Estado* (1)1991, pág. 42.

[16] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 28.

[17] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 13.

[18] Este Capítulo está publicado en forma de artículo en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Vol. 9, 2007.

El logro de la pacífica convivencia de cualquier grupo humano implica el establecimiento de un orden social[19], esto es, del conjunto de reglas y pautas de conducta que rigen la convivencia. El mantenimiento de ese orden social precisa, a su vez, de una serie de mecanismos dirigidos a promover y garantizar que el comportamiento de los individuos sea respetuoso con los contenidos del orden social acordado[20]. El control social, así entendido, comprende dos niveles de actuación: el definitorial, por una parte, que implica la delimitación de los comportamiento inaceptables, bien sean desviados o criminales; y, por otra, el operacional, que comprende el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones dirigidas a detectar, manejar y/o suprimir tales comportamientos[21].

El control social puede ser formal o informal, según se trate de instancias y acciones públicas específicamente dispuestas para definir, individualizar, detectar, manejar y/o suprimir los comportamientos desviados, o de instancias y acciones privadas o públicas no específicamente dispuestas para tal fin. En este sentido, subraya GARCÍA-PABLOS como, hoy por hoy, no se puede prescindir de la distinción entre orden social (control social informal) y orden jurídico (control social formal), cuyos titulares respectivamente son la sociedad y el Estado. Y ello porque siempre tiene que existir una instancia

[19] Sobre la importancia de la Constitución en la configuración del sistema penal véase, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", *Jueces para la democracia,* núm. 30, 1997, pág. 10.

[20] Como señala MUÑOZ CONDE (*Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pág. 36), "El control social es una condición básica de al vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento.

[21] Véase GABALÓN, L.G.: "El control social dentro de la sociedad y tendencias criminológicas actuales", *Revista Cenipec*, núm. 9, 1984-1985, pág. 10.

superior y distinta que entre en funcionamiento cuando fracasen los mecanismos primarios de autoprotección del orden social y garantice eficazmente, en los conflictos más graves, la inviolabilidad de los valores fundamentales de la convivencia[22].

Desde esta perspectiva, y como resalta DIEZ RIPOLLÉS, el Derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, de normas, sanciones y proceso[23]. Ahora bien, afirmar que el Derecho penal es un instrumento de control social no significa, sin embargo, admitir que la función primordial del Derecho penal sea la de contribuir, en todo caso, al mantenimiento y aseguramiento del orden social imperante en el grupo social.

Cierto que el Derecho penal –y en consecuencia, la norma jurídico-penal- sólo puede entenderse si se le pone en relación con un determinado sistema social. Por eso, y como señala DE LA CUESTA AGUADO, "pena y orden, orden y pena son dos términos indisolublemente unidos en el sistema"[24]. Pero ello no quiere decir, como se pretende desde las teorías sistémicas, que la función del Derecho penal se agote en garantizar el funcionamiento del sistema social. En última instancia ello conduciría a un Derecho penal legitimador y reproductor de las injusticias sociales que, al sustituir el concepto de bien jurídico por el de "funcionalidad del sistema" perdería el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal

[22] GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 39.

[23] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", cit., pág. 11. En idéntico sentido LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 71.

[24] DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: "Un Derecho penal en la frontera del caos", *Revista de Estudios Jurídicos y Económicos de la Fundación Municipal Universitaria de Algeciras,* núm. 1, 1997, pág. 44.

positivo[25]. Por otra parte, y al igual que los demás mecanismos de control social, el Derecho penal podría convertirse de este modo en un instrumento de dominación y de perpetuación de las desigualdades sociales[26]. El fin del Derecho penal no puede ser el control social, y en ese sentido no puede encontrar su legitimación en que sirve al control social.

Es obvio que el Derecho penal refleja el contenido y el modelo del control social imperante. Subraya HASSEMER, en este sentido, como "sobre un control social represivo, poco claro, primitivo y desproporcionado no se puede construir un Derecho penal civilizado". Pero a la vez, "un Derecho brutal embrutece el proceso sancionador de la vida cotidiana", por lo que la influencia es mutua[27]. El problema se plantea, pues, cuando la demanda de seguridad y de pena existente en una sociedad –y que en muchas ocasiones responde más a una construcción de los conflictos que a su realidad- se utiliza como justificación de un modelo de Derecho penal orientado principalmente a dos objetivos: lograr hacer efectivo el derecho a la seguridad, aún a

[25] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, cit., pág. 28.

[26] Como advierte LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 71), "las connotaciones negativas del término 'control de la desviación' pueden conducir a una generalización y descalificación global de la función de todo el Derecho penal como mecanismo –eso sí, con ciertas garantías formales- de control (aunque lo ejerza la mayoría) sobre la conducta simplemente desviada, discrepante o marginal, aunque no sea gravemente dañosa para la sociedad, e incluso de dominación e imposición de sus intereses a la sociedad por grupos minoritarios!. En un sentido similar resalta DE LA CUESTA AGUADO ("Un Derecho penal en la frontera del caos", cit., pág. 46) como el "Derecho penal etiqueta formalmente al marginado asegurando su condición social de tal e impidiendo, en definitiva, que actúe como factor en la dinámica hacia al frontera del caos descrita. Pero además el etiquetamiento y estigmatización del marginado como delincuente sirve como factor que refuerza la vigencia de la norma y el *status quo* del 'no marginado".

[27] HASSEMER, W.: "Perspectivas del Derecho Penal futuro", *Revista Penal*, nº 1, pág. 10.

costa de la seguridad de los derechos de las minorías-[28]; y hacer realidad las aspiraciones vindicativas del grupo social[29].

En tal caso se produciría lo que denomina DIEZ RIPOLLÉS un "protagonismo de la plebe"[30], entre cuyos efectos se destaca la disposición de legislador a legislar simbólicamente. En este sentido indica el autor antes citado como tal actitud ejercería un efecto llamada o, al menos facilitador del acceso de las propuestas populares, de forma que cuanto más propenso se esté a no acomodar la repuesta legislativa a los criterios legitimadores de la intervención penal, mejor acogida tendrán las demandas populares de legislar[31].

Hay que tener en cuenta, en segundo lugar, que, como se encarga de recordarnos ROLDÁN BARBERO, "el control social es un asunto de poder"[32]. De este dato se han derivado dos importantes consecuencias para el Derecho penal y su función de control social: la concepción de la delincuencia como respuesta a un conflicto de poderes, por una parte; y, la consideración del sistema penal como expresión de una violencia estructural, por otra.

El orden social, y consecuentemente el reparto del poder, no es ya una cuestión de cada grupo social. La globalización, y más concretamente la idea de un mercado global, es el eje sobre el que gira

---

[28] Véase BARATTA, A.: "Seguridad", *Capítulo criminológico,* vol. 29, núm. 2, (junio 2001), pág. 7.

[29] Mediante la punición, observa BERGALLI ("Globalización y control social: Postfordismo y control punitivo, *Sistema*, núm. 160, 2001, pág. 125), el nuevo Derecho penal crea alarma social para convertirse en fuente de consenso en torno a las instituciones

[30] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* Madrid, 2003, págs. 36-41.

[31] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 41.

[32] ROLDÁN BARBERO, H.: "¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual?", *RDPC",* 2002, núm. 10, págs. 221-222.

todo un nuevo orden social en el que la política mundial es un mero instrumento a favor de los poderes económicos. Precisamente, como afirma TEZANOS, "la exaltación desmedida del globalismo es en gran medida una estratagema de los poderes económicos para escapar a cualquier posibilidad de control social o escrutinio democrático[33]. Desde esta perspectiva no es ya que la delincuencia aparezca como una respuesta al conflicto: es el propio orden social y económico, con su incapacidad para establecer los necesarios equilibrios políticos y sociales y de prestar la atención debida a los nuevos problemas globales, el que contribuye a la creación de un vacío de poder democrático favorecedor de situaciones de exclusión, y por supuesto, de la aparición de actividades ilegales o alegales en el ámbito de la economía. Las mafias y los negocios ilegales internacionales se están convirtiendo en verdaderos poderes económicos[34].

El carácter primordialmente económico y organizado de la criminalidad de la globalización[35], y la asignación al Derecho penal de cometidos fundamentalmente prácticos, en el sentido de una mayor eficacia, en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional podría dar lugar, como advierte SILVA SÁNCHEZ, a una flexibilización de categorías y relativización de principios que abona la tendencia general hacia la expansión penal[36].

---

[33] TEZANOS, J.F.: "Globalización, poder y democracia", *Sistema*, núm. 165, 2001, pág. 6.

[34] Sobre las dos caras de la globalización y su reflejo en la aplicación de la ley penal véase ASUA BATARRITA, A.: "Política criminal y política extranjera. La expulsión como sustitutivo de la respuesta penal ordinaria", *AP*, 2001-3, págs. 1011-1013.

[35] Advierte SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postinductriales,* Madrid, 1999, pág. 99) como "el paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico, o criminalidad organizada".

[36] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal…*, cit., pág. 88.

Ante la amenaza que la expansión del Derecho penal supone para las garantías consolidadas en nuestros sistema penales, HASSEMER propone en Alemania una redistribución formal de lo ilícito mediante la institución de un nuevo ordenamiento sancionador, al que denomina "Derecho de intervención", que permita tratar adecuadamente los problemas que, a su juicio, sólo de manera forzada se pueden tratar en el Derecho penal clásico[37]. Este "Derecho de intervención" se caracterizaría por proporcionar un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos[38].

En la ciencia penal española, y en una línea muy similar a la seguida por el profesor alemán, SILVA SÁNCHEZ plantea la posibilidad de un Derecho penal -de segunda velocidad- aplicable a los delitos económicos y de riesgo. Se trataría, como el propio autor expone, de un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal caracterizado por la imposición de penas más próximas a las sanciones administrativas y la flexibilización de los criterios de imputación y de las garantías político-criminales[39].

No obstante, la posibilidad de diferenciar sectores diferentes dentro del propio Derecho penal no parece que constituya la opción preferible. En primer lugar se trata de una solución que parte de un postulado no del todo exacto, cual es el de la menor gravedad de la delincuencia económica frente a la delincuencia clásica. En este sentido indica TERRADILLOS BASOCO que cuando la criminalidad económica sea grave –y la criminalidad transnacional económica lo es- exigirá

[37] HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad,* (trad. Muñoz Conde/Díaz Pita), Valencia, 1999, pág. 67.

[38] HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad,* cit., pág. 72.

[39] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal…*, cit., pág. 129.

respuestas preventivamente adecuadas, sin que exista razón alguna que justifique la no utilización de la pena privativa de libertad, al menos si se quiere mantener cierta coherencia con valoraciones inherentes a todos los sistemas jurídico-penales: y si no es aceptable rebajar la contundencia de las sanciones, tampoco lo será el de rebajar el sistema de garantías. Otra cosa, advierte el mismo autor, es que se esté sugiriendo que este tipo de delincuencia no es acreedora sino de una leve desvaloración y de sanciones meramente pecuniarias, en cuyo caso no se trata de relajar las garantías político-criminales del Estado de Derecho, sino de propugnar la exclusión de aquellas conductas que no revistan la necesaria lesividad del ámbito punitivo, hasta llegar a un Derecho penal más acorde con el principio de intervención mínima[40].

Además, -y aún para quienes consideren que la delincuencia económica merece una respuesta penal atenuada-, existiría el peligro de que esta desformalización y flexibilización de los nuevos ámbitos pueda contagiar todo el sistema, arrastrando también hacia este terreno al sector nuclear de los delitos graves sancionados con penas privativas de libertad[41]. Por último, y en la medida en que lo característico del Derecho penal es el recurso a la pena, el Derecho penal ha de ser uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho; conformidad que, como advierte GRACIA MARTÍN, "se realiza en un grado tan absoluto que la misma no admite excepciones ni una mínima relativización[42].

---

[40] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "El Derecho penal de la globalización: luces y sombras", en J.R. Capella (Coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización,* Madrid, 1999, págs. 190-191.

[41] MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pág. 184.

[42] GRACIA MARTÍN.: L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia,* Valencia, 2003, pág. 156.

Pero, para el Derecho penal, el fenómeno de la globalización no significa solamente la necesidad de hacer frente a un nuevo tipo de delincuencia organizada. Tomar en su conjunto las relaciones Derecho penal-globalización supone, asimismo, analizar otros fenómenos que también se producen en las esferas cultural y jurídica de las sociedades, y que si bien son parciales, forman parte o son consecuencia de la misma globalización[43].

Por una parte, la instauración de un "mercado mundial", con el redimensionamiento de los poderes que ello ha supuesto, implica como subraya TEZANOS, "un desencajonamiento de numerosas piezas de la urdidumbre social y política anterior"[44]. No es de extrañar, pues, que el panorama sociológico existente en muchos países desarrollados sea un panorama de gran complejidad que presenta no pocas contradicciones y numerosos puntos ciegos. El sistema de la competencia global tiene efectos sociales que no son precisamente de homogeneidad sino de heterogeneidad, esto es, de multiplicaciones de las divisiones sociales, de zonas integradas que generan situaciones de hegemonía social y económica, zonas de vulnerabilidad que no generan ninguna hegemonía económica y social y zonas de exclusión que generan estigmatización económica y social[45].

La globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad,

[43] Véase BERGALLI, R.: "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo", cit., pág. 122.

[44] TEZANOS, J.F.: "Globalización, Poder y Democracia", cit., pág. 7.

[45] BRUNET, I./ALARCÓN, A.: "Globalización y migraciones", *Sistema,* núm. 165, 2001, pág. 33. Como acertadamente advierte FLAVIO GÓMES ("Globalización y Derecho penal" en AAVV, *modernas tendencias del Derecho penal y de la criminología. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir,* Madrid, 2001, pág. 333), "el patente incremento de las desigualdades socioeconómicas y culturales, que ya no permiten dividir a la población en ricos y pobres, en pertenecientes a la zona noble o al suburbio, sino en englobados y excluidos".

sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles[46]. Acorde con este nuevo orden social, en las importantes reformas del Derecho penal que se han llevado a cabo en nuestro país en los últimos meses es posible observar una marcada tendencia a la neutralización de los "excluidos", bien por su pertenencia a "sectores excluidos" o por su autoexclusión del sistema, manifestada en la repetición de su comportamiento delictivo[47].

Por otra, la pérdida de capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales. Frente a ello, el Estado criminaliza los conflictos sociales y organiza el sistema penal en torno a la exclusión y a la punición, hasta el punto de crear alarma social para convertirse así en fuente de consenso en torno a las instituciones, previniendo de este modo cualquier eventual disentimiento político[48]. Como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, cuanto mayor sea el consenso social sobre las medidas a tomar, más se potencia la demanda de éstas y más rápidamente se atiende, lo que sucede, desde luego, sin guardar relación con la racionalidad de las medidas solicitadas[49].

---

[46] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Sistema penal y criminalidad internacional", en Nieto Martín (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero santos. In Memoriam,* vol. I, Cuenca, 2001, págs.

[47] Así, las leyes orgánicas 3/2003 y 11/2003 van dirigida contra tres colectivos muy concretos: el de los terroristas, a quienes se les trata con argumentos propios de un Derecho penal del enemigo; el de los extranjeros, frente a los que se potencia como respuesta la expulsión del territorio; y los pequeños delincuentes habituales, frente a los que, en la línea denuncida por Díez Ripollés en su libro, se convierte en delito su tercera falta.

[48] BERGALLI, R: "Globalización y control social…", cit., pág. 124.

[49] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 40.

La situación anteriormente descrita incide a su vez en la función que, como mecanismo de control social, está desempeñando *de facto* el Derecho penal. Por una parte, y en la medida en que el Derecho penal contribuya al mantenimiento del esquema de poder dominante en las sociedades actuales, está contribuyendo a reproducir las relaciones desiguales de propiedad y poder[50]: aparece como un mecanismo reproductor de la violencia estructural que caracteriza a la actual sociedad global[51]. Por otra, la progresiva pérdida de capacidad del Derecho penal para neutralizar las actuales causas de los conflictos[52] conlleva dos consecuencias importantes: la deslegitimación del Derecho penal, y la reivindicación de su función simbólica.

Así, frente a la finalidad legítima del Derecho penal consistente en la protección de bienes jurídicos (función instrumental), se viene imponiendo el reconocimiento de que el Derecho penal cumple, *de facto*, una función simbólica[53]. Se dice que el Derecho penal desempeña una función simbólica cuando su utilización tiene como principal –y a veces único- efecto el de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, dirigidos en última instancia a sugerir una

[50] La globalización, cuyo objetivo no es evitar la desigualdad, sino la exclusión de un mundo de oportunidades, al poner en primer plano la economía y en segundo plano la política erradiza, al priorizar los derechos de la propiedad sobre los derechos de bienestar toda acción estructural y colectiva contra la desigualdad y la redistribución de la riqueza. BRUNET, I./ALARCÓN, A.: "Globalización y migraciones", cit., pág. 33.

[51] Véase BARATTA, A.: "Violencia estructural y violencia penal", *Nuevo Foro Penal,* núm. 46, 1989, pág. 45.

[52] BERGALLI, R.: "Globalización y control social…"cit., pág. 124.

[53] Sobre las distintas "funciones" que puede cumplir la utilización simbólica del Derecho penal véase LARRAURI PIJOÁN, E.: *La herencia de la criminología crítica,* Madrid, 1991, págs. 216-230.

eficacia estatal en la resolución de los conflictos que no es tal en la realidad[54].

La relación entre funciones instrumentales y funciones simbólicas del Derecho penal se ha vuelto una cuestión central en la discusión sobre los sistemas penales y las políticas punitivas en Europa[55]. Esta relación, como subraya BARATTA[56], se vuelve cada vez más problemática y contradictoria. Obviamente, el Derecho penal cumple en la actual sociedad de símbolos, una función simbólica[57]. En este sentido, nos recuerda DÍEZ RIPOLLÉS que "al Derecho penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad, para la obtención de sus fines"[58]. En

[54] Enfatizan el engaño o la contradicción entre lo que se pretende y lo que se consigue los conceptos manejados por SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 305; BARATTA, A.: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal...", cit., pág. 54; y DIAZ PITA; M.M./FARALDO CABANA, P.: "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas penales de 1995", *Revista Derecho y Proceso Penal,* núm. 7, 2002-1, pág. 119. Sobre otros conceptos de derecho penal simbólico véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en AAVV, *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología,* Madrid, 2001, pág. 122.

[55] En este sentido resaltan DIAZ PITA/FARALDO CABANA ("La utilización simbólica del Derecho penal...", cit., pág. 120) como el carácter simbólico del Derecho penal de los últimos tiempos no es más que uno de los rasgos propios de lo que se ha dado en llamar moderno derecho penal. El moderno derecho penal en contraposición al derecho penal clásico, se caracterizaría, a juicio de esta autoras, por la utilización del concepto de bien jurídico y la defensa del mismo de forma expansiva; por el traslado de la prevención a primera línea como objetivo prioritario del derecho penal; y, por último, y aquí es donde se encuadra el carácter simbólico, por la llamada orientación a las consecuencias , entendiendo por la misma una mezcla entre intervención penal dirigida a la composición de conflictos y adoctrinamiento de la sociedad en cuanto a la percepción de esta intervención como adecuada y necesaria.

[56] BARATTA, A.: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal, cit., pág. 53.

[57] En este sentido subraya GARCÍA-PABLOS (*Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 50) "que en una sociedad de signos y símbolos también el Derecho penal cumpla una cierta función simbólica, no puede extrañar".

[58] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", cit., pág. 112.

cuanto que la legislación simbólica no se oponga al logro de la función instrumental propia del Derecho penal, no plantea mayor problema[59]. Las objeciones se plantean, sin embargo, cuando se intenta legitimar el Derecho penal desde su función simbólica –confundiendo fines y funciones, ser y deber ser-; o, cuando los efectos simbólicos, afectan negativamente a la tutela real de los bienes jurídicos[60].

La primera de las problemáticas apuntadas es la que, precisamente, está presente en los planteamientos sistémico-funcionalistas más radicales. El Derecho penal, desde esta perspectiva, no tiene por función principal y exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. De este modo, el Derecho penal surgido de los aludidos planteamientos, se desatiende de la eficaz protección de los bienes jurídicos en aras de otros fines que le son ajenos. Como afirma GARCIA PABLOS[61], no mira al infractor potencial, para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes para tranquilizarle, para restablecer su confianza en las instituciones que ha sido quebrada por el delito.

Cuando, además, se utiliza deliberadamente el Derecho penal para producir un mero efecto simbólico en la opinión pública y no para proteger con eficacia los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, la función del Derecho penal, como dice GARCIA-

[59] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 307.

[60] No se trata simplemente de eliminar aquellos efectos simbólicos que no casen con la política criminal, pues hay muchos otros efectos que en principio aparecen como legítimos. En la medida en que el Derecho penal no puede quedar legitimado en una ilusión, en un engaño, ninguno de estos otros efectos puede ser considerado legítimo desde el punto de vista del Derecho penal

[61] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 51.

PABLOS[62] "se pervierte". Se introducen disposiciones excepcionales, a sabiendas de su inútil o imposible cumplimiento, y, a medio plazo desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prohibiciones[63]. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en la ciudadanía, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: las normas continúan siendo violadas, la sensación de inseguridad crece, y todo ello termina justificando un mayor, y sobre todo, innecesario rigor punitivo.

2. La fundamentación del Derecho penal. Modelos.

Frente al panorama descrito, y ante la necesidad de dotar de un fundamento racional a la propia existencia del Derecho penal, han sido varias las respuestas que se han articulado. Hoy por hoy, superadas las tesis exclusivamente resocializadoras, entiendo que la discusión ha de centrarse en la adscripción a uno de los dos modelos que siguen discutiéndose: el modelo garantista, vinculado a la idea de bien jurídico y al respeto de las garantías político-criminales; y el modelo sistémico, vinculado a la vigencia de la norma y a la protección de la sociedad. Modelos que responden, respectivamente, a las ideas de validez y utilidad[64]. Previamente, y antes de analizar los modelos de justificación de la intervención penal, es preciso hacer referencia a las opiniones partidarias de la abolición del Derecho penal.

---

[62] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 51.

[63] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 51. En una línea similar indica SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* pág. 307) que la legislación simbólica es rechazable, pues a corto plazo cumple funciones educativas/promocionales/de integración, que no se corresponden con las funciones instrumentales propias del Derecho penal, y, a largo plazo redunda incluso en una pérdida de fiabilidad del ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo.

[64] Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS; J:L: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., págs. 120-126.

2.1. El abolicionismo como respuesta a la crisis deslegitimadora del sistema penal.

Una cuestión que antecede a la del modelo de Derecho penal a seguir es precisamente la de la necesidad del propio sistema penal, ya que dependiendo de las razones que se esgriman para justificar dicha necesidad podrán reconocerse los distintos modelos de derecho penal, en los que, por supuesto, tanto el sistema de garantías como la función asignada al bien jurídico es divergente.

Sólo se puede hablar de distintos modelos de Derecho penal cuando la respuesta a la necesidad del propio Derecho penal es positiva, es decir, cuando nos encontramos ante posturas que, aunque por diferentes razones, justifican y aceptan la existencia del Derecho penal. Frente al justificacionismo penal, hay que tener en cuenta aquellas otras posturas que están por la abolición del derecho penal, las doctrinas abolicionistas[65]. El abolicionismo va mucho más allá de la mera reforma del Derecho penal, preconizando la total desaparición del sistema penal, al considerar que no es posible encontrar justificación alguna a su mantenimiento[66].

Según los abolicionistas el sistema penal no cumple función alguna, sino que más bien representa un problema social[67]. El sistema penal no resuelve los problemas de la criminalidad; estigmatiza a

[65] Dicho movimiento abolicionista procede de dos perspectivas: de una parte, de quienes niegan legitimidad a la imposición de sanciones jurídicas; y de otra parte, de quienes, sin negar su legitimidad de principio, niegan la eficacia o necesidad de las mismas. LARRAURI PIJOÁN, E.: "Abolicionismo del Derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionistas", *Poder y control*, núm. 3, 1987, p. 95 y ss.

[66] "...bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce...". FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, (trad. por Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Molino, Terradillos Basoso y Cantarero Bandrés), Madrid, 1995, pág. 247.

[67] Vid. FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, cit., pág. 252.

aquellos que caen en la maquinaria penal, y se apropia del conflicto y no deja lugar a soluciones pacíficas[68]. En consecuencia, la corriente abolicionista pretende abolir la totalidad del sistema de justicia criminal; es decir, los conceptos por él construidos, las estructuras de poder con las que opera y el Derecho penal que legitima. Para sustituir el sistema penal se propone un sistema de arreglo de conflictos con las siguientes características:

a) La reconstrucción del delito. El delito no tiene realidad ontológica: es una construcción, un producto, un mito. Lo que el sistema penal define como delictivo son simplemente conflictos o situaciones problemáticas, comportamientos no deseables, pero no por ello actos que tengan que erradicarse, sino sólo tratarse con instrumentos diferentes a lo penales.

b) La utilización de nuevos conceptos: en lugar de delito y delincuente se utilizan concepto tales como situaciones-problemas y protagonistas o implicados en un conflicto

c) La elaboración de un sistema de justicia comunitaria, basado en el modelo de justicia civil-compensatoria, y dirigida a la reconciliación de los implicados en el conflicto.

Con independencia de los aspectos positivos que, sin duda, podemos inferir de las tesis abolicionistas[69], son susceptibles de una valoración crítica. Entro otras, se podrían formular las siguientes objeciones:

---

[68] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal,* Madrid, 2001, págs. 107-109.

[69] El rechazo del abolicionismo no significa que no se deba trabajar a favor de soluciones extrapenales a los conflictos sociales más graves. En la medida en que puedan desarrollarse instituciones sociales que asuman satisfactoriamente dicha función parece adecuado ir relegando el Derecho penal a los supuestos en los que no existe otra alternativa para la resolución del conflicto, o se presenta como la más idónea.

a) El abolicionismo no presenta alternativas reales y eficaces al Derecho penal. La justicia comunitaria que propone es propia de sociedades primitivas o preindustriales, incompatible con el grado de desarrollo y complejidad alcanzado por las sociedades modernas[70]. Además, la justicia comunitaria puede terminar convirtiéndose -como la experiencia ya lo ha demostrado- en un control mucho más represivo que el estatal y más violatorio de los derechos humanos. La modalidad compensatoria, por su parte, no es aplicable a un importante número de delitos, dejando desamparada en estos casos a la víctima, y excluyendo cualquier juicio de responsabilidad sobre las estructuras sociales[71]. Por último, su propuesta de sustituir la justicia penal por una justicia civil sólo conseguiría trasladar el problema a otro subsistema del control social, perdiéndose las importantes ventajas que el Derecho penal representa frente a otros sistemas: distanciamiento entre autor y víctima, que evita la venganza privada; e igualdad de armas en el proceso[72].

b) Desde el momento en que no admiten la necesidad del Derecho penal, no contribuyen en nada a la elaboración de un Derecho penal garantista, pues como afirma FERRAJOLI estas doctrinas eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del Derecho penal, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente

[70] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 21.

[71] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.: "¿Hacia donde va la Criminología contemporánea?, *Capítulo criminológica,* núm. 20, 1992, pág. 37.

[72]DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", cit., pág. 11.

contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo[73].

2.2. El Derecho penal surgido de las teorías sistémico-funcionalistas (Modelo tecnocrático).

De entre las corrientes funcionalistas que surgen a partir de los años "sesenta" es de destacar, en cuanto supone una nueva manera de fundamentar el sistema penal, el modelo funcionalista de Derecho penal propuesto en Alemania por JAKOBS. La aplicación de la teoría sistémico-funcionalista al Derecho penal ha afectado a los tres planos en los que se desarrolla el discurso penal: 1) en el plano técnico jurídico, referido a la dogmática del delito, mediante la radical normativización de los criterios de imputación; 2) en el plano político criminal, relativo al objeto y a la finalidad de la tutela penal; 3) y en el plano ideológico, concerniente a la fundamentación y a la legitimación del sistema penal[74]. Dejando para más adelante el análisis de las implicaciones dogmáticas de las teorías sistémicas, importa ahora resaltar aquellas características que por ir referidas al objeto y finalidad del Derecho penal permiten vislumbrar los lineamientos básicos de este modelo de intervención punitiva.

a) La vigencia de la norma como función del Derecho penal.

Siguiendo los postulados de la sociología de sistemas de LUHMANN[75] -en la que el Derecho se concibe como un susbsistema orientado a la estabilización del sistema social, de orientación de las acciones y de estabilización de las expectativas-, el centro de atención

---

73. FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág 251.

74 Véase BARATTA, A.: "Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", *Capítulo Criminológico,* núm. 15, 1987, pág. 9.

75 En el que se concibe a la sociedad ante todo como un sistema en el que cual los elementos singulares (subsistemas) desempeñan determinadas funciones

se desplaza a la "confianza institucional"[76]. En este sistema la función de las normas -en tanto estabilización de expectativas-, es independiente de su contenido. De ahí se deriva que la violación de la norma sea siempre socialmente disfuncional, pero no tanto porque resulten lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la validez misma de la norma, y con la confianza institucional garantizada por la misma.

Desde esta perspectiva, el Derecho penal aparece como un subsistema dirigido a garantizar la confianza institucional mediante el restablecimiento de la vigencia de la norma cuestionada por el delito[77]. En este sentido afirma JAKOBS que la tarea del Derecho penal no puede consistir en impedir la lesión de bienes jurídicos. Su función es la confirmación de la validez de la norma, en cuanto validez es equiparable a reconocimiento. Consecuente con esta nueva función del Derecho penal, el principio del delito como lesión de bienes jurídicos es reemplazado por el principio del delito como expresión simbólica de infidelidad al ordenamiento jurídico. Y la idea de prevención general y especial es sustituida por la del "ejercicio del reconocimiento y fidelidad a la norma".

b) El restablecimiento de la confianza institucional como fundamento y legitimación del sistema penal.

De acuerdo con lo anterior, el fundamento del Derecho penal no ha de buscarse ya en la tutela de bienes jurídicos, sino, ante todo, en la función simbólica del ordenamiento normativo, entendido como

[76] LUHMANN entiende por confianza institucional aquella forma de integración social que en los sistemas complejos sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental.

[77] JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. por Cuellos Contreras y Serrano González de Mourullo), Madrid, 1995, págs. 18, 45 y 55.

instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua.

Desde esta perspectiva, el delito deja de ser la puesta en peligro de un bien jurídico para pasar a ser una amenaza a la integridad y a la estabilidad social, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho. También la pena aparece, a su vez, como una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito[78] cuya función es el restablecimiento de la confianza institucional violada por el delito[79].

La teoría sistémico-funcionalista, basada sobre el significado simbólico y expresivo del delito y de la pena, constituye uno más de los diferentes intentos por dar una nueva fundamentación al Derecho penal ante el movimiento de crisis en el que se encuentra inmerso[80]. Pero, con independencia de las objeciones que se le puedan hacer desde planteamientos garantistas, una concepción que se fundamente en el fin último de la estabilización de la norma jurídico-penal, en tanto expresión de una infracción de las expectativas sociales, es susceptible, en sí misma, de serias críticas.

En primer lugar, la teoría sistémica-funcionalista incurre en la denominada falacia normativista[81], al pretender derivar de las funciones que efectivamente cumple el Derecho penal (ser), los fines

---

[78] BARATTA, A.: « Integración-prevención :una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., pág. 6.

[79] Como resalta ZÚÑIGA RÓDRIGUEZ (*Política criminal,* cit., pág. 118) considerar la justicia de la imposición de la sanción en la afirmación del derecho se asemeja mucho a los razonamientos que, desde una postura retribucionista, hiciera HEGEL: el delito es la negación del Derecho y la pena es la negación del delito, y con ello, la reafirmación del Derecho.

[80] Véase BARATTA, A.: « Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., pág 18.

[81] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal,* cit., pág. 120.

justificadores del mismo[82] (deber ser). Así, acreditan como fines o modelos a seguir lo que sólo son funciones o efectos realizados de hecho[83]. En este sentido, advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ que una cosa es reconocer que el Derecho penal a largo plazo tiene funciones estabilizadoras de las normas, costumbres sociales y expectativas de los individuos, y otra muy distinta legitimar y fundamentar la construcción de todo el sistema penal en dicha función[84].

A su vez, la funcionalización de todo Derecho penal con relación a un sistema social ideal –del que se desconocen sus características concretas, y lo que es más importante, su grado de violencia- sólo es capaz de proporcionar una justificación apriorística y abstracta del Derecho penal. Y en la medida en que por ello es compatible con cualquier modelo de política criminal, no permite mantener una actitud crítica frente a la arbitrariedad, los excesos y los errores[85].

Como afirma MUÑOZ CONDE, "la teoría sistémica representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración, y mucho menos, una crítica del

[82] FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón…*, cit., pág. 325. Si se quiere huir de la falacia normativista las justificaciones han de obtenerse a posteriori, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística , es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista.

[83] Así, por ejemplo, indica críticamente BARATTA (« Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., pág. 14), como del hecho de la denominada expansión del Derecho penal, las teorías sistémicas deducen la ineficacia del concepto de bien jurídico y del carácter subsidiario del derecho penal como criterios para una contención funcional y cuantitativa de la reacción punitiva.

[84] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *"Aproximación al Derecho penal contemporáneo"*, cit., pág. 228. En sentido similar ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal,* cit., pág. 120.

[85] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón…*, cit., pág. 345; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *política criminal*, cit., pág. 120; y SCHÜNEMANN, B.: "Consideraciones criticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", (trad. por Cancio Melia), Colombia, 1996, pág. 47.

sistema mismo[86]. Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento del sistema punitivo resulta coherente, como afirma BARATTA[87], con la concepción del individuo como portador de la respuesta simbólica, y no como destinatario y fin de una política de reinserción social.

Lo abstracto e indeterminado del fin asignado al Derecho penal –estabilización de la norma- además de imposibilitar justificaciones –y lño que es más importante- deslegitimaciones parciales y/o de sistemas concretos, conduce, en opinión de SCHÜNEMANN, a un sistema cerrado en el que inevitablemente se produce una argumentación tautológica o circular en la que se pierde cualquier oportunidad de establecer límites a la intervención penal[88].

Por último, y desde los criterios que han de regir una teoría justificacionista del Derecho penal, quizá la crítica más contundente haya de ir dirigida al hecho de que sólo tome en consideración los eventuales efectos positivos que del ejercicio de la función penal puedan derivarse para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional. Y así, al desconocer –o despreciar- los altos costes sociales y gravísimos efectos que, sobre la integración social y la confianza en las instituciones, de hecho tiene el Derecho penal[89], olvida que el coste social de las penas y más en general de los medios de

[86] MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y control social*, cit., pág 26.

[87] BARATTA, A.: « Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, cit., pág. 24.

[88] SCHÜNEMANN, B.: "Consideraciones criticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", cit., págs. 46-47.

[89] BARATTA («Integración-prevención : una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., págs. 20-21), pone como ejemplo los efectos disgregantes de la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido: en el distanciamiento social generado por al estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tiene lugar en el uso de sus diversos instrumentos.

prevención de los delitos, puede ser superior al coste mismo de las violencias que trata de prevenir. Y en ese caso, el sistema penal que se pretende justificar queda deslegitimado[90].

2.3. La propuesta garantista y el Derecho penal mínimo..

Nacida durante los años sesenta y setenta en el contexto italiano, la teoría del garantismo penal trata de introducir, junto a las exigencias formales, nuevas exigencias materiales, que permitan conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por el otro[91]. A pesar de que muchos de los postulados abolicionistas son, a su vez, compartidos por los defensores de un modelo garantista, éstos –a diferencia de aquéllos- entienden que el Derecho penal, si bien ha fracasado en la mayoría de los fines que le han sido asignados, todavía puede servir para cumplir un fin primordial: la minimización de la violencia en la sociedad, "previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas o en otras posibles reacciones informales"[92].

Precisamente, el reconocimiento de esta doble finalidad preventiva –prevención de los delitos y de las penas arbitrarias- es la que vendría a legitimar la necesidad política del Derecho penal como instrumento de tutela de aquellos bienes que no está justificado lesionar con delitos ni con castigos[93]. Como dice FERRAJOLI, "un

[90] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág. 343.

[91] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 37.

[92] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón...*, cit., pág. 335.

[93] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 335.

sistema penal –puede decirse- está justificado únicamente si la suma de las violencias -delitos, venganzas y puniciones arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas"[94].

A partir de estas premisas, y como observa DÍEZ RIPOLLÉS, el garantismo propone un modelo de Derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales. Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas; su configuración como un Derecho penal mínimo; y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se prevean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales de los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

Ahora bien, no toda propuesta garantista –entendiendo por tal aquélla en la que las garantías político-criminales se traen a primer plano- implica, como pretende FERRAJOLI, una legitimación del Derecho penal en base a consideraciones estrictamente utilitaristas. Para FERRAJOLI el utilitarismo penal tradicional es, al excluir los castigos inútiles basados en razones morales, la base para construir cualquier doctrina racional de justificación penal y también para poner límites al poder de castigar. A su juicio, sólo el "utilitarismo penal reformado" -entendido como "la máxima satisfacción para la mayoría, con el riesgo de mínimas garantías para la minoría"- permite legitimar el Derecho penal limitando su intervención[95]. Al girar la

[94] FERRAJOLI, L.: "El Derecho penal minímo", *Poder y Control,* núm. 0, 1986, pág. 37.

[95] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 261.

fundamentación ligada a la utilidad en torno a los fines de la pena, los principios garantistas cumplen en la construcción del autor italiano una misión puramente negativa. Tales garantías, como subraya DÍEZ RIPOLLÉS, son formulables únicamente en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un Derecho penal mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo[96]. El reto consiste, pues, en colocar junto a la teoría de los fines de la pena, en el mismo plano y con el mismo rango, a los principios garantistas, para que de ese modo dejen de ser meros límites para convertirse en principios fundamentadores tan originarios como la teoría de la pena[97]. Y ello sólo se consigue conciliando las ideas de utilidad y validez.

3. Razones y fundamentos del Derecho penal. Hacia la construcción de un Derecho penal mínimo.

3.1. La integración de los fines preventivos y garantistas. Criterios de utilidad y validez.

Como medio de control social, el Derecho penal cumple su función mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia. El Derecho penal obtiene, pues, su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes –que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social- que no se deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva. En un Estado democrático, la aludida función de protección de bienes jurídicos ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de "todos los ciudadanos", con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con

[96] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 88.

[97] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 120.

independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.

Así entendida, la función de protección de bienes jurídicos no se realiza únicamente con la prevención de los delitos. Junto a ello, el Derecho penal debe asumir otra función preventiva, ahora de signo negativo, cual es la prevención de la propia violencia punitiva del Estado manifestada en las penas arbitrarias o desproporcionadas[98].

Desde un punto de vista estrictamente utilitarista, pues, la legitimidad del Derecho penal proviene de la capacidad de las normas penales para prevenir los delitos, siempre y cuando el establecimiento de una pena menos grave o incluso la despenalización de determinadas conductas no redunden en una menor eficacia preventiva[99].

Ahora bien, ello no significa necesariamente que los demás aspectos de la intervención penal –básicamente los de contenido garantista- hayan de ser en todo caso relegados a la categoría de límites. En esta línea pueden situarse planteamientos doctrinales como el seguido en nuestro país por SILVA SÁNCHEZ o DÍEZ RIPOLLÉS, que apoyan la legitimación del Derecho penal tanto en el fin de prevención de los delitos, como en su aspecto de garantía del ciudadano.

La construcción de SILVA SÁNCHEZ parte de la contraposición entre los fines preventivo-generales o de protección y los fines garantísticos, entendiendo que su relación, lejos de ser estática y pacífica, es dinámica y de confrontación permanente[100]. Este modelo, basado en la contraposición de ambos fines, permite al autor distinguir

---

[98] Véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 334. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit, pág. 211.

[99] Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit, pág. 243.

[100] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit, pág. 250.

nítidamente entre fines de prevención general (desde la perspectiva tradicional de las teorías de la pena), y fines garantísticos (desde la perspectiva tradicional de los límites al *ius puniendi).*

Ahora bien, si se admite que los principios garantistas son, como advierte DÍEZ RIPOLLÉS, principios fundamentadores tan originarios como la teoría de la pena -de la que hoy se presentan como meros límites-, no será posible diferenciar entre lo utilitario y lo valorativo, entre fines de protección y fines garantísticos, al inicio de la fundamentación del Derecho penal[101]. Como subraya este autor, todo es utilitario al principio, pues las decisiones político criminales básicas no se adoptan por el mero deseo de hacer patentes ciertos valores socialmente arraigados, sino por el fin instrumental de mantener el orden social básico evitando los daños o riesgos graves para bienes fundamentales de la convivencia; pero al mismo tiempo, la elección de esos fines –y no otros, como podía ser el de la vigencia de la norma-, con sus inmediatas consecuencias instrumentales tiene un componente valorativo indudable. Pero es que, además, la concreción de los objetivos del sistema penal obliga a acomodarse a ciertas concepciones valorativas sobre el contexto de instrumentalidad en el que deben perseguirse tales fines, pues la decisión de lo que debe considerarse instrumental o no es también una decisión valorativa[102].

Los fines de protección y los fines garantistas no son, pues, finalidades contrapuestas. Y, en consecuencia, los principios que fundamentan y legitiman al Derecho penal no pueden ser clasificados en función de si sirven al fin de protección o al fin garantístico. Los principios informadores del Derecho penal nacen, como subraya DÍEZ

[101] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 126.

[102] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., págs. 126-127.

RIPOLLÉS, no de la separación entre utilidad y validez, sino precisamente de su intersección[103].

3.2. Lineamientos básicos de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista desde el modelo de Estado constitucionalmente reconocido.

3.2.1. Constitución y garantismo penal.

De lo dicho hasta ahora se desprende que, en una primera aproximación, el garantismo designa un modelo de Derecho penal que, ajustado a la más estricta legalidad, se caracteriza en el plano epistemológico como un sistema de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de límites impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos[104].

Al hilo de la exposición del modelo de Derecho penal derivado de las tesis sistemático-funcionales, ya se tuvo ocasión de afirmar la necesidad de que la justificación del Derecho penal vaya referida a un sistema político, social y jurídico concreto. Y es que el modelo de Derecho penal y el modelo de Estado son conceptos ínterelacionados entre sí, en la medida en que las características de cada uno de ellos inciden, respectivamente, en las del otro.

Sí, a su vez, se opta –como aquí se ha hecho- por entender los principios garantísticos como principios que, junto al fin de

[103] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 126.

[104] Junto a la definición propuesta, existen otras dos acepciones del garantismo. Para la primera, proveniente de la Teoría del Derecho y Crítica del Derecho, el garantismo designa "una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre si, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas". Desde la Filosofía del Derecho y Crítica de la Política, el garantismo hace referencia a una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., págs. 851-853.

prevención, fundamentan, justifican y legitiman la existencia misma del Derecho penal, parece obvio que la CE, en cuanto texto normativo en el que se manifiestan y configuran tales principios, marca decididamente la legitimidad de un determinado modelo de Derecho penal a favor de otros. La CE es la norma que define y establece los valores a los que ha de servir el ordenamiento[105], y es en ese sentido en el que delimita de forma positiva el campo de acción del Derecho penal[106]. Pero además, y en la medida en que fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos, representa a su vez el fundamento y límite del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Como afirma BARBERO SANTOS, la conexión entre política y Derecho penal puede y debe ser entendida como una clave en la configuración del sistema penal de un país[107], el sistema de valores y principios contenidos en la CE constituye sin duda el marco de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad[108].

El hecho de que la CE tenga un efecto normativo –tanto directo como indirecto- sobre el Derecho penal, no quiere decir, sin embargo, que la CE contenga en sí un programa de política criminal concreto, ni

[105]La Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental (STC 8-2-1981) y de ahí que los principios generales incluidos en la Constitución tengan un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos (STC 2-2-1981).

[106] Al someter expresamente al legislador democrático a la obligación positiva de tutelar bienes como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico. Ello no puede llevar, sin embargo como advierte CARBONELL MATEU (*Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 80) a pensar que no exista una obligación implícita de tutela de otros valores cuya naturaleza ha hecho innecesaria la mención.

[107] BARBERO SANTOS, M.: "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma", *Sistema*, núm. 10 pág. 27.

[108] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, E.: *Política criminal,* cit., pág. 50.

por tanto, establezca unos criterios inamovibles[109]. La CE no sustituye al CP. Pero dado que no es una mera regla formal de atribución de competencias, sino que comprende también un amplísimo catálogo de prescripciones materiales, el ordenamiento penal forzosamente ha de ser comprendido e interpretado a la luz de los principios constitucionales[110]. En este sentido, como marco referencial, es en el que ha de ser entendido el "Programa penal de la Constitución"[111], como conjunto de valores, principios y normas que, sin determinar por completo las opciones legislativas, limitan y dotan de un sentido finalista a esta rama del ordenamiento jurídico[112].

Junto a los mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente la materia penal[113], el denominado "programa penal de la Constitución" vendría integrado por toda una serie de prescripciones que, sin ir referidas, en concreto, a la materia penal, inciden en su

[109] CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 80.

[110] Como afirma ARROYO ZAPATERO ("Fundamento Y función del sistema penal: el programa de la Constitución", *Revista de la Universidad de Castilla-La Mancha*, 1987, pág. 99) "si no resulta posible una actividad científico-jurídica sin perjuicios de valor, sin ideología, si se trata de decidir el objeto de conocimiento y una metodología, estimo que la Constitución nos ofrece los presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalista, y los métodos , o mejor, los valores en el método ¡, de los que nos hemos de servir para el conocimiento de aquél. "

[111] ARROYO ZAPATERO, L.: "Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal", *CPC* , 1987, pág. 385 y ss.

[112] LAMARCA PÉREZ, C.: "Posibilidades y límites de la dogmática penal", *CPC* 1987, pág. 547.

[113] Bien limitando o condicionando el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, o de sus competencias en materia punitiva, como es el caso de la abolición de la pena de muerte y la prohibición de tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes (art. 15), o la proclamación del principio de legalidad (arts. 9.3 y 25.1); o, determinando el sentido que deben tener las intervenciones penales, u ordenando el establecimiento de una específica tutela penal a favor de determinados bienes jurídicos. Ejemplo de lo primero es el establecimiento del derecho a la resocialización que tienen quienes cumplen condenas privativas de libertad (art. 25 CE), mientras que de lo segundo lo sería la tutela penal del media ambiente y del patrimonio histórico artístico (arts. 45.3 y 46, respectivamente).

regulación, interpretación y aplicación. Se trata, por una parte, de todo el catálogo de derechos fundamentales que materialmente constituye el contenido esencial de las materias de prohibición y de los límites a la potestad punitiva del Estado[114]: el derecho a la igualdad (art. 14), a la vida y a la integridad física (art. 15), a la libertad ideológica y religiosa (art. 16), a la libertad personal (art. 17), al honor y a la intimidad (art. 18), a la libre expresión (art. 20), a la libertad de reunión (art. 21), a la libertad de asociación (art. 22), a la libertad sindical y al derecho de huelga (art. 28). Y por otra, de los principios constitucionales generales recogidos en los arts. 1, 9 y 10 CE. A su vez, de todos los principios que el artículo 1 CE declara como valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), destaca TERRADILLOS BASOCO la libertad y la igualdad como principios esenciales desde los que se pueden derivar los demás que no son más que concreciones de uno, de otro, o de los dos[115]. Estos valores superiores deben entenderse, a su vez, en concordancia con el art. 10.1 CE, que al señalar que los derechos fundamentales de la persona, entre los que sitúa en primer lugar la dignidad, son el fundamento del orden político y de la paz social, reafirma que la persona es un fin en sí misma y, por tanto, la supeditación del Estado al individuo y no a la inversa.

Ello, junto a la configuración del Estado como social y democrático de Derecho implica un modelo de Derecho penal orientado a la protección de los derechos de todas las personas, ya que una democracia sustancial, por encima de la voluntad de la mayoría, tiene que estar a los intereses y las necesidades vitales de todos. Mientras,

[114] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., pág. 53.

[115] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", *RFDUC*, núm. 63", 1981, pág. 143.

en efecto, desde una perspectiva formal, el ejercicio de la soberanía será legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría, el Estado de derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos, y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y concreten tales intereses[116]. En este sentido el garantismo como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y qué deben decidir, puede ser muy bien considerado el rasgo sustancial más característico de la democracia.

De ello no puede derivarse que la CE constituya en si misma el factor de legitimación del Derecho penal, pero sí que opta decididamente por un sistema garantista en el que el Derecho penal, dirigido a la tutela de los derechos de los ciudadanos con el menor coste posible, es legítimo en la medida en que se construya sobre la base de principios garantistas.

3.3. La exigencia de un Derecho penal mínimo.

A la exigencia de un Derecho penal mínimo se llega tanto desde posturas estrictamente garantistas, como desde la aceptación de la función que, *de facto*, está desempeñando el Derecho penal como instrumento de un control social desigual e injusto. Desde la primera de las perspectivas apuntadas -y en la medida en que la pena sólo se entiende justificada cuando represente un mal menor frente a otras reacciones sociales informales-, su configuración como un Derecho penal mínimo aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de

[116] Un claro exponente del ejercicio meramente formal de la soberanía lo constituye sin duda la aprobación por parte del Gobierno –en solitario y sin debate parlamentario- de la LO 20/2003 de reforma del CP. La incriminación de una conducta por el simple juego de la mayoría absoluta puede ser legítima desde un punto de vista formal, pero es patente que desconoce las reglas del juego que caracterizan a las democracias sustanciales.

identificar el límite superior –el límite máximo por encima del cual no se justifica que las penas sustituyan a las penas informales- de su contribución al control social[117]. Desde la segunda, sin embargo, con la exigencia de un Derecho penal mínimo a lo que se aspira es a conseguir minimizar los efectos negativos de la violencia intrínseca al ejercicio del Derecho penal[118].

Ambas perspectivas, no son en modo alguno, opuestas o irreconciliables. En este sentido afirma BARATTA –claro exponente de las segunda de las perspectivas apuntadas- que "el reto que se debe poner hoy al Derecho penal de los Estados democráticos es el de ser coherente con sus principios garantistas. En este sentido un uso alternativo del Derecho penal significa, ante todo, aplicarlo, transformarlo y reducirlo de conformidad a esos principios"[119].

El Derecho penal mínimo es ante todo el Derecho de la Constitución. Ello representa el espacio residual de la intervención punitiva en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario[120].

---

[117] DIEZ RIPOLLES, J.L.: "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia,* núm. 30, 1997, pág. 12. Véanse también FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 332; y SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 211.

[118] Véase BARATTA, A.: "La política criminal y el Derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales", *Capítulo Criminológico,* Vol. 26, núm. 2, 1998, págs. 33 y ss. Acoge también desde esta perspectiva el ideal de Derecho penal mínimo SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 241.

[119] BARATTA, A.: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", cit., pág. 55.

[120] El Derecho penal mínimo, indica DE LA CUESTA AGUADO ("Un Derecho penal en la frontera del caos", cit., pág. 43), "debe permitir a la sociedad situarse en lo que los matemáticos y físicos denominan 'el estado crítico'. Estado crítico será aquél estado en el que el equilibrio entre el orden y el desorden permita la máxima fluidez de las relaciones sociales, y como consecuencia, el mayor grado de satisfacción de las personas que integran dicha sociedad; es decir, aquel estado en el que la libertad de los individuos y la evolución social sea mayor".

Su actuación, como indica BARATTA, consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la policía y de la cárcel. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos[121].

En una propuesta de intervención penal mínima debe procederse pues, ante todo, a la concreción de los bienes necesitados y merecedores de tutela penal, rechazando todos aquellos cuya tutela no vaya dirigida a hacer efectiva la libertad, la dignidad o el autodesarrollo personal, entre otros. Esto significa, en primer lugar que, el Derecho penal se retira de los pequeños conflictos, reservándose para los supuestos de particular gravedad donde su presencia es imprescindible. En segundo lugar, los criterios de efectividad máxima y mínimo coste hacen recomendable, como mantiene GARCIA PABLOS, el uso de instrumentos no penales, o, en todo caso de alternativas y sustitutivos no privativos de libertad. Ello siempre que el uso de sistemas alternativos no represente un mal mayor que el que supondría la pena y no perjudiquen el marco irrenunciable de garantías que el Derecho penal representa[122].

3.3. La tutela de los derechos fundamentales de "todos" los ciudadanos.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, de la CE se deriva un modelo de democracia sustancial en el que, por encima de las mayorías

---

[121] BARATTA, A.: "La política criminal y el Derecho penal de la Constitución", cit., pág. 38.

[122] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 247. En sentido similar véase GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 57.

formales, importa que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a satisfacer y asegurar los derechos primarios de todos. Esto significa, por una parte, que el Derecho penal no puede atender a intereses clasistas, y, mucho menos, servir de coartada a un sistema social basado en la exclusión de la parte más débil frente al poderoso. Por otra, reclamar un modelo basado en la "seguridad de los derechos" o "derecho a los derechos", implica el rechazo de su opuesto, el modelo creado a partir del "derecho a la seguridad"[123]. Pero, sobre todo, apelar a la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos como fin del Derecho penal exige que también los derechos fundamentales del delincuente sean tutelados en la mayor medida posible.

Como sostiene BARATTA, una política integral de protección y satisfacción de los derechos humanos y fundamentales no es sólo un modelo posible (aunque improbable): es también un modelo legítimo, porque corresponde a la validez ideal de las normas contenidas en la Constitución del Estado social de Derecho[124].

3.4. Los límites del Derecho penal como expresión de los fines de un Derecho penal garantista: la minimización de la violencia arbitraria.

De lo expuesto hasta ahora se puede deducir que un sistema penal está justificado si, y sólo, minimiza la violencia arbitraria en la sociedad (reducción de la violencia punitiva y maximización de la tutela de los derechos), y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del Derecho penal mínimo[125]. Estas garantías se configuran, pues, como otras tantas condiciones de

[123] Sobre la contraposición de ambos modelos véase extensamente BARATTA, A.: "Seguridad", *Capítulo Criminológico*, Vol. 29, núm. 2, 2001, *passim*.

[124] BARATTA, A.: "Seguridad", cit., pág. 8.

[125] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 342.

justificación, en el sentido de que la justificación del sistema implica necesariamente su realización. La legitimación del Derecho penal requiere, pues, el establecimiento de límites a su titular, representados por los principios jurídico-penales cuyo análisis es objeto del apartado siguiente.

Capítulo
2

Principios informadores del Derecho penal.

Al abordarse en el primer Capítulo la cuestión relativa a la legitimación del Derecho penal se puso de manifiesto la necesidad de contemplar los principios informadores no sólo como límites al ius puniendi, sino también como criterios de legitimación. Y es desde esta doble perspectiva desde la que se aborda en este Capítulo el análisis de tales principios.

I. INTRODUCCIÓN.

Como se ha señalado más arriba, según el planteamiento que aquí se sostiene, los principios garantizadores son mucho más que meros límites del Derecho penal: contribuyen, junto a la finalidad preventiva, a su fundamentación y legitimación.

Ahora bien, la eficacia legitimadora y limitadora de tales principios dependerá en gran medida de su reconocimiento constitucional y del consenso existente en la doctrina, así como de la voluntad del legislador y de los tribunales de someterse a ellos. Pero en sistemas democráticos donde la racionalidad es un valor, pueden efectivamente desplegar sus funciones de legitimación y limitación

tanto en la creación jurídica como en la interpretación y aplicación de la ley penal.

El reconocimiento constitucional de estos principios y límites ha dado lugar a que gran parte de la doctrina haya hecho suya la clasificación sistemática que propusiera MIR PUIG a la vista de los rasgos esenciales que caracterizan a nuestro modelo de Estado. Así, el principio de Estado de derecho dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad; la idea de Estado social, en la medida en que sirve para legitimar la función de prevención, implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de intervención penal; por último, la concepción del Estado democrático, que obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio de los ciudadanos, puede verse como fuente de ciertos límites asociados al respeto de principios como el de dignidad humana, igualdad y participación[126].

Tal clasificación, al facilitar el engarce constitucional de los principios limitadores del *ius puniendi,* resulta sumamente atractiva. No obstante, y teniendo en cuenta el fundamento de los principios, se considera preferible una clasificación que ponga el acento en la función y legitimación de la potestad punitiva en un modelo de Derecho penal mínimo y garantista como el que aquí se viene reclamando. Desde esta perspectiva, el principio de estricta legalidad aparece como el eje central del sistema penal, y los restantes principios se agrupan en orden a la doble dimensión de la función de la potestad punitiva: cuándo y cómo prohibir, por una parte; y cuándo y cómo castigar, por otra[127].

---

[126] MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 74.

[127] Otras clasificaciones similares a la aquí propuesta pueden verse en FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., págs. 253 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General,* cit., págs. 67 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., págs. 250 y ss. Crítico con las

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EJE CENTRAL DE UN SISTEMA PENAL GARANTISTA.

1. El principio de legalidad como garantía formal y factor de legitimación.

El principio de legalidad aparece en nuestro ordenamiento jurídico aparece como una exigencia impuesta por el art. 25.1 CE para el ordenamiento jurídico penal según el cual "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento" como especificación del art. 9.3 CE.

Consustancial al Estado de Derecho, el principio de legalidad vino a suponer en el pensamiento ilustrado el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general: por la voluntad expresada a través de la ley[128]. El fundamento del principio de legalidad se sitúa así en la perspectiva del Estado de Derecho[129], y más concretamente, como mantiene GARCÍA RIVAS[130], en el principio de división de poderes, con lo que el alcance del contenido garantista de la legalidad penal se reconoce en una doble exigencia: garantía de legitimación y garantía de seguridad[131].

---

clasificaciones que enfatizan el principio de legalidad, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., págs. 131 y ss.

[128] Véase CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales,* cit., págs. 104-105.

[129] Véase MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., págs. 74-75.

[130] GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático,* Cuenca, 1996, pág. 69.

[131] Esta fundamentación política del principio de legalidad ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 1337/1987, de 21 de julio y 150/1989, de 25 de septiembre.

Además, y ya desde el origen de la actual formulación del principio de legalidad por FEUERBACH en el siglo XIX, no puede ignorarse el fundamento político criminal de dicho principio: la ley como instrumento mediante el que el Derecho penal ejerce su función motivadora sobre la generalidad de los ciudadanos.

Desde esta doble perspectiva se comprende la necesidad de distinguir entre el principio de mera legalidad y el principio de estricta legalidad penal. Aquél, como regla de distribución del poder penal, ordena al juez condenar como delito lo que está reservado al legislador predeterminar como tal; éste, prescribe además, que el contenido de la ley esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso[132]. Sólo en la medida en que se satisfaga este segundo principio la norma podrá cumplir con la función motivadora ya atribuida por FEUERBACH.

2. El principio de mera legalidad como criterio de legitimación formal.

2.1. Las garantías penales.

El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, viene a establecer que sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) determinan lo que es delito. Este principio, aunque expresión de la división de poderes postulada por la Ilustración, se constituye a su vez en un límite para el Poder –sólo el poder legislativo, y mediante el procedimiento establecido al efecto, puede decir lo que es delito-, y en garantía de seguridad jurídica para los ciudadanos[133]. El principio de legalidad

[132] Véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., págs. 95-96 y 378-381.

[133] Como indica JAÉN VALLEJO (*La justicia penal en la jurisprudencia constitucional, 1999,* Madrid, 2000, pág. 200) al hilo de las SSTC 133/1987, 111/1993 y 137/1997, el principio de legalidad en el ámbito penal se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la Constitución enuncia, esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo

penal se traduce, pues, según nuestro Tribunal Constitucional en el derecho de los ciudadanos a que los delitos y sus correspondientes penas figuren en la ley, con el objeto de que en el logro de la paz social les sea posible adaptar su conducta para que ésta no incurra en delito ni se haga merecedora de la correspondiente pena[134].

Hoy por hoy, el principio de legalidad tanto en su significación política (expresión de la división de poderes) como técnica (instrumento de motivación), constituye una garantía indiscutible del ciudadano frente al poder punitivo del Estado y se traduce en cuatro garantías: *nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta, nulla poena sine lege, nemo damnetumr nise per legale iudicium*, a la que hay que añadir el principio de legalidad en materia de ejecución de penas.

a) La garantía criminal impide que se repute delictiva una conducta no tipificada previamente en la ley penal y castigada por ésta con una pena. Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal. La garantía criminal se encuentra plasmada en los art.s 25.1 y 9.3 CE, y en los arts. 1 y 4.2 CP.

b) La garantía penal (*nulla poena sine* lege*)* impide que pueda imponerse al ciudadano una pena o medida de seguridad que no se halle previamente establecida por ley. Se consagra en el art. 2, y consecuencia de la misma es la previsión contenida en el art. 4.3 CP.

La garantía penal prohíbe al juez o tribunal modificar el marco penológico establecido en la ley. No obstante, la propia ley puede

que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en al ley. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (SSTC 133/1987 y 120/1992).

[134] sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981.

excepcionar el régimen general, introduciendo reglas específicas sobre sustitución de unas penas por otras, lo que no implica derogación alguna de la garantía penal al contemplarse tales previsiones en el propio CP.

c) La garantía jurisdiccional, recogida a grandes rasgos en el art. 24.2 CE que declara el derecho de todos al Juez ordinario, a la que va indisolublemente unida la prohibición de arbitrariedad judicial, se ve ratificada en el art. 3.1 CP a tenor del cual "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". En estos tiempos detenerse a recordar la validez, racionalidad y necesidad del juez natural puede no estar precisamente de más. Los delitos y las penas se establecen por la ley, que representa la voluntad del pueblo, pero la interpretación y aplicación de la ley, la función de juzgar, corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia, según el principio de división de poderes (art. 117.3 CE). Sólo los jueces se hallan legitimados para aplicar el Derecho penal, y además han de hacerlo en la forma prevista por la ley, esto es: a través de un juicio rodeado de una serie de garantías para el acusado.

d) La garantía de ejecución asegura al condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma el goce y disfrute de los derechos fundamentales, a excepción de los expresamente limitados en el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (art 25.2 CE). El art 3.2 CP lo reconoce y explicita, negando la posibilidad de ejecución de pena o medida sino en la forma establecida por la ley y reglamentos que la desarrollan y garantizando, además, el control jurisdiccional en la ejecución de la pena o medida. Las penas, una vez impuestas por el juez, sólo pueden ser ejecutadas de acuerdo con lo que establecen la ley y los reglamentos. "No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y por los

reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes. (art. 3.2 CP).

2.2. La reserva de ley orgánica.

Los art.s 25.1 y 9.3 CE requieren que tanto las conductas delictivas como las penas correspondientes a las mismas vengan determinadas exclusivamente por la ley. De ahí se deriva claramente que la única fuente del Derecho penal es la ley, pero no se resuelve la cuestión relativa a cual deba ser el rango de la ley que establezca los delitos y las penas y/o medidas de seguridad (ley orgánica o ley ordinaria).

De la puesta en relación de los arts. 81 y 17 CE, y dado que las penas y medidas de seguridad privativas de libertad afectan siempre y en todo caso a un derecho fundamental, es preciso concluir que el rango de ley orgánica es imprescindible en la ley que establezca penas o medidas de seguridad privativas de libertad. Y en este sentido se ha venido pronunciando nuestro Tribunal Constitucional desde su sentencia 140/1986 de 11 de noviembre.

La doctrina del Tribunal Constitucional deja abierta, pues, la posibilidad de castigar a través de ley no orgánica delitos o faltas para los que se prevea una pena o medida de seguridad no privativa de libertad. Tal posibilidad ha sido, no obstante, rechazada por la mayor parte de la doctrina al entender que existen argumentos –tanto de carácter formal como sustancial- suficientes para exigir "en todo caso" la reserva de ley orgánica en materia penal[135].

[135] Véase por todos ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Fundamentos de Derecho penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal. Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos,* 3ª ed., Valencia, 1993, pág. 208.

2.3. El principio de estricta legalidad como criterio de legitimación sustancial.

Para que la norma penal cumpla su función de motivación no es suficiente, sin embargo, con que se cumpla con la garantía formal del principio de legalidad, pues, como advierte el Tribunal Constitucional[136] "cabe la posibilidad, históricamente comprobada de que bien el legislador bien el juzgador desconozcan el sentido de garantía de la ley penal…El primero puede incurrir en ese desconocimiento utilizando fórmulas tan vagas e imprecisas que cualquiera pudiera caer inadvertidamente en el ámbito de aplicación de la ley penal, por lo que, aun existiendo ésta, no cumpliría en tal hipótesis su función de advertir qué es lo que está castigado bajo pena. Por su parte, los órganos jurisdiccionales no observan el referido sentido de garantía cuando aplican analógicamente la ley penal a un supuesto no contemplado por ella, pero semejante… Por estas razones, el principio de legalidad constitucional también comprende una garantía de contenido o material respecto a la ley penal. En relación con el legislador, esa garantía material comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones…el juez del orden penal tampoco puede interpretar extensivamente ni aplicar analógicamente los elementos típicos…pues si lo hiciera incurriría en una infracción del art. 25.1".

2.3.1. El mandato de determinación o taxatividad[137].

---

[136] sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999 de 22 de julio.

[137] Aunque Generalmente los términos determinación y taxatividad se utilizan como sinónimos, sería más correcto distinguirlos conceptualmente, puesto que la determinación expresa más un requisito de formulación del tipo penal, mientras que la taxatividad tiene una proyección externa, en virtud de la cual, impidiendo que el tipo penal pueda ser puesto en relación con un hecho que no entra en sus dimensiones abstractas, excluye una aplicación analógica. Véase al respecto,

El principio de legalidad exige a su vez el empleo de una específica técnica legislativa para la válida configuración legal de los elementos constitutivos del delito: es preciso que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, de modo que se pueda garantizar, así, la sujeción del juez solamente a la ley[138].

El principio de estricta legalidad viene representado por los mandatos de determinación o taxatividad de la norma penal; ello se traduce en la prescripción, al legislador, de formular los tipos delictivos de forma precisa e inequívoca, delimitando con absoluta precisión la línea que separa lo que es lícito de lo que no lo es.

Entre las diversas técnicas utilizadas por el legislador en la construcción del tipo penal, existen algunas que pueden entrar en conflicto con el mandato de determinación, tales como el recurso a cláusulas generales, a conceptos jurídicos absolutamente indeterminados cuya vaguedad no permita individualizar el criterio valorativo al que se refieren, o a tipos tan abiertos que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales[139].

Pero tampoco el otro extremo, el representado por las técnicas normativas casuísticas, supone un modo adecuado de atender al mandato de determinación. En este sentido subraya MUÑOZ CONDE

ZANOTTI, M.: "Principio di determinatezza e taxativita", AAVV *Introduzione al sistema penale*, vol 1, Torino, 2000, p. 143.

[138] Véase FERRAJOLI, L.: D*erecho y Razón,* cit., pág. 95.

[139] Así, por ejemplo, resalta PAREDES CASTAÑÓN ("El desprecio como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho", *Revista Penal,* núm. 11, 2003, pág. 116) como el empleo del término desprecio como forma de expresar un elemento subjetivo de los tipos choca, potencialmente al menos, con el mandato de determinación de los tipos penales, en la medida en que resulta extremadamente difícil determinar conforme al uso ordinario del lenguaje la interpretación que ha de darse a dicho término.

que el casuismo "tiene la desventaja de que por mucho que abarque, es imposible llegar a describir todas las conductas o sus modalidades que pueden estar prohibidas. Por ello el casuismo produce lagunas, a veces insalvables, sin recurrir a la analogía, aparte de la falta de sistema y las repeticiones innecesarias que provoca[140]".

Existen, no obstante, otras técnicas que permiten conciliar la imposibilidad de exhaustividad de los tipos penales con la necesaria taxatividad de la ley penal. A ello corresponde perfectamente la utilización de elementos descriptivos de tipo naturalístico, que al ir referidos a la común experiencia o a elementos empíricamente verificables, apenas dejan al intérprete resquicios valorativos: matar a otro (art. 138 CP), pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal (art. 150 CP), daños (art. 263 CP), etc.

Por regla general, también es respetuosa con el principio de taxatividad la utilización de elementos normativos, para cuya comprensión precisan la remisión a una norma jurídica, como es el caso de la cosa ajena en el delito de hurto (art. 234 CP). En todo caso, y como nos recuerda el Tribunal Constitucional[141], el principio de legalidad penal es conciliable con la incorporación al tipo de elementos normativos, siempre que respecto a la norma remitida, y en cuanto forma parte de la norma penal remitente, también rija la exigencia de certeza y de delimitación precisa.

Más cauto debe de ser, sin embargo, el legislador cuando de lo que se trata es de utilizar elementos normativos de tipo extrajurídico –elementos valorativos- como son, entre otros, la fama (art. 208 CP) o el material pornográfico (art. 189 CP). Estos elementos, al requerir una

[140] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 95.

[141] Véanse entre otras las SSTC 127/1990, 111/1993, 53/1994, 102/1994 y 24/1996.

valoración por parte del aplicador del Derecho, implican una amenaza al principio de estricta legalidad, por lo que deberían restringirse a los supuestos en los que su utilización sea absolutamente necesaria.

2.3.2. La prohibición de analogía

Comúnmente se entiende por analogía el razonamiento en cuya virtud se aplica una ley a un supuesto de hecho no previsto en ella pero de similares características a otro que sí pertenece a su ámbito de aplicación. En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 4.1 CC otorga a la aplicación analógica de las normas capacidad para la producción normativa; esto es, reconoce la analogía como fuente del Derecho. Es obvio, sin embargo, que el principio de estricta legalidad, manifestado en el mandato de determinación y taxatividad, no deja sitio para la analogía en cuanto regla de aplicación de las normas penales. Y en esa línea se pronuncian los art.s 4.2 CC y 4.1 CP, al establecer que las leyes penales no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Es tradicional ya la distinción entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, para referirse a la aplicación analógica en perjuicio del reo o a su favor, respectivamente. En opinión de la mayor parte de la doctrina sólo la aplicación analógica extensiva o *in malam partem* resultaría contraria al principio de legalidad: del hecho de que la prohibición de analogía aparezca como una garantía para los ciudadanos, deducen su admisibilidad en los supuestos en que se haga a favor del reo. Ahora bien, del hecho de que la prohibición de analogía se constituya en principio limitador del poder y garantía para los ciudadanos no es legítimo, sin embargo, deducir *a sensu contrario* la admisibilidad de la aplicación analógica favorable al reo. Y no existen otros argumentos lo suficientemente sólidos como para desvirtuar las exigencias de taxatividad y reserva de ley que se derivan del principio de legalidad, ya que la aplicación analógica de reglas que puedan

favorecer al reo, pero que no estén expresamente previstas, altera sustancialmente el campo de juego de las voluntades del legislativo y del judicial y supone, como advierte CARBONELL MATEU, una abrogación judicial de la ley que no puede admitirse en un Estado de Derecho[142].

Esta solución, por otra parte, es la que parece derivarse del art. 4.3 CP al indicar a los jueces y tribunales que acudan "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 resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo o cuando la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo". En todo caso, y por si la lectura del precepto dejase alguna duda, es preciso concluir con QUINTERO OLIVARES[143] que es concluyente al efecto el hecho de que el legislador penal de 1995, habiendo tenido la ocasión de declarar admitida la analogía *in bonam partem*, no lo haya hecho, rechazando el criterio que propuso la PANCP 1983.

2.4. La irretroactividad de la ley penal como corolario de los principios de mera legalidad y estricta legalidad.

La irretroactividad de las leyes penales es una consecuencia del principio de mera legalidad, cuya formulación completa es *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. Desde esta perspectiva, la exigencia de *lex praevia* es una consecuencia racional del principio de reserva de ley, ya que como afirma HOBBES, si la pena supone un

[142] CARBONELL MATEU; J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales,* cit., pág. 130.

[143] QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 158.

hecho considerado como una transgresión por la ley, el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad[144]. Su íntima conexión con el principio de reserva de ley se pone de manifiesto al sancionarse en el art. 25.1 de nuestra Constitución junto con el principio de legalidad: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento".

Pero además, y del mismo modo que los principios de determinación y taxatividad, el principio general de irretroactividad es esencial para que el Derecho penal pueda desempeñar su función motivadora. Sólo si el ciudadano conoce la prohibición y la amenaza del castigo, puede sentirse motivado y puede conseguirse el efecto preventivo buscado con la pena. Así, y desde la función del Derecho penal, el principio general de irretroactividad contribuye a la legitimación misma del sistema penal.

Desde el momento en el que las distintas Constituciones y Declaraciones de derechos se hicieron eco del principio de irretroactividad, la cláusula de irretroactividad se acompañaba de la previsión de la retroactividad de la ley favorable al reo. En nuestro ordenamiento jurídico tal previsión es expresamente contemplada en los arts. 9.1 CE al garantizar "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables…", y 2.2 CP, cuando establece que "tendrán efectos retroactivos aquellas leyes penales que favorezcan al reo …".

La doctrina justifica tal excepción en el hecho de que si la prohibición de irretroactividad es una garantía del ciudadano, nada

[144] Véase en FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 381.

obsta a la retroactividad a favor del reo[145]. En efecto, es obvio que el principio de irretroactividad de las normas penales no favorables al reo se erige en garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos; ahora bien, tal reconocimiento sirve para admitir, pero no para justificar la retroactividad de las normas sancionadoras favorables.

La ultractividad de las normas sancionadoras favorables al reo se deriva de la función misma del sistema penal: la protección de bienes considerados esenciales para el desarrollo del individuo en sociedad. En la medida en que la nueva ley se dicta como consecuencia de un cambio de valoración social por parte del legislador de la conducta hasta entonces delictiva o considerada más grave, no está justificado imponer una pena o un agravamiento que ya no se consideran necesarios[146].

Y si esta ley sólo estuvo vigente durante un tiempo intermedio entre la comisión del hecho y el juicio, también será de aplicación en la medida en que resulta más beneficiosa para el reo, pues como advierten MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, "éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido, no debe aplicársele las consecuencias de la ley que le perjudica[147].

De acuerdo con lo la literalidad del art. 2.2 CP, habrá retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo aunque "al

---

[145] Véase por todos MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 45.

[146] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO Y OTROS: *Lecciones de Derecho penal. Parte General,* 2ª. ed., Barcelona, 1999, pág. 51. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* I, cit., pág. 183. En este sentido afirma BACIGALUPO ZAPATER (*Principios de Derecho penal*, 5ª. Ed., Madrid, 1998, pág. 70), que se trata de una excepción "con un fundamento político-social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquéllas aparece como desproporcionada".

[147] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General,* 6ª. ed., Valencia, 2002, pág. 160.

entrar en vigor hubiese recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena". Ello es lógico, en la medida en que no existe ningún argumento para que la aplicación de la norma penal más favorable deba encontrar su límite en la cosa juzgada.

2.5. El principio de legalidad y la técnica de formulación positiva de las normas.

2.5.1. Las normas penales en blanco: necesidad y criterios de validez.

La estructura "supuesto de hecho-consecuencia jurídica" a la que se hizo alusión al principio es la correspondiente a las denominadas normas penales completas[148]. Es preciso resaltar que la norma penal contiene siempre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, pero no todo precepto penal alberga una norma completa[149]. A veces, el precepto describe, únicamente, el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, lo que supone que la norma venga formada por la combinación de dos o más preceptos que a veces están situados en el CP, y otras, en documentos diferentes[150]. El legislador, por razones prácticas, de economía y de técnica legislativa, establece únicamente en el precepto las características esenciales del supuesto de hecho que regula, remitiéndose a otros ya para completarlo, ya para determinar la

[148] Realmente, como indica LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 146) todas las normas penales son en su estructura normas completas, pues todas están integradas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Lo que ocurre es que, unas veces, supuesto de hecho y sanción se encuentran en preceptos diversos. Y otras, la integración del supuesto de hecho precisa remitirse a otra norma no penal.

[149] No debe confundirse norma –norma penal completa- y art. del CP. Lo normal, como resalta GARCÍA-PABLOS (*Derecho penal, Introducción*, cit., pág, 172) es que haya que coordinar varios artículos para conformar la norma penal completa, pues ésta fracciona y reparte los diversos elementos de su supuesto o de su consecuencia entre varios de sus artículos.

[150] STAMPA BRAUN, J.M.: *Introducción a la ciencia del Derecho penal,* Valladolid, 1982, pág. 29.

sanción a imponer. En tales casos, y en otros parecidos, corresponde al intérprete la tarea de recomponer la norma, investigando donde se encuentran sus dos elementos y reconstruyéndola en un todo armónico.

La doctrina denomina "normas penales incompletas" a aquellas normas cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen recogidos en distintos preceptos del CP. En estos casos –y por razones de técnica o economía legislativa- lo que ocurre es que cada uno de los preceptos recoge un fragmento de la norma, pues al completar el supuesto de hecho o la consecuencia que integran la norma forman también parte de ésta[151]. Este procedimiento –que responde a razones de mera técnica o economía legislativa- no tiene trascendencia alguna más allá de las cuestiones que se puedan suscitar en el plano interpretativo[152].

Una problemática específica con respecto al principio de legalidad es, sin embargo, la que plantean las denominadas normas penales en blanco. Mientras que las normas incompletas sólo suscitan un problema interpretativo, las normas penales en blanco –al menos las verdaderas- suscitan además un problema de legitimidad de la construcción normativa.

La razón de las normas penales en blanco hay que encontrarla en la estrecha relación existente entre la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal y otras ramas del ordenamiento

---

[151] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 17.

[152] En opinión de MIR PUIG (*Introducción a las bases del Derecho penal,* cit., pág. 43) la técnica de formulación de las normas penales puede tener trascendencia para la teoría de los elementos negativos del tipo. MUÑOZ CONDE *(Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 17), por su parte, advierte del peligro que puede suponer este procedimiento desde el punto de vista de las diferencias valorativas que han de existir entre los delitos.

jurídico de finalidades y alcance diferentes a los de la norma penal[153]. Abundando en esta línea puede indicarse con QUINTERO OLIVARES, que hoy por hoy la ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa dirigida a la apertura del Derecho penal a los distintos ámbitos de regulación en el que encuentran su *prima ratio* jurídica los denominados bienes jurídicos de nuevo cuño, como el medio ambiente, la ordenación del territorio, o los de naturaleza socioeconómica[154].

Desde esta perspectiva, la necesidad de las normas penales en blanco está doblemente justificada: por una parte, al ir relacionada la conducta integrante del supuesto de hecho con sectores en los que la actividad legiferante suele ser continua[155], parece más recomendable que la ley penal sea sólo el marco, cuyo contenido variable venga determinado por estos otros sectores del ordenamiento jurídico[156]. Por otra -y dado el limitado rendimiento que ofrece el empleo de la técnica legal de los elementos descriptivos[157]-, la tutela de bienes jurídicos de

[153] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 19.

[154] QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General,* cit, pág. 63.

[155] Como advierte MUÑOZ CONDE (*Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 19), sí, en estos sectores en los que la actividad legislativa es incesante, se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma , habría que estar reformando continuamente ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación

[156] Con ello, como afirma HEINE ("Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente, *ADPCP*, 1993, pág. 300), así se posibilita la adaptación de la ley penal a los cambios sociales y técnicos sin tener que modificarla constantemente.

[157] El Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990) ha reconocido que los elementos descriptivos, pese a constituir la técnica de tipificación que mejor satisface al principio de taxatividad y la seguridad jurídica en el ámbito jurídico penal, se muestra como un recurso legislativo muy limitado, que no puede responder a las complejas necesidades que la incriminación típica de las agresiones a estos bienes jurídicos suscita.

tipo social, económico o institucionales, obliga al legislador, cada vez más, a acudir a la técnica de las leyes penales en blanco[158].

Esta técnica -al menos cuando la remisión lo es a una norma o disposición de rango inferior al CP[159]- ha sido fuertemente contestada[160] desde las garantías del principio de legalidad, al permitir que el carácter delictivo de una conducta pueda determinarse por una autoridad que, constitucionalmente, no está facultada para ello.

La posible contradicción de la técnica de la ley penal en blanco con el principio *nullum crimen sine lege* no empece, sin embargo, a que en determinadas ocasiones su utilización resulte imprescindible. Desde este doble entendimiento, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que la utilización de las leyes penales en blanco es compatible con las garantías constitucionales del principio de legalidad, siempre que se respeten los siguientes requisitos: "que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido[161]; que la ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de 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

---

158 Véase QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 63.

159 El riesgo para el principio de legalidad es aún mayor en el caso de remisión a normas reglamentarias, lo que puede significar tanto como dejar en manos del poder político la definición de la materia penal. LAMARCA PÉREZ, C.: "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 20, 1987, pág. 113.

160 Véase, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", *AP,* núm. 23 (1994), pág. 451.

161 Sobre la necesidad de que la ley tenga que recurrir a una remisión a reglamentos, y las circunstancias adicionales que se extraen de ello véase ampliamente LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* I, cit., págs. 150 y ss.

esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada"[162].

La compatibilidad de la técnica de la ley penal en blanco con el principio la reserva de ley en materia penal implica, pues, que el núcleo esencial de la conducta punible -su contenido de desvalor respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico- se encuentre descrito por la ley penal[163]. No es suficiente, como advierte TIEDEMANN, con la mera descripción formal de la conducta: "es necesaria la determinación en la ley penal del valor a proteger. De acuerdo con ello debe considerarse violación del principio de legalidad la remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada situación"[164].

Además del asunto relativo a su admisibilidad desde las garantías del principio de legalidad, las normas penales en blanco plantean una cuestión íntimamente relacionada con el significado político del principio de legalidad: esto es, si la norma de completo puede ser una norma emanada de las Comunidades Autónomas o de la Comunidad Europea, o, si por el contrario, la exclusividad estatal del *ius puniendi* exige que la norma de complemento haya de ser también una norma estatal.

[162] sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990.

[163] En este sentido, y como señala GARCÍA ARÁN ("Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios Penales y Criminológicos,* XVI, 1993, pág. 85), la falta de precisión respecto al núcleo esencial del injusto penal puede vaciar de contenido las garantías establecidas por el Tribunal Constitucional para la utilización correcta de la técnica de la ley penal en blanco.

[164] TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán),* Barcelona, 1993, pág. 142.

El debate doctrinal que en su día originara esta cuestión[165] ha sido zanjado en gran medida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1998, al afirmar que la función de complemento de una ley penal en blanco puede ser realizada:

a) Por una norma de las Comunidades Autónomas siempre que haya sido dictada en el marco de las respectivas competencias de las Comunidades Autónomas; que no introduzca divergencias irrazonables ni desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen aplicable en otras partes del territorio; y, que la norma autónomica constituya únicamente un elemento inesencial de la figura delictiva.

b) Por una norma de Derecho comunitario, pues en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal.

2.5.2. Especial consideración de la denominada "accesoriedad administrativa".

En ocasiones, el Derecho penal recurre a la utilización de elementos típicos normativos –definidos por el Derecho administrativo-, e incluso remite a preceptos extrapenales o a actos administrativos concretos. A partir de este hecho la doctrina distingue entre leyes penales en blanco, elementos normativos jurídicos y cláusulas de

---

165 Véanse entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", cit., *passim*; FERRÉ OLIVÉ, J.C.: "Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas", *CPC,* núm. 48, pág. 818; GARCÍA ARÁN, M.: "Remisiones normativas, leyes penales en blanco…", cit., *passim*; HAVA GARCÍA, E.: *Protección jurídica de la flora y fauna en España*, Madrid, 2000, pág. 276 y ss.; MESTRE DELGADO, E.: "Limites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *ADPCP*, 1988, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?", *La Ley,* 1993, pág 972; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" en *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, pág. 44.

autorización[166]. Sin embargo, y como afirma TERRADILLOS BASOCO, en la medida en que la utilización de elementos normativos jurídicos pone al aplicador de la ley en la necesidad de incorporar conocimientos extrapenales a la interpretación de un elementos típico que se contiene en la ley penal (accesoriedad conceptual), habrá que concluir que en estos supuestos estamos ante cuestiones de interpretación y no de remisión. Con lo que la problemática específica derivada de la accesoriedad penal queda reducida a las leyes penales en blanco (accesoriedad normativa), y a las cláusulas de autorización o de remisión a una decisión administrativa (accesoriedad de hecho)[167].

Junto a los casos en que la ley penal en blanco remite la concreción de lo prohibido a los reglamentos, también encontramos hipótesis en las que la tipicidad de la conducta viene condicionada a la ausencia de la preceptiva autorización administrativa, o a la infracción de lo previsto en ella[168].

Las relaciones, que pueden ser contradictorias, entre norma penal –incriminadora- y acto administrativo –autorizante- sólo pueden darse en un modelo en el que el Derecho penal defina los bienes jurídicos dignos de protección, aunque supeditando la punición a la inexistencia de autorización o al incumplimiento de un acto

[166] Véase por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte General,* Valencia, 2001, pág. 121.

[167] Véase al respecto DE LA MATA BARRANCO, N.: "La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el medio ambiente", en Asua Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública,* Bilbao, 1997, págs. 398-399.

[168] Se trata de supuestos en los que "la plena realización del tipo de injusto sólo se produce cuando el comportamiento enjuiciado lesiona un acto prohibido de la autoridad o no está cubierto por un permiso o autorización". DE LA MATA BARRANCO, N.: "*Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa*", Barcelona, 1996, pág. 89.

administrativo[169]. Es en estos casos en los que se planteará la problemática de la accesoriedad del Derecho penal con respecto al administrativo. Aquí, como advierte TERRADILLOS BASOCO, la corrección, *de lege ferenda,* debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales, y al intérprete, a la construcción teórica de cada tipo integrando la afección, actual o potencial, pero en todo caso constatada, al bien jurídico. Por el contrario, prosigue el citado autor, para evitar que una postura excesivamente permisiva termine despenalizando, vía autorización, graves ataques al bien jurídico protegido, es necesario que los casos de lesividad constatada sean típicos, sin condicionar su punibilidad a la decisión administrativa[170].

3. Principios relativos al "cuándo y cómo prohibir".

3.1. El principio de ofensividad como límite a la intervención punitiva. Especial consideración de los delitos de peligro.

Por el principio de ofensividad o lesividad, el delito debe sustanciarse en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no siendo concebible un delito sin ofensa (*nullum crimen sine iniuria).* La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que se tenga del mismo, condiciona toda justificación del Derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite: desde el principio de ofensividad se limita y legitima el poder punitivo del Estado en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de

[169] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Empresa y Derecho penal,* Buenos Aires, 2001, pág. 113.

[170] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Empresa y Derecho penal,* cit., pág. 115. Véase también TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, cit., pág. 186.

conductas si no es en virtud de que resultan lesivas para un bien jurídico[171].

El contenido de la ofensa comprende tanto la lesión como la puesta en peligro del bien jurídico. En el delito de homicidio (art. 138 CP), por ejemplo, la ofensa viene representada por la efectiva lesión o destrucción de la vida. En los delitos de incendio (art. 351 CP) por su parte, la ofensa viene representada por el peligro para las personas y sus bienes.

En los delitos de peligro el legislador anticipa la intervención penal al momento en el que surge el peligro para el bien protegido para, de ese modo, proporcionarle una tutela más eficaz. Aunque siempre han estado previstos en los Códigos Penales, los delitos de peligro se caracterizan en la actualidad por su continua expansión como consecuencia del progreso tecnológico: la existencia de nuevas actividades cada vez más peligrosas (como por ejemplo, la mecanización en el trabajo y en los medios de transporte, la producción y empleo de diversos tipos de energía y de numerosas sustancias químicas, la manipulación de los alimentos, etc.) ha dado lugar a la proliferación de una cada vez más rigurosa normativa articulada sobre todo en base a normas cautelares, dirigidas principalmente a impedir que el riesgo intrínseco de tales actividades se convierta en lesión[172].

Dentro de la categoría de los delitos de peligro se suele distinguir entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto[173]. En

[171] CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 206.

[172] Véanse al respecto DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: "Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo", *Derecho y Proceso Penal,* 2000-2, núm. 4, págs. 133 y ss.; MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., pág. 64 y ss.

[173] Sobre otras modalidades del peligro véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: "Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo", *Derecho y Proceso Penal,* 2000-2, núm. 4, págs. 142-143.

aquéllos, el legislador exige expresamente la verificación del peligro. En éstos, sin embargo, al legislador parece bastarle con que el hecho aparezca como peligroso, y ello con independencia de que el peligro llegue o no a actualizarse.

Si, en efecto, y tal y como mantiene un importante sector doctrinal, los delitos de peligro abstracto se caracterizaran porque en ellos se prescinde tanto de la lesión como de la realización del peligro, habría que concluir que los delitos de peligro constituyen el ejemplo paradigmático de delitos sin ofensa. Ante esta situación sólo cabría alguna de las alternativas siguientes: la renuncia a los delitos de peligro abstracto, o, la negación de la vigencia del principio de lesividad.

Frente a lo insatisfactoria de cualquier de las dos opciones propuestas queda, sin embargo, una tercera vía: la de reinterpretar los delitos de peligro abstracto desde el principio de lesividad. Tal y como propone TERRADILLOS BASOCO, frente a la postura doctrinal consistente en seguir lanzando diatribas contra este tipo de delitos se impone una interpretación de los preceptos penales capaz de dotar de máxima relevancia a las garantías propias del Derecho penal democrático[174]. De ahí, que cuando la ofensa al bien jurídico no quede expresamente recogida en el tipo penal, sea preciso proponer una lectura del mismo que trascienda la crítica y que, consecuentemente, incorpore la lesividad imprescindible en toda conducta delictiva.

Esta carga de lesividad, presente también en los delitos de peligro abstracto, implica que la conducta típica suponga, al menos, una aminoración de las condiciones de seguridad en las que se encontraba el bien jurídico. Junto a ello, será preciso proceder a un juicio *ex post* de la idoneidad y capacidad lesiva de la conducta, de modo que si en el

[174] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Peligro abstracto y garantías penales", *Nuevo Foro Penal*, núm. 62, 1999, pág. 815.

caso concreto no se produce el resultado de peligro para el objeto jurídico –entendido como la aminoración de sus condiciones de seguridad- , no puede decirse en puridad que haya existido un peligro y en consecuencia la conducta habrá de quedar impune.

3.2. El bien jurídico como criterio de validez de la norma penal. Su reconstrucción desde la doble dimensión de límite negativo y exigencia positiva.

3.2.1. La crisis del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como ya se ha tenido ocasión de adelantar, el sistema penal de un Estado social y democrático de derecho sólo puede encontrar su justificación en su función de protección. En consecuencia, sólo serán válidas aquellas normas penales dirigidas a evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

En este sentido el "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos" opera en un doble nivel: en primer lugar, como factor de legitimación de la intervención punitiva; pero a su vez, y en la medida en que la función de protección impide cualquier intervención punitiva que no vaya dirigida a la exclusiva protección de bienes jurídicos, este principio se erige en límite material del *ius puniendi*, en garantía para los ciudadanos.

Pero esta doble función de límite a la potestad punitiva y garantía para los ciudadanos, se ve mermada por la incorrecta utilización de los criterios condicionantes de la tutela penal de bienes jurídicos. En este sentido, advierte BARATTA –parafraseando a BALOG-, como las definiciones extrasistemáticas de los bienes dignos de tutela han sido obtenidas utilizando ampliamente el sistema de los bienes protegidos por las normas penales existentes, confundiéndose así el ser con el deber ser. Viceversa, en las definiciones intrasistemáticas, a las

operaciones analíticas sobre las normas penales existentes se sobreponen ampliamente los modelos ideales y las valoraciones político-criminales de los diferentes autores. Esto se traduciría en un doble inconveniente: por una parte, intereses y valores extrapositivos definidos por la mayoría en términos de conflicto son definidos al interior de la lógica del discurso punitivo y elevados a la categoría de bienes jurídicos; por otra, los contenidos positivos del Derecho penal son idealizados y legitimados a través de la vinculación metodológica con principios y valoraciones extrasistemáticas[175]. Tanto en un caso como en otro se pierde la capacidad de proveer criterios eficaces para la valoración crítica de los sistemas punitivos existentes.

Lo anterior, llevado a sus extremos, daría lugar a lo que FERRAJOLI ha denominado "la parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico", en cuya virtud el concepto de bien jurídico se desmaterializa definitivamente, transformándose de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y auto-reflexivo de legitimación política de los intereses tutelados –y, con ello, de las normas positivas-, directamente asumidos como valores, cuya violación da lugar a comportamientos inmorales[176].

Ante esta situación, las opciones propuestas por la doctrina van desde la sustitución del concepto de bien jurídico por el de validez de la norma[177] hasta la exclusión de los bienes jurídicos difusos[178], pasando,

---

[175] BARATTA, A.: ""Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal…", cit., pág. 39.

[176] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 469.

[177] Véase al respecto JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. por Canció Meliá y Feijóo Sánchez), Madrid, 1996, *passim.*.

[178] Véase por todos HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Doctrina Penal,* núms. 46/47, 1989, *passim.*

como señala SILVA SÁNCHEZ, por la construcción de un Derecho penal de dos velocidades en función de los bienes jurídicos tutelados[179].

Desde una perspectiva estrictamente garantista del bien jurídico, la primera de las opciones a las que se ha hecho referencia debe ser rechazada en la medida en que dejan de existir referentes extrajurídicos a los cuales se pueda tomar como criterios para una delimitación de la extensión de la respuesta penal (ámbito de tutela) y de su intensidad. En cuanto a la segunda, corre el riesgo de que la exclusión por principio de los bienes jurídicos difusos e indeterminados sea compensada con una aceptación, también por principio, de los bienes jurídicos personales e indeterminados, y que esta aceptación sustituya la comprobación empírica de las hipótesis de la idoneidad de la pena en la tutela de estos bienes[180]. Por último, y frente a la tercera de las posibilidades propuestas, es preciso recordar que la criminalización de los comportamientos de las clases más poderosas junto con los de las menos poderosas constituye una exigencia de la igualdad, y por esto mismo, de la justicia. En esta línea advierte GRACIA MARTÍN, como la modernización del Derecho penal significa, precisamente, "la necesaria expansión del Derecho penal, sin concesiones, hasta la última de las acciones criminales características de la clase económicamente poderosa, como condición de la posibilidad de la realización material de las libertades y de los derechos individuales". Es preciso, pues, seguir indagando acerca de los criterios que han de guiar la búsqueda de los

[179] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal,* cit., págs. 124 y ss. En la última edición de esta obra (2ª ed. revisada y ampliada, 2001, págs. 163 y ss.), se habla ya de la posibilidad, incluso, de distinguir un Derecho penal de tercera velocidad: el Derecho penal del enemigo.

[180] BARATTA, A.: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal...", cit., pág. 38.

bienes jurídicos merecedores, necesitados y susceptibles de tutela penal[181].

3.2.2. Concepto material de bien jurídico.

En coherencia con un modelo de Derecho penal garantista, en el que se distingan los planos de legitimación externa e interna[182], han de tomarse como punto de partida las teorías que defienden una concepción trascendental del bien jurídico.

Sin embargo, no toda teoría trascendentalista es capaz de dotar al bien jurídico de un significado material. También en el seno de estas teorías se ha producido a veces una formalización del bien jurídico, bien porque tornan hacia una juridización del mismo por vía de la Constitución[183] o bien porque a pesar de considerar que el bien jurídico es trascendente al ordenamiento jurídico, entienden que es inmanente al sistema social, con lo cual el bien jurídico se convertiría simplemente en una función de éste[184].

---

[181] Es ya clásica en la doctrina la fórmula de MAYER, quien afirmaba que la protección penal de un bien jurídico exige tres requisitos: que sea merecedor de dicha tutela, que la necesite y que sea susceptible de ella.

[182] Como afirma FERRAJOLI (*Derecho y Razón.,* cit., págs. 215-216), la teoría de la separación entre legitimación externa y legitimación interna constituye el presupuesto teórico y axiológico del modelo penal garantista; "y ello en el doble sentido de que excluye tanto la auto-legitimación ético-política como la hetero-legitimación jurídica del derecho, exigiendo que su legitimidad política sea externa, es decir, fundamentada en valores e intereses individuales o colectivos efectivamente tutelados por él, y que su legitimidad jurídica sea sólo interna, esto es, fundada en la ley de manera hasta donde sea posible, exclusiva en cuanto a las fuentes y exhaustiva en cuanto a los contenidos según los principios convencionalistas y cognoscitivistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad".

[183] Como indica SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 274), "la limitación del Derecho penal a la protección de los valores constitucionalmente garantizados tienen pretensiones garantistas y refuerza la eficacia garantizadora del concepto de bien jurídico, sin embargo sigue siendo insuficiente para caracterizar de modo pleno a los bienes jurídicos protegibles".

[184] Véase HORMAZABAL MALAREE, H.: "Política penal en el Estado Democrático", *ADPCP,* 1984, págs. 341-342.

De entre los distintos criterios que, partiendo de una concepción trascendentalista, se han utilizado para fijar un concepto material de bien jurídico[185], se podría intentar seguir una postura intermedia que, a pesar de tomar como punto de partida una sociedad concreta y un determinado sistema político (ambos con un sistema de valores específico, que sin duda ha de verse reflejado en el contenido material del bien jurídico), no impida la postergación del individuo.

Para ello una vía posible es la de determinar el contenido positivo del bien jurídico desde la óptica del materialismo histórico, partiendo como afirma OCTAVIO DE TOLEDO de la idea proveniente del pensamiento marxista, según la cual las relaciones jurídicas están vinculadas en términos de dependencia con las transformaciones materiales de la sociedad, existiendo una tensión constante entre ambas. Así, cuando las relaciones jurídicas comienzan a impedir el desarrollo social se produce un conflicto que llevará a la variación de las relaciones jurídicas, y consecuentemente dicha modificación tendrá su reflejo en los intereses protegidos por las normas[186].

La anterior precisión es de gran importancia a la hora de encontrar un concepto material de bien jurídico, pues pone de relieve lo relativo del mismo y la necesidad de encontrar criterios materiales para su determinación, que, aunque referidos al individuo, no nos procure

[185] Así, por ejemplo se ha acudido a principios como la dañosidad social, la promoción de determinados valores éticos o ideológicos, e incluso los intereses sociales; criterios todos ellos que presentan el riesgo de una posible postergación del individuo. (Véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., pág. 137). Pero también el otro extremo, el mantener una postura exacerbadamente personalista del bien jurídico como la postulada por HASSEMER puede conllevar el riesgo de olvidar que aunque los bienes vayan referidos al individuo, este individuo vive e interactúa en un determinado modelo de sociedad, y es precisamente el contexto social en el que el individuo existe el que a veces determinará cuales son los bienes que efectivamente sirven a los intereses personales.

[186] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *ADPCP,* 1990, págs. 11-12.

"la engañosa certidumbre de que fuéramos nosotros, los individuos aislados, la última instancia en el enjuiciamiento de nuestros intereses"[187].

Desde esta perspectiva se puede que afirmar con TERRADILLOS BASOCO que un concepto material de bien jurídico, consecuente con esta exigencia, podría ser el que se deriva del concepto de necesidad[188], referida al mundo de los valores pero sin incurrir en el riesgo de olvidar al individuo. Concepto de necesidad, por otra parte, que no sólo sirve de base a la idea de bien jurídico, sino que va más allá al configurarse como fundamento tanto de los derechos humanos como de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

De este modo el bien jurídico se identifica con las necesidades reales de los individuos imprescindibles en sus relaciones sociales, valoradas estas últimas de acuerdo con los criterios proporcionados por nuestra Constitución, entre los que ocupan un papel relevante la libertad y la dignidad del individuo, consecuente con la configuración del Estado como social, democrático y de Derecho.

El carácter social del Estado obliga a dirigir su acción en beneficio de la sociedad, a que el sistema social se ponga al servicio de los individuos, lo que condiciona la legitimidad de la pena estatal a su

---

[187] HABERMAS, J.: *La reconstrucción del materialismo histórico*, (Trad. Valle Muñiz y García Cotarelo), Madrid 1981, pág. 312. Como advierte SILVA SÁNCHEZ, (*Aproximación al derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 271), "la finalidad esencial del estado contemporáneo, consistente en garantizar a cada ciudadano la posibilidad de conducir su vida de modo autónomo, responsable y pleno, no puede olvidar que el individuo no es un ser aislado, sino que desarrolla su vida inmerso en una comunidad".

[188] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", cit., págs. 136 y ss.; Parten también del concepto de necesidad BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho penal,* vol. I, cit., págs. 60-61; y PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales" *RDPC,* núm. 11, 2003, págs. 103-104, entre otros.

utilidad y necesidad sociales[189]. Desde la perspectiva del bien jurídico la configuración del Estado como social implica que el Derecho penal sólo pueda aplicar su instrumento coactivo a problemas o situaciones que trascienden a la generalidad de la sociedad[190].

Si, como indica TERRADILLOS BASOCO, "el concepto de derechos fundamentales va indisolublemente unido al de Estado de Derecho, pues sólo en el marco de éste tiene sentido hablar de aquellos"[191], el ordenamiento jurídico-penal propio de un Estado de Derecho ha de configurarse como un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos[192].

Es cierto que sólo puede hablarse de un Derecho penal garantista, dirigido a la protección de bienes jurídicos en un Estado democrático, pero precisamente es este carácter democrático el que obliga al Derecho penal propio de dicho Estado, a que su legitimación no sea simplemente formal, de vigencia. Sus normas, para ser legitimadas han de estar dotadas de una validez sustancial, basada en el respeto a la existencia, la dignidad y los derechos de las minorías. Un Estado que deniega a los individuos, o a grupos de individuos, la protección necesaria para que preserven y desarrollen justamente su personalidad individual y social, no puede ser calificado de democrático, pues los individuos no otorgarían jamás su

189 Véase MIR PUIG, S.: "Derechos humanos y límites del Derecho penal" en Beristain/De la Cuesta Arzamendi (eds.), *Los Derechos Humanos ante la criminología y el Derecho penal,* San Sebastián, 1985, pág. 4. Del mismo "Bien jurídico y Bien jurídico penal como límites del *Ius Puniendi*", *Estudios Penales y Criminológicos,* XIV, Santiago de Compostela, 1991, pág. 212.

190 Véase QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 245.

191 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Peligrosidad Social y Estado de Derecho, M*adrid, 1981, pág. 170.

192 BARATTA, A.: "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", *Nuevo Foro Penal,* núm. 34, 1986, pág. 435.

consentimiento para la organización y el ejercicio de un poder supra-individual que, en lugar de protegerlos, habría de aniquilar su integridad física, o al menos moral, por la pérdida del espacio vital que se requiere para existir y desarrollarse con una cierta y digna libertad[193].

3.2.3. Bien jurídico y Constitución.

En los Estados modernos como el nuestro, dotados de una Constitución rígida en las que se recoge un modelo de Estado social y democrático de Derecho, y que busca su justificación desde abajo -desde la protección del individuo y sus necesidades-, el plano de la legitimación externa se confunde en gran medida con el de la legitimación interna, concretamente con el de la validez sustancial de las normas. Sin que ello suponga la adscripción a posturas normativistas, es obvio que cuando la Constitución define el modelo de Estado y establece los valores y principios que han de informar al mismo, proporciona, a su vez, criterios de delimitación de los principios informadores del sistema penal, cuyo desconocimiento implicaría la deslegitimación interna de la norma penal.

Entre dichos criterios de validez sustancial del Derecho penal que nos proporciona la Constitución se encuentra el principio de lesividad, que si bien carece de reconocimiento expreso se deriva sin dificultad del carácter democrático del Estado, dirigido en primer lugar a hacer viable su máxima de la búsqueda de la igualdad material de los ciudadanos.

Como afirma HORMAZABAL MALAREE[194] "el bien jurídico constituiría un aspecto esencial de la relación política penal-Estado

---

[193] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J.: "Derechos humanos y poder punitivo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núms. 26-27, 1986-1987, pág. 137.

[194] HORMAZABAL MALAREE, H.: "Política penal en el Estado democrático", cit., págs. 333 y ss.

democrático. Pero también a su vez bien jurídico y Estado democrático se encuentran recíprocamente relacionados". El Estado democrático, por una parte sólo podrá penalizar conductas que afecten a bienes jurídicos, pero por otra tiene la necesidad de que el objeto a proteger corresponda a un requerimiento real de la sociedad, que aquí se entiende referido en última instancia a las necesidades reales del individuo.

Así, aunque el fundamento último del bien jurídico a efectos de la justificación del sistema penal haya de encontrarse en bienes extrajurídicos –entendiendo por tales las condiciones indispensables para que el individuo se desarrolle como persona en sociedad-, su fundamento inmediato, en una democracia sustancial como la nuestra, ha pasado, en parte, de ser un problema político a ser un problema jurídico, desde el momento en que la Constitución ha convertido determinados intereses y valores en derechos de los ciudadanos, en derechos que los ciudadanos pueden hacer valer frente al Estado.

Entre los bienes externos al Derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de la prohibición penal están, por razones obvias, todos los derechos fundamentales. Ello incluye no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, así como bienes que no son derechos pero que por su carácter fundamental para el desarrollo del individuo en sociedad aparecen como intereses necesitados de protección penal[195].

Pero desde la perspectiva constitucional, y más concretamente democrática y social- de un Derecho penal “de todos los ciudadanos”, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no puede seguir concibiéndose únicamente en sentido negativo como límite del sistema

[195] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 470.

punitivo, esto es, como expresión de los derechos de garantía frente a la potestad punitiva del Estado; tiene que contemplarse, además, desde una perspectiva positiva, como respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella parte de ellos consistentes en agresiones provenientes de determinadas personas[196].

3.2.4. Derecho penal y Derecho comunitario. ¿Bienes jurídicos europeos o política comunitaria?

El proceso de integración de la Unión Europea además de tener importantes implicaciones políticas, económicas y sociales, incide también de forma significativa en el sistema penal de cada uno de los países miembros. Como resalta GRACIA MARTIN[197] la integración europea da lugar a la aparición de todo un conjunto de "bienes jurídicos" europeos claramente diferenciados de los reconocidos particularmente en los ámbitos nacionales de cada uno de los Estados miembros[198]. Tales "bienes jurídicos" tienen que ser protegidos

---

196 Sobre el concepto de garantismo positivo véase BARATTA, A.: "La política criminal y el Derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales", *Capítulo Criminológico,* vol. 26, núm. 2, 1998, pág. 41. En esta misma línea parece situarse GRACIA MARTIN (*Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal...*, cit., págs. 195-196) cuando reclama la incorporación al discurso de criminalidad de "toda la criminalidad material de las clases poderosas".

197 GRACIA MARTIN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal...*, cit., pág. 100.

198 Propone GRASSO (*Comunidades europeas y Derecho penal* (trad. por García Rivas), Albacete, 1992, págs. 49 y ss.) una clasificación de los bienes jurídicos europeos en dos grandes grupos. En el primero se incluirían los bienes jurídicos europeos institucionales, vinculados a la existencia y al ejercicio de los poderes y competencias propios de la Unión Europea. El segundo grupo estaría integrado por los bienes jurídicos europeos que surgen como consecuencia del ejercicio de la actividad normativa concreta de la Unión respecto a sectores de actividad, Generalmente económicos, que se encuentran sometidos a su competencia normativa.

mediante los correspondientes sistemas de sanciones administrativas y penales.

El desarrollo de las actividades propias de las Comunidades Europeas y la puesta en marcha de un mercado interior único exigen, a su vez, una renovada regulación jurídica que afecta a todos los países miembros. El sistema que da vida a las Comunidades Europeas requiere y exige un catálogo de sanciones, indispensables para asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria por parte de los Estados y de los particulares. La Unión Europea tiene un poder sancionador propio de naturaleza administrativa que ejercita en relación con diversos ámbitos y sectores[199]. Por el contrario, la Comunidad carece de un poder punitivo propio, ya que sus órganos no gozan de potestad legislativa penal ni pueden imponer sanciones penales. Pero aunque los Tratados Constitutivos no supongan una transferencia expresa del *ius puniendi,* hay que reconocer con TIEDEMANN que, al menos en un sentido mediato, la Unión Europea sí es fuente del Derecho penal, en la medida en que tiene posibilidades de incidir directamente en la creación y contenido de los preceptos penales.

Aunque no puede hablarse de un *ius puniendi* comunitario positivo, sí en cierto modo de un *ius puniendi* negativo[200], en la medida que, debido a los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, mediante normas comunitarias pueden quedar derogadas conductas contempladas como delito en normas nacionales que

[199] Este poder encuentra su base en los arts. 83 TCE, 64 TCECA y 83 TCEEA.

[200] CUERDA RIEZU ("¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?", *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, pág. 626) concreta el deber de no penar que impone la comunidad europea en prohibiciones de incriminación, en mandatos de despenalización o en mandatos de no aplicación de tipos penales vigentes a consecuencia de una interpretación de los mismos conforme a al Derecho europeo.

resulten contrarias a aquellas, debiendo los tribunales dejar de aplicarlas aunque no se haya producido una derogación expresa por el legislador nacional.

Junto a ese negativo *ius puniendi*, la Comunidad cuenta, a su vez, con ciertas posibilidades de incidencia positiva en el cuerpo de la criminalización y penalización, de modo que puede hablarse de un embrión de Derecho penal europeo que actúa fundamentalmente en dos planos: asimilación y armonización.

Mediante la primera de las técnicas citadas el ámbito de protección, y en consecuencia el de aplicación, de los tipos penales nacionales resulta ampliado a los "bienes jurídicos" europeos paralelos a los nacionales en virtud de una expresa remisión o reenvío de la norma europea al derecho interno de los Estados miembros, en el sentido de que las agresiones a los "bienes jurídicos" europeos se castiguen de la misma forma que las relativas a los nacionales[201].

Al margen de los inconvenientes que de hecho presenta el uso de esta técnica[202], cuando el Derecho comunitario amplía el campo abarcado por el tipo penal[203], la asimilación deja de ser una mera indicación al legislador nacional para convertirse en una auténtica remisión. Ello puede plantear conflictos con el principio de legalidad, ya

---

[201] Un claro exponente de esta técnica lo constituye el art. 280.2 del Tratado de Amsterdam, en cuya virtud "los estados miembros adoptarán las mismas medidas para evitar el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopte para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros". Consecuencia de este precepto son los arts. 305.3 y 306 de nuestro CP.

[202] De entre ellos es de destacar, con DELMAS MARTY ("Verso un diritto penale comune europeo", *Revista italiana di procedura penale*, 1997-2, pág. 546) la desigualdad, ya que la defensa de intereses nacionales propios no es idéntica en los distintos países, con lo que conductas punibles enano de ellos puede no serlo en otros, ni tampoco es equivalente la pena que a las mismas conductas se impone.

[203] Es el caso del ejemplo utilizado por TERRADILLOS BASOCO (*Empresa y Derecho penal,* cit., 2001, pág. 63) en el caso de la extensión del falso testimonio a los supuestos de actuación ante la justicia extranjera o supranacional.

que es la normativa comunitaria y no la legislación nacional la que en definitiva, define la materia de prohibición. Aquí, y a diferencia de los auténticos supuestos de remisión normativa – a los que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1998-, hay una definición penal que no puede ampliar directamente el Derecho comunitario[204].

A fin de evitar los inconvenientes de la asimilación, la Comunidad hace uso de la denominada técnica de armonización, consistente básicamente en que una norma europea –generalmente Directivas, aunque también Reglamentos- se obliga a los Estados miembros a castigar penalmente determinados comportamientos, mediante el mandato de crear e introducir en sus ordenamientos internos tipos penales orientados específicamente a la tutela de "bienes jurídicos" o intereses que trascienden las fronteras de cada uno de los Estados para pasar a ser "europeos".

Pero, como afirma TERRADILLOS BASOCO, la armonización a través de Directivas a la que se ha hecho referencia, sólo ha alcanzado a sectores en los que es posible lograr un acuerdo entre los Estados. Además, y desde el punto de vista de los contenidos es posible establecer reservas con respecto a su conciliabilidad con el principio de legalidad, que se hace evidente cuando la Directiva decide sobre la naturaleza penal de la sanción a imponer, y más cuando establecen el marco mínimo y máximo de la sanción penal, lo que en no pocas ocasiones puede llevar a una quiebra del principio de intervención mínima y, sobre todo, del principio de proporcionalidad[205].

---

[204] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Empresa y Derecho penal,* cit., pág. 63.

[205] Como indica NIETO MARTÍN ("Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro", *AP,* 1995 (34), pág. 634), es preciso que la armonización se reduzca a lo indispensable para lograr el objetivo de lograr un mínimo común sancionador a todos los Estados, sin predeterminar la naturaleza penal de las sanciones. De otro modo, se admitiría que los ejecutivos de los países miembros junto con la Comisión pudieran establecer sanciones penales y que, además, obligaran a los respectivos parlamentos a introducirlas en el derecho

Pero con las técnicas que directa o indirectamente tienden a la unificación del Derecho penal de los Estados miembros de la Comunidad Europea[206], sólo se consigue ofrecer una respuesta fragmentaria y no siempre acertada a una gran problemática que, como tal requiere de una "gran solución". No se trata ya de encontrar la mejor técnica de armonización, sino de establecer los fundamentos y criterios de un nuevo Derecho penal: un Derecho penal comunitario.

Aunque en el plano institucional la creación de un Derecho penal europeo es todavía un hecho de futuro, se ha avanzado bastante en la creación de un Derecho penal europeo en el que se tutelen específicamente intereses económicos de la Comunidad. De entre todos los documentos y normas comunitarias al respecto, es de destacar el *Corpus Iuris,* al que se ha calificado como un Código Penal modelo para el ámbito específico de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, y que podría ser la base de un futuro Derecho penal Europeo.

De la orientación exclusivamente económica de estos documentos y normas, por una parte, y de la necesidad de que el Derecho penal Europeo tenga que estar orientado a la tutela de "bienes jurídicos" europeos, parece inferirse que tales bienes tienen un contenido esencialmente económico. Y es en este sentido en el que hemos de plantearnos si la pretendida orientación del Derecho penal Europeo hacia un Derecho penal económico y de la empresa, no va dirigida

interno mediante la promulgación de una ley, bajo amenaza de imponer una sanción al Estado. Y todo ello parece que no cuadra muy bien con el principio de reserva de ley penal.

206 Tales instrumentos son básicamente: el recurso ante el Tribunal de Justicia Europeo, por violación del Tratado de Roma; recurso a los Reglamentos, mediante los que la Comunidad legisla directamente sobre los ciudadanos sin la intermediación de las instancias nacionales; y la potenciación de los mecanismos de cooperación entre los Estados a través de Tratados de Derecho internacional.

tanto a la tutela de "bienes jurídicos" europeos, como a la protección de intereses económicos y políticos de la Comunidad.

Ello no quiere decir que determinados intereses económicos de la Comunidad, en la medida en puedan conectarse con necesidades del individuo que permiten su autodesarrollo como persona en el contexto social, político y económico de la Comunidad, no sean merecedores de tutela penal. Pero junto a estos bienes, de indudable contenido económico, existen otros –más cercanos a los individuos que residen en los Estados miembros- también merecedores de una tutela penal común. Con ello, lo que se quiere decir, es que la construcción de un Derecho penal europeo, sin perjuicios de las dificultades técnicas y políticas existentes, no puede llevarse cabo a costa de una relajación de los principios penales. No se puede admitir, como hace SILVA SÁNCHEZ, un Derecho penal a dos velocidades[207]. Un Derecho penal europeo dirigido a la tutela de los intereses económicos, con reglas flexibles, y un Derecho penal tradicional y nacional. Eso es incidir aún más en la capacidad discriminadora del Derecho penal.

A partir de la declaración (art. 1.1 del Tratado de Ámsterdam) de la adhesión expresa a los derechos sociales fundamentales, las necesidades de los habitantes de los países miembros de la Comunidad pasan a ser "necesidades europeas", y en este sentido, merecedoras, al menos, de tutela penal. Además, desde el momento en el que se proclama que "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho…"[208], la Comunidad, y por tanto sus intereses políticos y económicos, sólo tienen sentido si se

[207] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal,* cit., págs. 124 y ss.

[208] Art. 1.8 del Tratado de Amsterdam

orientan al servicio y bienestar de sus habitantes, y se ejercitan con el debido respeto a los derechos humanos.

Cuando los ciudadanos europeos comenzamos a interactuar en un único espacio social, económico –e incluso político-, nuestras necesidades aparecen contextualizadas en el modelo de sociedad vigente en la Comunidad Europea; pero además, y en la medida en que el contexto social e histórico en el que ahora nos desarrollamos como individuos vienen marcado por la pertenencia a la Comunidad Europea, nuestras viejas necesidades han de ser reconstruidas la luz de este dato, y junto a éstas, aparecen otras nuevas, directamente derivadas del nuevo orden social y económico. Son estas necesidades individuales y/o colectivas, y no los intereses económicos y políticos de la Comunidad, las que precisan una tutela penal uniforme en todo el espacio europeo, y ello con independencia de la concreta nacionalidad de su titular. Como subraya TERRADILLOS BASOCO, el reto es "avanzar en la tutela penal colectiva de aquellos derechos y libertades fundamentales que también integran los objetivos comunitarios, trascendiendo los aspectos limitadamente económicos y afrontando la tarea de llegar a un Derecho penal propio de una Europa no sólo mercantil, sino progresivamente democrática"[209].

3.3. El principio de intervención mínima como criterio rector de la política criminal.

Afirmar que la intervención penal debe ser una intervención legalizada y que sólo puede incriminar comportamientos activos u omisivos que supongan una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es suficiente[210]. Como advierte FERRAJOLI, la tarea del Derecho penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para

[209] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Empresa y Derecho penal,* cit., pág. 94.

[210] GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 271.

conseguir el máximo de libertades. La exigencia de un Derecho penal mínimo no significa renunciar al Derecho penal, pero sí aspirar a las mínimas intervenciones penales posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.

El principio de intervención mínima expresa de este modo un límite político-criminal de carácter material a la potestad punitiva. Un límite coherente con la lógica del Estado social que busca el mayor bienestar con el menor coste social[211]. El Derecho penal debe tener presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más[212]. Porque, como advierte GARCÍA-PABLOS no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que los amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos[213].

El hecho de que se trate de un principio limitador derivado de la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto y de la función del Derecho penal, no obsta en absoluto a que sea utilizado como principio teleológico que pueda orientar la interpretación o la propuesta

---

[211] MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 89.

[212] Las posibilidades de la investigación empírica, subraya ASUA BATARRITA ("Reivindicación o superación del programa de Beccaria", en Asua Batarrita (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad,* Bilbao 1990, pág. 35), permiten hoy una evolución más precisa de la necesidad del instrumento penal y la comparación de su eficacia en relación a otros medios de control y prevención no punitivos, o la propia comparación entre las distintas penas.

[213] Como señala GARCIA-PABLOS (*Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 272), el Derecho penal es la *ultima ratio,* no la solución al problema del crimen; como sucede con cualquier técnica de intervención traumática, de efectos irreversibles, sólo cabe acudir a la misma en los casos de estricta necesidad, para defender los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal.

dogmática. Sin embargo, como el Tribunal Supremo ya ha puesto de manifiesto, el principio de intervención mínima no va dirigido al poder judicial por lo que no puede dejar de calificarse una conducta como delictiva o de imponerse una pena cuando el supuesto de hecho cumple todos los requisitos para ser subsumido en un tipo penal.

El principio de intervención se concreta, a su vez, en dos subprincipios: el principio de subisidiariedad (o principio de ultima ratio) – que exige que únicamente intervenga el Derecho penal cuando han fracasado las restantes ramas del ordenamiento jurídico-; y el de fragmentariedad –según el cual sólo deberá sancionar penalmente los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes-y del carácter subsidiario.

3.3.1 El Derecho penal como *ultima ratio.* Eficacia penal/eficientismo penal.

La función legitimizadora de la potestad punitiva es la protección de los bienes jurídicos imprescindibles para que el individuo pueda desarrollarse como persona en el marco histórico-social en el que le ha tocado vivir. De ahí, que la eficacia de un determinado sistema penal sólo pueda ser medida en términos de protección y tutela de los derechos e intereses fundamentales "de todas las personas", y no únicamente de una minoría, aunque ésta sea la dominante.

Cuando el legislador recurre al Derecho penal para actuar sobre conflictos y problemas sociales, la intervención punitiva es ante todo una intervención simbólica que no puede representar una efectiva solución de los mismos. Así, y desde la perspectiva de su función, la justificación de la intervención punitiva ha de basarse entre otros criterios en su necesidad y eficacia[214].

[214] En este sentido señala ASUA BATARRITA ("Reivindicación o superación del programa de Beccaria", cit., págs. 35-36), como en el estado actual del desarrollo científico "la verificación del grado de realización de los fines pretendidos con la

A estos efectos es importante distinguir la eficacia del "eficientismo penal" que, como señala BARATTA, "constituye una nueva forma de Derecho penal de la emergencia, degeneración que ha acompañado siempre la vida del Derecho penal moderno"[215]. El Derecho penal deja de ser subsidiario, de constituir la *ultima ratio* y se convierte en la *prima ratio*, una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales. Desde el momento en el que el Derecho penal se apropia de los problemas sociales se produce lo que se viene denominando una "criminalización de los conflictos, o sea la lectura de los conflictos en términos crimen y pena. En este sentido ya nos prevenía BECCARIA cuando indicaba que "prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos, sino crear otros nuevos"[216].

Además, y en términos estrictos de funcionalidad, es preciso tener en cuenta que la utilización del Derecho penal como *prima ratio* frente a las situaciones de conflictividad social eleva los niveles de la selectividad estructural del sistema punitivo, mientras permanecen constantes las variables de aquéllas; en esta línea habría que concluir con BARATTA que "también el Derecho penal eficientista llena las cárceles, sobre todo, de sujetos socialmente débiles" [217].

---

intervención penal deben impedir la utilización del instrumento punitivo o efectos simbólicos o demagógicos y por el contrario favorecer un uso racional orientado a las consecuencias, siempre desde esta perspectiva de minimización de las violencias".

[215] BARATTA, A.: "La política criminal y el derecho penal de la Constitución…", cit., pág. 29.

[216] BECCARIA, C.: *De los delitos y las penas,* (trad. por J.A. de las Casas; introducción, notas y apéndice de J.A. Delval), Madrid, 1998, pág. 105.

[217] BARATTA, A.: "La política criminal y el derecho penal de la Constitución…", cit., pág. 31. La criminalización de los conflictos produce también su despenalización. Mientras multiplica las previsiones de pena, el eficientismo penal multiplica también el número de casos de impunidad, los cuales representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes, también de la fenomenología de un Derecho penal normal. Ensanchando desmedidamente los programas de acción del sistema de

La idea del Derecho penal como *ultima ratio* implica que el control de las situaciones conflictivas sea un control basado en una estrategia global que tenga en cuenta toda la fenomenología de la violencia y no sólo una pequeña parte de ella[218]. Como último recurso, las medidas penales han de aparecer, cuando sean necesarias, en el último peldaño de un programa racional de política-criminal en el que, junto a la sanción penal se prevean otras medidas más eficaces y menos gravosas para la solución del problema[219]. En este sentido, y parafraseando a BUSTOS RAMIREZ/HORMAZABAL MALAREE, el Estado debe ante todo desarrollar una política social que conduzca a la prevención o solución de los conflictos, y sólo en último término, definirlo como criminal[220]. El principio de subsidiariedad expresa así una exigencia elemental: la necesidad de racionalizar y jerarquizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y racionalmente[221].

El control debe basarse, además, en los principios de igualdad y de legalidad. Debe ser, por último, un control eficaz y no simbólico, lo que implica que haya de dirigirse a las causas y no sólo a las manifestaciones de los conflictos.

---

la justicia criminal sin que a ello le pueda acompañar una adecuado aumento de los recursos a su disposición, el eficientismo eleva los niveles de selectividad estructural de los sistemas punitivos, mientras permanecen constantes las variables tradicionales de ella.

[218] BARATTA, A.: "Violencia estructural y violencia penal, cit., pág. 54.

[219] Tal y como señala PAREDES CASTAÑÓN ("Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico…, cit., pág. 125), esto implica básicamente dos cosas: primero, determinar cuáles son las alternativas posibles de intervención frente a la especie de conducta irregulares de que se trate. En segundo lugar, será necesario establecer cuáles son los costes y cuál la eficacia de cada una de las alternativas de intervención.

[220] BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALAREÉ, H.: *Lecciones de Derecho penal,* vol 1, cit., pág. 29.

[221] GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 276.

3.3.2. La fragmentariedad del Derecho penal. Hacia la reelaboración de la jerarquía de los bienes penales.

Concebido en su origen como un defecto del sistema penal[222], el carácter fragmentario del Derecho penal constituye hoy uno de los más importantes principios de un Derecho penal de base garantista: la intervención penal ha de limitarse a aquellas acciones u omisiones que por su lesividad merecen y requieren la sanción penal. La fragmentariedad del Derecho penal no es un defecto, sino una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función. El Derecho penal no debe instrumentar una protección absoluta de todos los bienes jurídicos, sino una tutela parcial y selectiva de los más relevantes, y sólo frente a determinadas modalidades de ataque a los mismos, las que entrañan un mayor riesgo. Advierte en este sentido GARCÍA-PABLOS como una protección penal absoluta y generalizada sería propia de un Estado policial y provocaría la angustia e inseguridad de los ciudadanos. Criminalizar, por ejemplo, todas las lesiones dolosas al patrimonio ajeno imaginables supondría confundir el Derecho penal con el Derecho civil: que se castiguen con una pena solo algunas no es un defecto, sino una decisión político criminal acertada[223].

La concreción del principio de intervención mínima –como condición de la legitimidad política y jurídica del sistema penal- implica un reajuste de los bienes penales y de las prohibiciones legales; es precisa una reelaboración de la jerarquía de los bienes estimados merecedores de protección, detrayendo de la tutela penal aquellos que no justifican la prohibición ni la pena, y tutelando nuevos bienes

[222] Véase sobre el particular MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 71.

[223] Véase GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 280.

fundamentales mediante la penalización de comportamientos no adecuadamente prohibidos ni castigados[224].

3.3.3. Ilícito penal e ilícito administrativo. Criterios de delimitación.

El Derecho administrativo sancionador que regula la llamada "potestad sancionadora de la Administración" impone sanciones que aparecen como consecuencias jurídicas de la realización de conductas constitutivas de infracciones administrativas. Su funcionamiento es muy similar al del Derecho penal, y sus normas presentan una estructura –al menos, en el plano formal- idéntica.

Ante los supuestos de confluencia tipificadora, hemos de plantearnos, entre otras cuestiones, la de establecer los criterios que permitan afirmar la diferencia sustancial entre la norma penal y la administrativa sancionadora. En la medida en que los tipos penales recojan conductas que, en sus versiones menos graves, constituyan infracciones administrativas, la diferencia entre unos y otras se encontrará atendiendo exclusivamente al criterio cuantitativo de la menor gravedad. El deslinde será especialmente complejo cuando, como sucede en gran parte de los delitos socioeconómicos, las infracciones administrativas coinciden con las conductas recogidas en los tipos penales atenuados.

Consecuente con el principio de intervención mínima, tal y como ha sido formulado, el legislador no puede tutelar todos los intereses dignos de protección mediante el recurso a la pena. La admisión de un bien jurídico en el ámbito penal no se debe efectuar siguiendo únicamente el criterio de la importancia del bien, sino teniendo en cuenta al mismo tiempo la gravedad de los ataques que se pretende

[224] FARRAJOLI, L.:*Derecho y Razón,* cit., págs. 477 y ss.

prevenir, lo cual, como advierte GARCÍA RIVAS[225], lleva a afirmar que el bien jurídico penal no es cualitativamente distinto del bien jurídico sin más. Precisamente por ello, se niega que la simple cualidad del bien jurídico sea un criterio eficaz para llevar a buen término una política criminal distributiva entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador.

Ahora bien, el bien jurídico además de ser, por su importancia, merecedor de protección, ha de estar necesitado de la específica tutela penal. El respeto al principio de *ultima ratio* implica, como resalta NAVARRO CARDOSO[226] la necesidad de protección penal desde un doble nivel de exigencia: por un lado sólo pueden tener la consideración de bienes jurídico-penales aquellos intereses respecto de los cuales pueda constatarse la insuficiencia de la protección que se brinda desde otros ámbitos normativos menos lesivos, caso del Derecho administrativo sancionador. Por otro, la intervención penal debe justificarse desde una visión global e integradora de los diferentes instrumentos jurídico-positivos que coadyuvan a conformar una coherente y sólida política criminal, por lo que dependerá en gran medida de los criterios que se utilicen en el juicio de valoración acerca de la eficiencia de dichos instrumentos.

La diferenciación de ámbitos no es, pues, siempre cuantitativa. Advierte TERRADILLOS BASOCO como en ocasiones es necesario acudir, a fin de determinar si el injusto en cuestión es digno de protección penal o sólo administrativa, a una valoración estimativa, en la que han de tenerse en cuenta criterios diversos, como las propiedades materiales del comportamiento, su contradicción con la

[225] GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático,* cit., pág. 54.

[226] NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal,* Madrid, 2001, pág. 90.

conciencia social, el interés atacado, etc.[227]. En estos casos, lo cuantitativo no es lo decisorio; por ejemplo, el empleo de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo puede ser una mera infracción laboral y pasa a ser delito en la medida en que se le añade un ingrediente –cualitativamente distinto- de lesividad que en aquella no es necesario[228]. En un sentido similar, aunque refiriéndose en concreto a los bienes jurídicos económicos, PAREDES CASTAÑÓN propone como posible criterio de delimitación entre infracción administrativa y delito, el hecho de que la conducta irregular produzca una perturbación que afecte únicamente a la propia interacción en la que la conducta tiene lugar (o a otras interacciones cercanas), o constituya una perturbación de relevancia sistémica perceptible, potencialmente al menos, por todos los agentes económicos. En el primer caso, el cuestionamiento de las pautas de conducta carecería aún de la suficiente relevancia para la justificación de la intervención del Derecho penal, debiendo resolverse el conflicto por medios extrapenales. En el segundo caso, por el contrario, la incriminación estría plenamente justificada[229].

En todo caso, el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal exigen que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados únicamente frente a las modalidades cuantitativa o cualitativamente más graves y relevantes, rechazando una tutela uniforme y diferenciada[230].

---

[227] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Empresa y Derecho penal*, cit., pág. 101.

[228] Como afirma SILVA SÁNCHEZ (*La expansión de Derecho penal,* cit., pág. 105), el Derecho administrativo sancionador no precisa para sancionar que la conducta específica, en si misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto.

[229] PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico…", cit., pág. 119.

[230] GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático,* cit., pág. 55.

3.4. El principio de culpabilidad

Aunque no pueden explicarse el uno sin el otro, la doctrina suele distinguir entre un concepto "estricto" o dogmático de culpabilidad, y un concepto político-criminal, que actuaría como límite al *ius puniendi*[231]. Desde esta última perspectiva, el fundamento del principio de culpabilidad habría que encontrarlo en la función utilitarista de prevención general propia del Derecho penal. Sólo los comportamientos culpables pueden ser objeto de prevención mediante la pena, dado que sólo con respecto a ellos puede la conminación penal desplegar una función intimidante[232]. A nivel de garantías la exigencia de culpabilidad se traduce en los principios de responsabilidad por el hecho, dolo o culpa, e imputación personal.

3.4.1. El principio de responsabilidad por el hecho o materialidad de la acción. La ilegitimidad de las normas penales constitutivas.

La exigencia de la responsabilidad por el hecho, en cuya virtud sólo se exija responsabilidad por conductas externas y concretas, encuentra su refrendo positivo en los arts. 25.1 CE, al proclamar que "nadie puede ser castigados por *acciones u omisiones*..."[233], y más claramente en la definición legal de delito que nos ofrece el art. 10 CP. Pero quizá, y por lo que se expondrá a continuación, es en el art. 1 CE, al reconocer la igualdad y la dignidad como valores superiores de

[231] Sobre la necesidad de distinción véase QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 99.

[232] Desde esta perspectiva FERRAJOLI *(Derecho y Razón,* cit., pág. 491) considera la culpabilidad como un factor de legitimación externa.

[233] El Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente a favor de un Derecho penal del hecho, por estimar que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo.

nuestro ordenamiento jurídico, donde hay que encontrar el fundamento de la responsabilidad por el hecho.

El ser humano responde ante la ley penal por lo que hace, acciones y omisiones, no por lo que es. Todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que en definitiva el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no su conciencia. Consecuentemente, los delitos –como presupuesto de la pena- no pueden consistir en actitudes ni estados de ánimo interiores, y ni siquiera, generalmente en hechos, sino que deben concretarse en comportamientos humanos externos, y en ese sentido observables por la ley penal[234].

Desde la perspectiva apuntada, se puede concluir con FERRAJOLI que el principio de responsabilidad por el hecho se traduce en positivo en el respeto a la persona en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, frente a prácticas inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o a transformarla; y, equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia, a la tolerancia para con el distinto, y a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos[235].

Obviamente, el principio de responsabilidad por el hecho se opone a la existencia de normas penales constitutivas en las que no se prohíbe actuar, sino ser. Al castigar y reprimir "lo que se es" con independencia de lo "se ha hecho", las normas constitutivas presuponen que somos, natural o socialmente distintos, y expresan con

[234] Desde esta perspectiva denuncia PAREDES CASTAÑÓN ("El desprecio como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho", cit., pág. 117) la incompatibilidad entre el principio de responsabilidad por el hecho (atribuir responsabilidad en función de las características de la acción realizada, y no de las de la persona que la realiza) y el delito del art. 348 del CP.

[235] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 481.

ello su intolerancia para las personas diversas[236]. Tienen un carácter al menos "cuasiconstitutivo" aquellas que elevan el estatus racial, social, político, religioso o jurídico de una persona a la categoría de elemento constitutivo del delito y/o de una eximente, agravante o atenuante: como es el caso en positivo de la agravante por reincidencia, y en negativo de todos los supuestos de prerrogativas penales.

3.4.2. La exigencia de dolo o imprudencia.

La producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva se considera insuficiente para fundamentar la responsabilidad penal. Al igual que las otras garantías penales este principio es una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos primitivos, en los que regía el principio de responsabilidad objetiva, en cuya virtud era suficiente la causación de un resultado, y ello con independencia de que fuera imputable o no a su autor, y mucho menos, a sus intenciones.

Actualmente es un principio del Derecho penal el que nadie pueda ser castigado sino por las consecuencias queridas (dolo) o previsibles (imprudentes) de sus propios actos, quedando descartada la posibilidad de castigar por caso fortuito. Tal exigencia, derivada de los principios de igualdad y utilidad, viene consagrada en el art. 5 CP al disponer que "no hay pena sin dolo o imprudencia".

Su fundamento reside en la propia función del Derecho penal: proteger bienes jurídicos a través de la amenaza del castigo. Castigar la

[236] En este sentido indica DÍEZ RIPOLLÉS (*La racionalidad de las leyes penales,* cit., págs. 148-149) como "la protección frente a comportamientos que afectan a la convivencia social externa está fundada en el objetivo de garantizar unas interacciones sociales que posibiliten en la mayor medida posible el libre desarrollo de la autorrealización personal de acuerdo a as opciones que cada ciudadano estime convenientes; no resulta consecuente con ello pedir cuentas por la elección de ciertos planes vitales, por más que puedan estimarse en la práctica incompatibles con el mantenimiento de esa convivencia externa, mientras tal incompatibilidad no se concrete en la efectiva realización de conductas contrarias a aquélla".

causación objetiva de resultados imprevisibles e inevitables sería inútil e ineficaz. Un Derecho penal que pretendiera exigir responsabilidad por hechos que no dependen en absoluto de la voluntad del individuo merece ser calificado de arbitrario y disfuncional, pues entonces la pena carecería del carácter motivador y el castigo perdería toda su legitimidad.

3.4.3. La motivabilidad del autor como límite a la intervención punitiva.

El principio de culpabilidad ante todo impide penar al autor de un hecho antijurídico en quien concurran determinadas condiciones psíquicas, personales o situacionales que le imposibiliten el acceso normal a la prohibición. Como indica DÍEZ RIPOLLÉS, no basta para exigir responsabilidad con que se pueda atribuir subjetivamente a una persona un hecho por ella materialmente realizado o producido. Es preciso además que se le pueda pedir cuentas por el proceso de motivación que le ha llevado a tomar la decisión de realizar el comportamiento[237]. El principio de culpabilidad así entendido responde a la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor, no sólo materialmente, sino como obra de un ser responsable, de una racionalidad normal. El principio de igualdad impide que se pueda imponer una pena, prevista para quien pueda ser motivado normalmente por la ley, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad[238].

4. Principios relativos al "cuándo y cómo castigar".

4.1. Necesidad y humanidad de las penas.

[237] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales,* cit., pág. 152.

[238] MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 98.

Ya nos advertía BECCARIA, parafraseando a MONTESQUIEU, de la tiranía de toda pena que no se derivara de la absoluta necesidad[239]. Dada la función de protección del sistema penal, sólo cabrá imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención general o especial[240]. Por ello, como afirma MIR PUIG, cuando se demuestre que una reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector deberá desaparecer o dejar su lugar a otra reacción penal más débil[241]. En esta misma línea el Tribunal Constitucional ha señalado que desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las necesidades deseadas por el legislador[242].

Por razones no sólo garantistas, sino también de utilidad, habrá que renunciar a la pena –o al menos a las penas que impliquen privación de libertad- cuando los mismos fines sean realizables por

---

[239] BECCARIA, C.: *De los delitos y las penas,* cit., pág. 28.

[240] Véase LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General,* I, cit., págs. 79 y ss.

[241] MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 89. En términos similares GIMBERNAT ORDEIG ("¿Tiene futuro la dogmática penal?", *Estudios de Derecho penal,* 3ª ed., Madrid, 1990, pág. 153) cuando señala que "el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea –en absoluto o en su rigor- innecesaria, que cause más padecimiento que el absolutamente imprescindible; pues puedo aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad, aunque sea para mi muy doloroso si con ello presto un servicio para la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social bien porque el comportamiento ejecutado no necesita ser reprimido, bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad".

[242] sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997.

medios que conlleven un menor coste social, económico y para los derecho individuales. También, y como ya se ha tenido ocasión de tratar, habrá que rechazar todas aquellas penas cuya eficacia sea meramente simbólica, y no pueda medirse en términos de protección de los derechos e intereses fundamentales de todos.

Los argumentos utilitaristas de la prevención general nos sirven para establecer el límite mínimo de la pena –que sirva a los fines prevencionistas-, pero son incapaces de sugerir criterios para decidir cual haya de ser el límite máximo. Argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas ha de ser el respeto a la dignidad humana, en cuya virtud el hombre no debe ser tratado nunca como un medio o cosa, sino como fin o persona. Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona impone una limitación fundamental a la cantidad y calidad de pena[243].

Sobre la dignidad, como respeto al individuo en cuanto persona, se fundamenta, necesariamente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas degradantes, así como de la cadena perpetua y de las penas largas privativas de libertad.

El principio de humanidad de las penas, además de ser una exigencia derivada del reconocimiento de la dignidad de las personas como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE), encuentra expreso refrendo constitucional en el art. 15 CE cuando expresa que nadie puede "ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" y declara "abolida la pena de muerte", así como en el 25.2 CE cuando proclama que "las penas privativas de libertad y medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".

[243] Véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 395.

El principio de humanidad tiene también, pues, una particular incidencia en el ámbito de ejecución de la pena, en el que se ha ido imponiendo el ideal de la resocialización del penado. El ideal resocializador responde a la exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, Desde esta perspectiva se requiere del Derecho penal que evite la marginación indebida del condenado o sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferible la opción por penas que no separen al condenado de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de tal forma que evite en lo posible sus efectos desocializadores y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en sociedad[244].

4.2. Los principios de proporcionalidad e igualdad.

El hecho de que entre la pena y el delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida[245]. Tal exigencia de adecuación entre la gravedad del delito y la entidad de la pena se deriva del principio de proporcionalidad, en cuya virtud ha rechazarse el establecimiento e imposición de penas que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido. No obstante, la mayor dificultad que suscita el principio de proporcionalidad reside precisamente en la delimitación del criterio que se ha de utilizar como medida de la proporcionalidad.

En la fase de conminación legal (proporcionalidad abstracta)[246], la primera dificultad del legislador para decidir la entidad de la pena se

[244] MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 101.

[245] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 398.

[246] Resulta útil, como indica AGUADO CORREA (*El principio de proporcionalidad en Derecho penal,* Madrid, Edersa, 1999, pág. 279) distinguir las proyecciones del principio de proporcionalidad en el momento de la fijación legislativa de las normas o conminación legal (proporcionalidad abstracta) y, posteriormente, en la

origina en la valoración de la gravedad del delito. En un sistema penal como el nuestro, en el que tanto el principio de lesividad como el de culpabilidad constituyen límites al legislador, la gravedad del delito ha de venir dada tanto por lo objetivo (entidad del daño) como por lo subjetivo (dolo o culpa), debiendo variar los límites de la pena tanto en relación con el daño como en relación con aspecto subjetivo.

Dado que su presupuesto –el delito- no es cuantificable, especialmente difícil se presenta la problemática de la cuantificación de la pena. Algo de luz puede arrojar a la cuestión la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 al considerar que la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena exige que la pena no pueda suponer un patente derroche inútil de coacción, un excesivo y manifiesto rigor con sacrificio innecesario del autor del delito. Para ello debe tenerse en cuenta si el interés que se protege está o no previsto en la Constitución, si es o no relevante, si la pena es idónea o necesaria para alcanzar el fin de protección del interés tutelado y la comparación de la entidad del delito con la entidad de la pena, de tal manera que debe evitarse un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre la finalidad de la norma y la sanción en ella prevista a la luz de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles[247].

Aunque la exigencia de proporcionalidad es fundamentalmente un mandato dirigido al legislador para que adecue la gravedad de la pena a la gravedad del delito, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la exigencia de proporcionalidad también debe ser tenida en cuenta

individualización de la sanción llevada a cabo por el juez en el momento de aplicar la ley (proporcionalidad concreta).

[247] Véase al respecto BAJO FERNÁNDEZ, M.: "La idea moderna de la proporcionalidad de las penas", en Asua Batarrita (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad,* cit., págs. 62-63.

por los tribunales en el marco de la individualización de la consecuencia jurídica (proporcionalidad concreta)[248]. Así, por ejemplo, y en relación a los supuestos de ausencia o disminución de la imputabilidad, la comprobación de una menor peligrosidad post-delictual debe corresponderse con una menor duración y gravedad de la medida de seguridad que se le imponga[249].

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, como ya señalaba en 1990 BAJO FERNÁNDEZ, una de las conquistas más importantes de la idea actual de proporcionalidad de las penas es que nunca se pudiera superar el marco legal establecido por mucho que concurrieran circunstancias agravantes[250]. Conquista del principio de proporcionalidad que ha sido recientemente negada en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, al introducir la posibilidad de que el tribunal pueda imponer la pena superior en grado cuando concurran dos o más circunstancias agravantes[251], y sobre todo, al contemplarse la "multirreincidencia" como figura que permite castigar como delito la comisión de faltas contra la propiedad[252].

La exigencia de proporcionalidad, como límite a la individualización judicial de la sanción penal, puede ser puesta también en relación con el principio de igualdad: así, y como resalta

[248] sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 1986.

[249] Sobre la proporcionalidad de las medidas de seguridad véase MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 98.

[250] BAJO FERNÁNDEZ, M.: "La idea moderna de la proporcionalidad de las penas", cit., pág. 64.

[251] Art. 66.4 CP: "Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

[252] Arts. 234 (segundo párrafo) y 244 (segundo párrafo) CP.

CARBONELL MATEU, resulta contrario a ambos principios la previsión de la misma pena para conductas de muy diferente trascendencia[253]. Desde esta perspectiva, el acto de juzgar ha de ser entendido no como una mera aplicación automática de la letra de la ley, sino como expresión de la "comprensión equitativa del hecho legalmente denotado"[254]. Las especificidades que hacen a cada hecho distinto de otro, aun cuando respondan a la misma calificación penal, constituyen en su conjunto la connotación del caso sometido a juicio. Y justifican, precisamente, en base al principio de igualdad, la graduación equitativa de la medida de la pena para cada uno de los hechos, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por la ley.

5. Los principios del Derecho penal y la legislación penal especial.

El acercamiento al estudio de la Parte Especial del Derecho penal revela, ante todo, la no coincidencia entre la Parte Especial del CP (Libros II y III) y la Parte Especial del Derecho penal. Así, constituye un dato incontestable que, aunque la mayoría de los tipos penales que componen el ordenamiento penal se encuentran ubicados en los Libros II y III CP, algunos se encuentran en leyes especiales que disciplinan materias específicas. Las razones, según la propia Exposición de Motivos CP, es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en el CP, "pues si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles".

---

[253] CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales,* cit., pág. 205.

[254] FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 404.

El hecho de que la norma penal en la que se tipifican delitos se ubique en el seno del CP o en una ley especial, advierte STORTONI[255], no está privada de significado ni exenta de consecuencias.

En primer lugar, la ubicación de la norma fuera del Código comporta el peligro de una aminoración de la eficacia de las normas de la Parte General, y en consecuencia, del valor garantista que éstas reportan. Aunque las disposiciones contenidas en el Título preliminar del Código se aplica también a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales, el propio art. 9 CP establece el carácter supletorio de las restantes disposiciones del Código, incluidas las previstas en el Libro I. Pero aun cuando estas normas fueran de aplicación al caso concreto, es más que posible que sus efectos tiendan a atenuarse en presencia de normas penales que constituyen apéndices sancionadores de disciplinas no penales. La vigencia de los principios penales en la interpretación de los aspectos penales queda expresamente impuesta cuando quedan integrados en un *corpus* único, con una Parte General que vincula directamente, y no sólo por remisión, a la totalidad.

Resalta TERRADILLOS BASOCO en este sentido como, al menos, en el ordenamiento español, las normas penales incluidas en leyes especiales terminan por convertirse en un "Derecho penal menor", que ni se explica en las Universidades, ni se aplica por los tribunales, ni se recuerda por el legislador en las sucesivas reformas[256].

Son evidentes los inconvenientes que presenta este tipo de técnica tanto en el plano formal como en el sustancial: de una parte seo provoca una rebaja del nivel de taxatividad consecuente al hecho de

[255] STORTONI, L.: *Introduzione al sistema penale,* vol. 1 (ed. a cargo de Insolera, G., y otros), 2ª ed., Torino, 2000, pág. 401.

[256] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una cuestión no resuelta", AAVV: *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, págs. 515-516.

que la norma extrapenal que determina el precepto –en cuanto concebida como norma de disciplina civil o administrativa- puede que no esté lo suficientemente determinada. Sobre el plano del contenido, el hecho de que el legislador se limite a establecer una sanción para preceptos de normas que disciplinan otra materia, puede dar lugar a que decaiga la tutela del bien jurídico a favor de una mera garantía del respeto de la regulación que puede no corresponderse con un real merecimiento de pena.

Quizá por ello, o por su tradicional vocación centrípeta, se incorporan al Código figuras delictivas que, por su vinculación material con leyes administrativas, civiles o mercantiles, podrían también, haber sido incluidas en ellas. Y ésto, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, por tres razones fundamentales: mutabilidad normativa, homogeneidad material, y, sobre todo, conexión estrecha e inseparable de los delitos en cuestión con normas extrapenales[257].

La especialización de los diversos sectores en los que se organiza hoy la convivencia, impone un tratamiento normativo también especializado, incompatible con las ingenuas pretensiones, obsoletas, por ancladas en un modelo ilustrado, de un Código único, estático, cerrado sobre sí mismo. La mutabilidad y fragmentariedad de ciertas materias, e incluso la necesidad de experimentación con ellas, avalaría el recurso a la legislación penal especial[258]. Pero siempre que se tenga presente que, aun fuera del CP, también son normas penales, y en consecuencia sujetas a los mismos límites y principios que las normas contenidas en el CP.

---

[257] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte General,* cit., pág. 87.

[258] DA COSTA PINTO, citado por TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Código penal-leyes penales especiales, pág. 516.

Capítulo
3

La ciencia del Derecho penal. Cuestiones metodológicas.

En este último Capítulo se aborda la cuestión relativa al método de estudio del Derecho penal, la dogmática. Además, y en la medida en que ésta no es la única ciencia que se encarga del estudio del delito, se prestará una especial atención a la criminología y a la política criminal como ciencias que contribuyen a que la realización de una dogmática abierta a la realidad, esto es, de una dogmática jurídico-penal orientada a sus consecuencias.

1. La dogmática jurídico-penal como exigencia de un modelo garantista.

Comúnmente la ciencia del Derecho penal venía siendo definida como aquella disciplina que tiene por objeto el estudio del Derecho penal positivo. Frente a esta concepción eminentemente restrictiva se viene imponiendo, sin embargo, una concepción más amplia en la que junto al estudio Del derecho positivo se contempla también el estudio de la realidad social y humana y la indagación acerca de los fines que se pretenden alcanzar con las normas punitivas. En la medida en que el Derecho penal está compuesto por normas que disciplinan conductas humanas, el jurista deberá conocer los rasgos característicos de la sociedad a la que concretamente va dirigida la norma, cuales son sus características estructurales, ideológicas y humanas. Incluso su historia y sus instituciones. Además, el estudio de la norma jurídica no ha de quedar reducido al sistema normativo desde un método jurídico, sino que habrá de analizar también las relaciones entre la política criminal y los factores económico-sociales y la norma jurídica. O dicho de otro modo, las relaciones del legislador con el poder político, su ideología, etc. Cuanto más perfecto, objetivo y descriptivo sea el

conocimiento de la realidad social y humana en el sentido más amplio del término, mayor será la eficacia de las normas propuestas[259].

De este modo se puede decir con SAINZ CANTERO que la Ciencia del Derecho penal es aquella que persigue el conocimiento, interpretación, sistematización y crítica del Derecho positivo, contemplando las normas no ya desde el punto de vista de su estructura formal externa, sino también el contenido y fines que las mismas pretenden alcanzar[260].

En la consecución de los fines y funciones que le son propias, la ciencia del Derecho penal se sirve de la dogmática jurídico-penal, en cuya base se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo[261].

Mediante la interpretación y la elaboración sistemática, la dogmática jurídico-penal, al señalar límites y definir conceptos, posibilita una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación[262]. En consecuencia, se puede decir con MUÑOZ CONDE que la dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general de un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático"[263].

En la medida en que la mejor ley no deja de ser una aspiración desprovista de eficacia práctica si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique, la dogmática jurídico-penal

---

[259] DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Proyecto docente inédito,* Jerez, 2001.

[260] SAINZ CANTERO, J.A.: *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1975, págs. 13-17. También en un sentido amplio se pronuncia MUÑOZ CONDE (*Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 120) cuando define la dogmática jurídico penal como "la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opciones científicas en el ámbito del Derecho penal. De modo similar ROXIN, C.: Política criminal *y estructura del delito* (trad. por Juan Bustos y Hernán Hormazábal), Barcelona, 1992 pág. 35, y

[261] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 49.

[262] GIMBERNAT ORDEIG, E.: "¿Tiene futuro la dogmática penal?", cit., pág. 158.

[263] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 136.

se presenta como una consecuencia del principio de intervención legalizada de la potestad punitiva e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático[264]. Desde esta perspectiva, es obvio que la dogmática jurídico-penal aparece no sólo como una necesidad, sino como exigencia de Derecho penal democrático de corte garantista[265].

2. La interrelación método-objeto. Principales direcciones metodológicas en Derecho penal.

El método define la manera como se llega a un conocimiento y la aptitud que se adopta ante ese conocimiento. Obviamente, el método a seguir va venir condicionado por el objeto que se quiere conocer. Así, el conocimiento y aplicación de las normas jurídicas implica la utilización de un método predominantemente deductivo[266], que parte de principios universales para descender a sus consecuencias particulares.

Pero, a su vez, y como indican RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, también el objeto aparece condicionado por el método, en el sentido de que el orden metódico repercute en la seriación de los conocimientos adquiridos: principio de la interrelación entre objeto-método[267].

Como consecuencia de la aludida interrelación entre el método y el objeto, la evolución y desarrollo del objeto de conocimiento del Derecho penal a partir, sobre todo, del siglo XVIII se ha traducido en toda una gama de direcciones metodológicas que han contribuido a enriquecer, pero también a problematizar, la cuestión referente al método dogmático jurídico-penal.

2.1. El positivismo jurídico y la jurisprudencia de conceptos.

Con el desarrollo del positivismo criminológico en Italia se produce la sustitución del estudio del Derecho positivo por el de la realidad, y del método deductivo –característico de la Escuela Clásica- por el método empírico aplicado a las ciencias sociales. De este modo, eran características de la ciencia penal del siglo XIX el abandono del Derecho positivo y la falta de una metodología apropiada a las especificidades de ciencias jurídicas[268].

---

[264] *Ibid.*

[265] Véase en este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 43.

[266] En la medida en que los métodos deductivo y empírico se complementan se considera preferible hablar de métodos predominantemente deductivo o inductivo, según la especial naturaleza y las especiales características del objeto a considerar.

[267] RODRIGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General,* cit., pág. 47.

[268] Véase GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, págs. 317-328.

Como respuesta a esta situación, y de entre todos los intentos que se produjeron en aras de fijar el objeto y el método del Derecho penal, el positivismo científico se convirtió en un positivismo jurídico, que buscaba en los conceptos jurídicos fundamentales aquellos hechos inmutables y permanentes que debían servir de base a las actividades científicas[269].

Para los representantes de esta dirección, el objeto de análisis y sistematización característicos de la dogmática no es otro que el Derecho positivo. Considerada la ley positiva como un todo objetivo así como único objeto y punto de partida del jurista, el método sólo puede consistir en la interpretación y sistematización de la ley; esto es, en deducir de la ley la solución aplicable al caso mediante la construcción jurídica[270].

Llevado a sus extremos, el formalismo se convierte en la denominada *jurisprudencia de conceptos*, excluyendo de la norma, como metajurídico, todo contenido ético, sociológico, etc., reduciendo aquella a pura forma, totalmente desvinculada del fin de la misma norma jurídico-penal[271].

Además de por su absoluta fidelidad a la ley y su acriticidad, el formalismo jurídico parece obviar que, en la medida en que la norma penal regula conductas con trascendencia social, difícilmente se puede construir una teoría jurídica del Derecho penal sin presupuestos metateoréticos[272].

En la actualidad, y como consecuencia de un posterior cambio de enfoque, se puede concluir que la dogmática jurídico-penal no equivale sin más a ciencia del Derecho positivo. Ello no quiere decir, como advierte SILVA SÁNCHEZ, que se prescinda del Derecho positivo por completo en la elaboración de la dogmática, pero sí implica el abandono del método de derivación de los conceptos y del sistema a partir de la ley positiva[273].

2.2. El neokantismo y el método teleológico.

---

[269] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 108.

[270] Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 53.

[271] RODRIGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General,* cit., pág. 59 nota 3.

[272] Véase VIVES ANTON, T.S.: "Dos problemas del positivismo jurídico", en AAVV: *Escritos penales*, Valencia, 1979, pág. pág. 349.

[273] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 54.

El neokantismo surge como reacción frente al estrecho concepto positivista de ciencia, en el que la actividad jurídica si quería merecer tal calificación tendría que investigar procesos causales con métodos empíricos (positivismo criminológico), o limitarse, como la lógica y la matemática, a una teoría de las formas (positivismo jurídico)[274]. De acuerdo con su concepción de las ciencias sociales el neokantismo sustituye el método puramente jurídico-formal del positivismo, introduciendo consideraciones axiológicas y valorativas[275].

Puede decirse que la corriente neokantiana, partiendo del esquema causal de la escuela clásica introduce el mundo de los valores en el Derecho penal: el delito es dañosidad social y el autor es culpable en cuanto se le pueda reprochar jurídica y moralmente su hecho. Tratan de completar las categorías, exclusivamente formales, del delito propuesta por el positivismo jurídico con un referente material, acudiendo al mundo de los valores[276].

El conocimiento surge, para la concepción neokantiana, de la aplicación de unas categorías valoradas apriorísticamente a hechos que se presentan neutros, libres de todo valor. Desde esta perspectiva el neokantismo implica una modificación esencial de los términos del sistema del Derecho penal, pues al convertirse el valor en criterio rector de las categorías sistemáticas, se da entrada a orientaciones teleológicas que repercuten en el mismo significado y contenido de las diversas categorías sistemáticas.

Aún no exenta de críticas[277], la concepción neokantiana marcó la pauta que, todavía hoy, sigue la dogmática jurídico-penal. El descubrimiento del Derecho penal como realidad condicionada por los valores dominantes en una cultura y sociedad concretas sigue siendo uno de los pilares de la dogmática jurídico-penal[278].

2.3. El ontologicismo finalista.

---

[274] Véase GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, pág. 362.

[275] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 55.

[276] En este sentido es en el que afirma WELZEL que el neokantismo es una teoría complementaria del positivismo jurídico. Véase MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., págs. 240-241.

[277] Una de las principales objeciones que se han puesto de manifiesto contra el neokantismo y más concretamente contra RADBRUCH, ha sido el relativismo axiológico que el autor erige como bandera de su filosofía jurídica liberal.

[278] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 57.

El finalismo surge como reacción al formalismo y al neokantismo. Frente a aquél, entiende el finalismo que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo, y, por tanto, no puede tener como objeto esencial el Derecho positivo[279].

Pero frente al neokantismo, el finalismo niega la pretendida neutralidad de los hechos: las acciones no son valorativamente neutras, sino que llevan una finalidad en sí. Si la acción no es valorativamente neutra, sino final, el legislador podrá prohibir solamente procesos finales, procesos en los que la acción ha ido guiada a la persecución de un resultado prohibido por el Derecho. Abandona, pues la concepción naturalística de acción. La dogmática jurídico-penal se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, pero se interesa por un aspecto distinto de ella: mientras que a las ciencias naturales importa la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales, la ciencia jurídico penal aborda la acción desde su especificidad espiritual, esto es, como acción dirigida por la voluntad humana a un fin.

En cuanto al método, condicionado en WELZEL por el objeto[280], se intentará elaborar una axiología material derivada de estructuras lógicas-objetivas, de la naturaleza misma de las cosas, que limitan al propio legislador. Aunque tales estructuras o relaciones pertenecen al mundo real, contienen incorporada la dimensión de sentido, con lo cual condicionan toda valoración que sobre las mismas pueda producirse luego, incluida la regulación de esas materias por el legislador[281]. El legislador podrá ser libre en cuanto a la elección de las acciones punibles, pero no en cuanto a la estructura final del comportamiento humano y la capacidad de autodeterminación del individuo[282].

En el ámbito jurídico-penal ello significa, como advierte SILVA SÁNCHEZ, "que no se trata de incorporar la valoración en el proceso de construcción categorial, y menos por cada sujeto en particular (…). Mas bien se trata de advertir la dimensión de sentido inherente a la realidad, sus estructuras lógico-objetivas y, a partir de ahí, concluir

---

279 KAUFMANN, A.: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954 p. IX, citado por SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 58.

280 "No ha de determinarse el objeto según el método, sino el método según el objeto. Ciertamente, hay distintos métodos, pero no configuran un mismo material amorfo, sino que se refieren a distintos aspectos del objeto. Citado por GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, pág. 371.

281 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág 58.

282 GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, pág. 373.

cual es la regulación jurídica que debe darse a los diferentes problemas penales"[283].

A la construcción de WELZEL se le ha objetado, entre otras cosas, que de los meros datos fácticos no es posible extraer automáticamente conclusión valorativa o normativa alguna. Así, para la actual doctrina penal la vinculación a la que obligan las estructuras lógico-objetivas al Derecho penal es sólo relativa, y además se configura en términos variables en función del contexto socio-cultural[284].

En todo caso, y a pesar de las críticas, hay que reconocer como mérito del finalismo el hecho de que en la actualidad exista un acuerdo más o menos generalizado sobre la necesidad de atender a la materia de regulación jurídica, que no recibe su contenido únicamente por la intervención del legislador, el juez o el intérprete, sino que más bien lo posee ya, en alguna medida atribuido por estructuras ontológicas, éticas o sociales en el más amplio sentido[285].

2.4. Orientaciones actuales. El método teleológico valorativo.

Característica de la actual dogmática jurídico-penal es la tendencia a la normativización de las categorías del sistema. Y es que probablemente, como dice GARCÍA-PABLOS sólo la normativización de los conceptos permita la orientación de los mismos a finalidades político-criminales, aunque pueda parecer paradójico[286]. Su objetivo es construir sistema abiertos aptos para la permanente orientación de los mismos hacia las exigencias cambiantes político-criminales y la propia evolución de los conocimientos.

Considerada como punto de partida de partida del moderno pensamiento teleológico-funcionalista, el *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* de ROXIN pretende superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la política criminal mediante la configuración de aquél a partir de las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Desde esta perspectiva se construyen los

---

[283] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 60.

[284] Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 137.

[285] Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 66.

[286] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 378. Es en este sentido en el que señala SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 66) como la orientación del Derecho penal a las valoraciones de la política criminal obliga a una amplia normativización de los conceptos, algo que se ve propiciado por la constatación de que el grado de vinculación ontológica de los mimos es sustancialmente menor que lo que se entendía por los autores finalistas.

distintos elementos del delito, asignando a cada uno de ellos alguna finalidad político-criminal. Contemplando lo normativo desde su dimensión social se aspira a hacer del sistema un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad.

Desde la orientación teleológico-político-criminal, señala ASUA BATARRITA, la apelación a los fines de la pena y a los cometidos político-criminales del Derecho penal han conducido a un enriquecimiento de las explicaciones sobre el fundamento de las categorías tradicionales del sistema tripartito del delito. De forma perceptible y progresiva, as argumentaciones sobre el contenido material del injusto y de la culpabilidad y sobre su fundamentación se han coloreado con as referencias a los fines y al sentido de la intervención penal[287].

Así, ROXIN propone un sistema jurídico penal que no prescinde del pensamiento sistemático, pero que tampoco se encuentra determinado por concepciones ontológicas. La dogmática penal aparece, pues, en su obra como un sistema abierto, y por tanto, en continua renovación y creación. La dogmática se convierte en un camino de ida y vuelta, estos inductivo y deductivo, al configurarse como un sistema abierto que puede ir siendo reformulado en sus bases. En consecuencia, la dogmática puramente conceptual y formal deja paso a una dogmática crítica e integradora, con una sólida base político-criminal[288].

Desde esta perspectiva, señala GARCÍA RIVAS, "la política criminal no diseña –sólo- el Derecho penal futuro, sino que define el Derecho penal presente, cuya textura es permeable a consideraciones político-criminales[289]"

A la orientación propuesta por ROXIN corresponden en gran parte las tesis que arrancan de la Constitución en la elaboración y comprensión del sistema penal. En la medida en que el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución constituye el marco de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad[290], el principio de interpretación de los preceptos penales

---

[287] ASUA BATARRIRA, A.: "Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico-constitucional", en Cerezo Mir y otros (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López,* Granada, 1999, págs. 221-222-

[288] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción", en Terradillos Basoco/De la Cuesta Aguado (coord.), *Cuestiones fundamentales del Derecho penal,* Cádiz, 1998, pág. 12.

[289] GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático,* cit., pág. 97.

[290] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* Madrid, 2001, pág. 50.

conforme a los valores recogidos en la Constitución, como propone GARCÍA RIVAS, se erige en el paradigma de la nueva configuración de la dogmática penal.

El planteamiento de ROXIN ha supuesto una importante y valiosa aportación para la dogmática jurídico-penal. Como advierte TERRADILLOS BASOCO, sin estos requerimientos preventivos el edificio entero carecería de justificación[291]. Pero además, sólo al abandonar un planteamiento estrictamente positivista y al abrir al intérprete a los imperativos, inevitablemente creadores[292], de la política criminal se consigue la construcción de una ciencia ágil y dinámica, crítica y creadora, en definitiva, abierta –con el sólido respaldo que le proporcionan sus bases constitucionales- para convertirse en el sustento de la ciencia penal contemporánea[293].

De signo muy diverso es la dirección funcionalista propuesta por JAKOBS. Aquí la normativización de los conceptos no va dirigida a abrir la puerta a consideraciones político-criminales. El Derecho penal no es funcional a unos fines, sino a la propia sociedad[294], y en esa medida es concebido como un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas[295]. Esto, como indica SCHÜNEMANN, rompe con la tesis de ROXIN, puesto que en una justicia que alcanza su fin mediante su mera existencia, no hay lugar para una política-criminal en el sentido de acreditación y control a través de persecución de fines demostrables[296].

Es evidente que, desde el momento en el que el Derecho penal deja de tutelar bienes jurídicos para proteger funciones, la teoría sistémica expresa una evidente contradicción con modelo de Derecho

---

[291] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad,* Mexico, 2002, pág. 33.

[292] Véase MIR PUIG, S.: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho,* Barcelona, Ariel, 1994, pág. 24.

[293] Y todo ello, como resalta ASUA BATARRITA ("Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico-constitucional", cit., pág. 222), sin renunciar al sistema cuya construcción o reelaboración prosigue como tarea irrenunciable aun cuando se propugna un sistema abierto, como síntesis provisional en continua revisión.

[294] JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 51.

[295] BARATTA, A.: "Integración- prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., pág. 534.

[296] SCHÜNEMANN, B.: "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la criminología,* Madrid, 2001, pág. 648.

penal mínimo y garantista, como el que se deriva de nuestra Constitución. Pero, además –y desde la perspectiva estrictamente metodológica-, desde el momento en el que se trata de ofrecer una sistematización del Derecho penal vigente que resulte plenamente explicativa del mismo, se corre el riesgo desde el punto de vista político y político-criminal de que sus esquemas respondan a designios claramente conservadores del *status quo* legitimadores de cualquier sistema social. Esto es, la dogmática jurídico-penal dejaría de cumplir su función crítica, y en consecuencia, la de garantizar los derechos del individuo frente al poder arbitrario del Estado[297]. En esta línea, rechaza MUÑOZ CONDE el planteamiento de JAKOBS porque, entre otras cosas, convierte a la dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de los sistemas sociales, cuando no en cómplice servil de sus excesos[298].

Si, como advierte TERRADILLOS BASOCO, "sólo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi,* pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser ésta 'funcional'"[299].

3. La triple función de la dogmática jurídico-penal: interpretación de las normas, elaboración de un sistema y crítica del Derecho.

3.1. Interpretación de las normas penales. Teoría objetiva/teoría subjetiva. Criterios de interpretación.

La vinculación del Derecho penal al principio de legalidad conlleva que la primera función de la dogmática jurídico-penal sea, precisamente, la de tratar de averiguar el sentido y alcance del texto legal[300]. Con carácter previo a esa tarea es preciso, no obstante, responder a la cuestión de dónde se halla el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos: si en la voluntad del legislador histórico que

---

[297] Como indica a este respecto MUÑOZ CONDE (*Derecho penal y Control social*, cit., pág. 26), "la teoría sistémica representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo".

[298] MUÑOZ CONDE, F.: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo,* 2ª ed., Valencia, 2001, pág. 75.

[299] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", cit., pág. 134.

[300] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 139.

redactó y promulgó el precepto legal (teoría subjetiva), o si en la ley misma (teoría objetiva)[301].

La mayor flexibilidad de la teoría objetiva -al posibilitar que el sentido o espíritu de la ley se adapte a las nuevas circunstancias-, es un argumento decisivo a su favor[302]. El Derecho penal, como subraya CEREZO MIR, "ha de ser interpretado de forma que pueda cumplir las tareas éticas, económicas y sociales de nuestro tiempo. Esta interpretación sólo es posible de realizar en el marco de la teoría objetiva. El intérprete ha de preguntarse qué juicio valorativo del actual estado de cultura ha hallado expresión en el precepto jurídico-positivo. No podríamos satisfacer las exigencias de esta concepción funcional del Derecho si para comprender el sentido de los preceptos jurídico-penales tuviéramos que situarnos en al mente de un legislador que vivió hace, en algunos casos, más de un siglo, en un estado de cultura distinto[303]".

En todo caso, la ventaja que supone frente a la teoría subjetiva la flexibilidad propia de la teoría objetiva no significa que el intérprete pueda utilizar como pauta cualquier concepción ética, jurídica, política o económica que se sustente en el momento actual, sino sólo aquellas que sean dominantes en nuestra sociedad[304], y sea consecuente con los principios que desde la Constitución informan nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, cualquier intento de interpretación y de construcción jurídica científica, habrá de moverse dentro de los confines del modelo estatal constitucionalmente conformado, con la libertad de movimientos que permita[305].

La interpretación de la norma jurídica, como nos recuerda RODRÍGUEZ MOURULLO, "es siempre pluridimensional, no unidimensional y se va desarrollando desde diversas perspectivas. Se habla, como de todos es sabido, de una interpretación histórica,

---

[301] Véanse CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Introducción, Vol. I,* , 5ª ed., Madrid, 1997, pág. 62, y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 142.

[302] En sentido contrario opina CUERDA RIEZU (*El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes),* Madrid, 1991, págs. 71 y ss.) que, resultando imposible la interpretación puramente objetiva resulta preferible la investigación de las decisiones del legislador, antes que llenar la interpretación de valoraciones y preferencias personales acerca de los fines que la norma debe perseguir. Frente a ello cabe replicar, sin embargo, que la teoría objetiva, frente a la subjetiva, garantiza un sistema de interpretación más pluralista en el que la capacidad de decisión no se concentra en un solo sujeto.

[303] CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Introducción, Vol. I,* cit., pág. 62.

[304] CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Introducción, Vol. I,* cit., pág. 64.

[305] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Proyecto docente inédito,* Jerez, 1986, pág. 7.

sistemática, gramatical y teleológica. Cada una de estas interpretaciones nos ofrece distintos puntos de vista para comprender el sentido último de la norma"[306].

La vigencia del principio de legalidad exige que el sentido literal posible constituya el límite máximo de toda interpretación, por lo que la búsqueda del significado de la norma implica en primer lugar un análisis lingüístico que permita la comprensión gramatical de los términos en los que la norma se expresa. La interpretación gramatical supone, en palabras de LANDROVE DÍAZ, "la indagación del sentido de la ley desentrañando el significado de las palabras contenidas en su texto. Se trata de averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador" [307]. La labor del intérprete consiste, pues, en esclarecer el significado del texto objetivo de la ley, dando especial prioridad a la interpretación gramatical que es la que, a partir del texto legal, delimita el ámbito máximo de interpretación en base a la función social para la que está diseñada[308].

La interpretación gramatical, como límite posible de una interpretación teleológica, adquiere toda su trascendencia cuando el legislador utiliza términos cuya aprehensión precisa de valoraciones sociales o jurídicas que dificultan enormemente la decisión acerca de cual sea el exacto significado de los mismos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el legislador utiliza términos cuyo significado dista del que se le asigna coloquialmente (ej. "casa habitada"), o de su significado científico o técnico[309].

Mayores dificultades plantea aún la precisión e interpretación de conceptos jurídicos empleados en otras ramas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo con el término "filiación" (art. 220 CP), o que tienen un carácter esencialmente valorativo-cultural (ej. "material pornográfico"). A veces, como es el caso de los conceptos de autoridad o funcionario público (art. 24 CP), el legislador facilita la labor del intérprete proporcionándole una interpretación auténtica para el ámbito jurídico-penal. En otras ocasiones, sin embargo, será el intérprete quien, a partir de otros criterios distintos al puramente gramatical -aunque en todo caso limitado por el sentido literal-

---

306 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Aplicación judicial del Derecho y de la lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, 1988, pág. 64.

307 LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español,* 4ª ed., Madrid, 1997, pág. 99.

308 DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Respuesta penal al peligro nuclear,* Barcelona, 1994, pág. 188.

309 Véanse ejemplos en MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 141.

(sistemáticos, históricos, funcionales y/o teleológicos) haya de determinar el significado exacto de los términos (ej. "cosa mueble"). Justamente esta es la razón por la que, junto a la interpretación gramatical, se precisa el establecimiento de otros criterios interpretativos que permitan establecer el sentido y alcance real del texto de la ley.

La interpretación histórica, generalmente no tendrá carácter decisivo, pero puede servirnos para orientar e indicar las circunstancias que motivaron la producción de una norma, sin olvidar que el sentido originario de ésta, lejos de consumarse o permanecer estático en el momento de la promulgación, tiene vigor actual: en cuanto parte integrante del ordenamiento no puede permanecer ajena a las nuevas circunstancias sociales. Ello no impide naturalmente, que se analicen los precedentes históricos. Pero se trata de un análisis instrumental del momento histórico, no de que éste vincule eternamente[310].

Una comprensión estática, inmutable de las normas nos llevaría a la imposibilidad de resolver jurídicamente los conflictos que generan las complejas realidades de cada momento histórico. Así, pues, las concretas razones y opiniones que hayan podido influir en la voluntad del legislador no constituyen un dato decisivo a la hora de determinar el sentido de la ley, la cual una vez promulgada, adquiere una existencia independiente de la de su creador[311].

Ahora bien, la crítica a la interpretación histórica como forma de suplantar la voluntad de la ley por la voluntad del legislador, no significa, sin embargo, que para la correcta interpretación de la ley no interese en absoluto las razones de su nacimiento. En la medida en que como pone de relieve MUÑOZ CONDE, "ninguna institución jurídica por moderna que sea surge de la nada"[312], el elemento histórico es imprescindible para comprender el porqué de determinadas regulaciones penales.

Mayor trascendencia tiene en todo caso la interpretación lógico-sistemática, cuyo fundamento radica en la conceptualización del ordenamiento jurídico como un todo, en el que términos y disposiciones legales se encuentran coordinadas e integradas entre sí. La interpretación lógico-sistemática supone, pues, una indagación del

310 DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Respuesta penal al peligro nuclear,* cit., págs. 189-190.

311 BUSTOS RAMIREZ, J./HORMAZABAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho penal,* Vol I, cit., pág. 97.

312 MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 142.

orden lógico de los preceptos en el cuerpo legal[313]; busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico[314].

Este tipo de interpretación permite buscar el sentido de la norma a través de un acercamiento sistemático, pues es tradicional que la ubicación de los delitos y de las faltas en los Libros II y III CP, respectivamente, se lleve a cabo en virtud del bien jurídico protegido, generalmente señalado en la rúbrica del Título o Capítulo. Así, mediante este criterio adquieren relevancia para la interpretación tanto la rúbrica del Título, Sección y/o Capítulo en el que se ubica el precepto en cuestión, como el contenido que poseen aquellas otras disposiciones que lo acompañan, en al medida en que su contemplación conjunta puede poner en evidencia la lógica interna de la regulación, globalmente considerada. De todos modos, y como advierte MUÑOZ CONDE[315], este principio debe ser acogido con reservas, "no sólo porque el legislador es un mal sistemático, sino también porque las más de las veces las clasificaciones de los delitos se hacen de un modo arbitrario por razones extracientíficas, culturales e incluso artísticas"[316].

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con relación a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En la medida en que el tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros supone ante todo la vulneración de un bien jurídico individual cercano a la idea de dignidad y libertad de la persona, es difícil compartir –aunque no vislumbrar- las razones por las que el legislador decide ubicarlos entre los delitos en los que se tutelan intereses colectivos, y no entre los delitos contra los bienes jurídicos individuales –concretamente tras la tipificación de la tortura y otros delitos contra la integridad moral-[317].

Muy relacionado con la interpretación lógico-sistemática hay que referirse, por último al criterio teleológico o funcional[318], que indaga

---

313 LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., pág. 99.

314 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 124.

315 MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 147.

316 *Ibid.*

317 Véase RODRIGUEZ MESA, M.J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros,* Valencia, 2002, pág. 120.

318 LANDROVE DÍAZ (*Introducción al Derecho penal español*, cit., pág. 100) llega incluso a decir que la interpretación teleológica, en la medida en que es una

sobre el fin perseguido por la norma[319] y desempeña un papel crucial en la captación del bien jurídico protegido[320].

Este criterio, como subraya MUÑOZ CONDE, permite excluir del ámbito del Derecho penal, desde el primer momento, todas aquellas conductas que ni siquiera de lejos afectan a los bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

3.2. La función sistemática como elaboración conceptual y de principios generales.

El sistema, en la medida en que implica la unidad, la falta de contradicciones, la congruencia de las partes con el todo, etc., es imprescindible en cualquier actividad científica[321]. Aunque ello no quiera decir, como se expondrá en el siguiente epígrafe, que la elaboración y desarrollo del sistema se convierta en el objeto de la disciplina científica.

Así, junto con la labor de interpretación de las normas penales, la dogmática jurídico-penal cumple la función esencial de elaborar unas reglas generales o conceptos abstractos dirigidos a facilitar la interpretación y aplicación de las normas penales. La renuncia a la elaboración sistemática haría retroceder a la ciencia penal, como pone de relieve ROXIN, "a aquella situación de caos y arbitrariedad, de la que, desde los tiempos de Liszt, se abjura con razón por todos los apologetas del sistema"[322].

Desde esta perspectiva, la metodología penal no puede prescindir del sistema. La seguridad, objetividad y certeza que reclama el principio de legalidad en nuestra disciplina lo exigen. Es en este sentido en el que afirma GARCIA-PABLOS que "la mejor elaboración dogmática de los problemas- y el sistema es uno de sus métodos auxiliares- facilita el control del arma penal y de su ejercicio por el Estado". El sistema, prosigue el autor, no es un fin en sí mismo; es un instrumento que no debe absolutizarse: un instrumento que se legitima por sus resultados y no por su coherencia lógica.

La fase sistemática implica, obviamente, la elaboración de un sistema mediante la puesta en relación de unas normas con otras y, lo

---

indagación sobre el fin perseguido por la norma, no es más que una modalidad de la lógica-sistemática.

[319] Así MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 148; y MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y ciencia penal*, 3ª ed., Granada, 1991, pág. 274.

[320] LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho penal español*, cit., pág. 100.

[321] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 166.

[322] ROXIN, C.: Política criminal *y sistema del Derecho penal,* (trad., introducción y notas de Muñoz Conde), Barcelona, 1972, págs. 23-24.

que es más importante, la obtención de las características genéricas de todas ellas, la categorización de los diferentes componentes de las normas[323]. No se trata, pues, de la simple ordenación de normas penales; la función sistemática de la dogmática jurídico-penal va más allá: en su base se halla una dimensión de elaboración conceptual abstracta, que permita detectar los fundamentos materiales comunes y las similitudes estructurales entre diversos casos, preceptos y problemas, para que, mediante la elaboración de conceptos de aplicación general, puedan resolverse los problemas jurídicos de un determinado modo[324]. Con esta función se persigue, pues, la subsunción del caso concreto, del problema, en una norma penal, en virtud de unos criterios que quedan de esta forma uniformados y que incrementan la seguridad jurídica.

3.3. La dogmática como crítica del Derecho penal.

Dado que la realidad jurídica a la que se llega tras la interpretación y sistematización del Derecho penal positivo puede no estar de acuerdo con determinados principios o con la finalidad asignada a su existencia, dice MUÑOZ CONDE que "la dogmática jurídico-penal, si no quiere merecer el calificativo de "reaccionaria", tiene que ser también una *dogmática crítica* del Derecho penal"[325]. La misión de la dogmática no consiste, por tanto, únicamente en interpretar y sistematizar el Derecho vigente; también tiene que poner de relieve sus lagunas, los problemas que están mal resueltos y los que todavía quedan por resolver[326].

La crítica, que debe estar presente en todas las fases de la dogmática jurídico-penal[327], puede hacerse desde dos vertientes: la jurídica, utilizando criterios que pertenecen al ámbito del objeto

---

323 CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales,* cit., pág. 225.

324 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 49.

325 MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 184.

326 Véanse al respecto MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 119; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Fundamentos de Derecho penal*, cit., pág. 190; y MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y ciencia penal*, cit., pág. 264.

327 Como dice MUÑOZ CONDE (*Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 184), no hay que esperar a la última fase para criticar el Derecho penal ya interpretado y sistematizado. La crítica debe estar presente también en la interpretación y sistematización del Derecho penal, procurando que los resultados de esta interpretación y sistematización sean los más convenientes para una convivencia pacífica y democrática.

criticado, y la política, apoyada en criterios de orden social[328]. Desde esta perspectiva, la crítica se divide en intrasistemática y extrasistemática. La primera, como dice CARBONELL MATEU, procede del propio sistema jurídico, y trata de analizar si la técnica empleada por el legislador es o no correcta para conseguir los fines que persigue[329]. La crítica extrasistemática, por su parte, sitúa al jurista en el ámbito extrajurídico y de lo que se trata es de poner en cuestión los propios valores del ordenamiento desde las concepciones morales, políticas, sociales, etc., dominantes en el grupo social.

La verdadera labor crítica tiene que saber combinar los criterios internos y externos, jurídicos y políticos o sociales, pues sólo en ese caso estará el jurista en condiciones de aprehender la verdad como totalidad y no como un saber parcial ajeno a las otras esferas del saber[330].

4. Pensamiento sistemático y pensamiento tópico. Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto.

Al analizar el formalismo ya se tuvo ocasión de exponer como para esta corriente penal el Derecho aparece como sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general supremo, el de Derecho, recoge a todos los demás[331]. En consecuencia, la dogmática jurídico-penal siguiendo un método fundamentalmente lógico-deductivo y abstracto debe proceder al análisis y síntesis del material normativo, para luego realizar la construcción de los conceptos y principios generales[332].

El pensamiento sistemático –llevado a sus extremos por la jurisprudencia de conceptos-, al sobrevalorar el sistema olvida que éste tiene un carácter auxiliar, instrumental[333]. Como dice ROXIN, con la sobrevaloración del sistema se produce un abandono de las particularidades del caso concreto, en que, por tanto, se paga la seguridad jurídica a costa de un menoscabo de la Justicia[334].

---

328 STAMPA BRAUN, J.M.: *Introducción a la ciencia del Derecho penal,* cit., págs. 105-106

329 CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales,* cit., pág. 225.

330 GIMBERNAT ORDEIG, E.: "¿Tiene futuro la dogmática del Derecho penal?", cit., págs. 108-109.

331 Véase MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., págs. 108-109.

332 VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto,* Valencia, 1995, pág. 135.

333 Véase GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 387.

334 *Política criminal y sistema del Derecho penal,* cit., pág. 35.

Como oposición al pensamiento sistemático surge el denominado pensamiento "problemático" o "tópico", en el que se niega la importancia del sistema en la Ciencia del Derecho. Para la Tópica, el Derecho nace como instrumento para la solución de problemas, y el pensamiento sistemático debe ser sustituido por la consideración del problema desde distintos puntos de vista que garanticen la racionalidad y aceptabilidad social de la solución finalmente adoptada.

El pensamiento tópico olvida, sin embargo, que la propia naturaleza del Derecho penal y su vinculación al principio de legalidad impide un abandono total del sistema que es garantía de certeza y seguridad jurídica[335].

La necesaria vinculación del Derecho penal con la realidad social que disciplina implica la renuncia a un pensamiento estrictamente sistemático en el que no tengan cabida las valoraciones metajurídicas. Ello no significa, sin embargo, ni la adscripción a una postura tópica, ni la renuncia a la elaboración de un sistema. De lo que se trata es, precisamente, de orientar el sistema hacia el problema: de configurar sistema abiertos a la realidad, al caso concreto y a las necesidades de política criminal, con sus consiguientes implicaciones en el alcance y significado de todas las categorías y elementos del sistema[336]. Esta tarea sólo podrá realizarse asumiendo una visión interdisciplinaria del fenómeno criminal, con un diálogo abierto entre las distintas ciencias jurídicas y sociales, donde todo el peso de la solución de los problemas no puede ser asumido sólo por el Derecho penal[337].

5. La orientación de la dogmática jurídico-penal a la realidad.

5.1. Dogmática jurídico-penal y ciencias sociales.

El conocimiento de la realidad jurídica no puede limitarse, como advierte TERRADILLOS BASOCO, "a la construcción de un universo conceptual en el que cada disposición legal ocupe un lugar preciso, de contornos bien definidos e interrelaciones prefijadas. La norma jurídico-penal cualquiera que sea el concepto que de la misma se maneje, tiene vocación de trascendencia: está tendencialmente dirigida a dar respuesta a situaciones reales de conflicto. Es por ello por lo que toda pretensión de conocimiento del Derecho ha de tener también presente una perspectiva funcional, analizando la corrección de las opciones legislativas e interpretativas no sólo con criterios internos a la propia norma, sino en base al cotejo entre la función que a la norma se le asigna, la que desempeña y la que puede desempeñar"[338].

---

[335] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit., pág. 182.

[336] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 389.

[337] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., págs. 58-59.

[338] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Proyecto docente inédito*, cit., págs. 10-11.

Es evidente que en la actualidad no cabe que el dogmático ignore en su labor los datos de la realidad, pues lo contrario implica marginar toda la vertiente práctica de su ciencia[339]. Como observa HASSEMER al respecto, será difícil que el juez acierte en su decisión del caso concreto –y que tengan éxito los programas de prevención del delito y resocialización del delincuente- si se carece de los conocimientos científicos más elementales sobre el problema criminal[340].

En el necesario acercamiento de la dogmática jurídico-penal a las ciencias sociales se precisa, no obstante, una actitud prudente ante las aportaciones de las ciencias extrajurídicas[341], dado que, como advierte GARCIA-PABLOS el objeto, método y necesidades a las que respectivamente se orientan, no coinciden[342]. En efecto, el Derecho penal precisa del conocimiento de la realidad, pero no se puede ignorar que su papel sobre tal realidad es principalmente el de proceder a su valoración desde los criterios del ordenamiento jurídico. Así, el contenido del Derecho penal –aún teniendo por objeto datos de la realidad- es un contenido valorativo desde el punto de vista del Derecho que en modo alguno puede ser sustituido por meras constataciones empíricas o valoraciones de la realidad elaboradas desde fuera del sistema penal.

Por otra parte, es obvio que la apertura hacia la realidad es, hoy por hoy, una exigencia metodológica acorde con el proceso de evolución del pensamiento filosófico y jurídico. Por lo que no es de extrañar, como resalta GARCÍA-PABLOS "que igual giro hacia lo concreto, hacia la realidad social, se acuse, también, en la metodología penal[343]". No se trata, desde luego, de convertir al Derecho penal en una técnica social ni de trasladar métodos como el sociológico al ámbito de la dogmática jurídico-penal[344]. En este sentido, es preciso huir del sociologismo de

---

339 MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho* penal, cit., págs. 325 y ss. Ni siquiera KELSEN (Teoría pura del Derecho, 16ª ed., Buenos Aires, 1969, pág. 43) mantiene que el Derecho penal agote sus dimensiones ontológicas en un sistema de normas, llegando incluso a afirmar que, desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas.

340 HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho penal,* (trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona, Bosch, 1984, págs. 34 y ss.

341 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pág. 94.

342 GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 398.

343 GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 393.

344 En este sentido se manifiesta SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 90) cuando señala que "se advierte tal tendencia en trabajos

quienes emplazan el Derecho en el terreno neutro y relativo de los sistemas sociales, preocupados sólo de la funcionalidad o disfuncionalidad para los mismos de las diversas condiciones, olvidando así, que el ámbito específico del Derecho es el de lo normativo y el de las valoraciones[345]. Pero, tampoco, de seguir anclados en el dualismo metodológico de VON LISZT, en el que la ciencia del Derecho penal era concebida como una ciencia "puramente sistemática" en la que, por supuesto, no tenían cabida las valoraciones propias de la política criminal.

Como conclusión puede decirse la ciencia del Derecho penal no puede ni debe desarrollarse ni evolucionar de espaldas a la realidad, lo que, a su vez, implica también el acercamiento del método lógico-deductivo a los métodos propios de las ciencias sociales. Ahora bien, la aproximación de la ciencia penal a la realidad y la metodología interdisciplinaria encuentran su límite en la función valorativa ("deber ser") y no meramente descriptiva ("ser") que corresponde a la Ciencia del Derecho penal como ciencia eminentemente jurídica. De los riesgos del eventual abandono de la dogmática jurídico-penal en aras de otras ciencias que también se ocupan del fenómeno criminal nos advierte GIMBERNAT cuando señala que "si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería.[346]"

5.2. Dogmática jurídico-penal y criminología. La observación de la realidad como base para la correcta delimitación del ámbito de actuación del Derecho penal.

En la medida en que la criminología se enfrenta al delito como fenómeno real, y se sirve de métodos empíricos para examinarlo, proporciona a la dogmática jurídico-penal la base empírica precisa para su acercamiento a la realidad. Si, como dice MUÑOZ CONDE, "no

---

como el de BEHRENDT, que pretende elaborar una teoría general del delito de orientación y con metodología pscoanalítica, el de BARWINKEL, con una teoría de la comisión por omisión de base sociológica, y, sobre todo, en el Tratado de JAKOBS, en el que las categorías sistemáticas, sometidas a una normativización (funcionalización), se llenan de contenido recurriendo a la teoría sociológica de los sistemas".

[345] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 410.

[346] GIMBERNAT ORDEIG, E.: "¿Tiene futuro la dogmática del Derecho penal?", cit., pág. 190; Véase también al respecto GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico", *RFDUC*, núm. 63, 1981, págs. 7-43.

quiere hacerse un Derecho penal de espaldas a la realidad, deberán tenerse muy en cuenta los conocimientos que sobre esa realidad la criminología ofrece[347]". En este sentido, y como dice GARCÍA-PABLOS, "la investigación jurídico penal y la criminológica, son recíprocamente *interdependientes*, se necesitan y complementan, por más que sus métodos y objetivos difieran"[348].

La función de la criminología es aportar un núcleo de conocimientos verificables empíricamente sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado[349]. Para ello se sirve de un método empírico, es decir se basa en la observación del mundo que nos rodea, y establece hipótesis a partir de estas observaciones. Las discrepancias entre los métodos empírico y dogmático ponen de manifiesto, como subrayan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la división del panorama actual de la ciencia del Derecho penal en dos grandes ramas o tendencias: "la orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo, prevenirlo o controlarlo; la orientación jurídica estudia el delito y sus consecuencias como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La orientación criminológica se sirve en su investigación de métodos sociológicos o antropológicos, según el carácter social o individual de su enfoque, o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias.[350]"

En los intentos por coordinar la relación entre criminología y dogmática penal no puede olvidarse, pues, que constituyen dos planos distintos, uno del "ser y otro del "deber ser". El ser no deriva del deber ser, ni éste del ser, así que la atribución de responsabilidad que es un

---

[347] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit, pág. 130.

[348] GARCÍA-PABLOS, A.: Problemas actuales de la criminología, Madrid, 1985, pág. 17. Como indica esta autor (*Manual de criminología*, Madrid, 1988, pág. 120), "un *Derecho Penal* distanciado de la investigación criminológica, sin respaldo empírico, corre el riesgo de convertirse en mero decisionismo; la actividad de los juristas, en simple especulación teórica; y la política criminal que lo inspire, poco sensible a la realidad social y a los conocimientos científicos, carecerá del rigor y seriedad que garantizan la propia efectividad de las leyes". Sobre la aplicación que pueda tener la criminología para las personas que se dedican al Derecho penal véase LARRAURI PIJOÁN, E.: "¿Para qué sirve la criminología?", en Larrauri Pijoán (dir.), *Política criminal,* CDJ, 1999(IV), págs. 35-38.

[349] GARCÍA-PABLOS, A.: *Manual de criminología,* cit., pág. 121.

[350] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General,* cit., págs. 205-206.

criterio normativo no puede fundamentarse sólo en los datos de la naturaleza[351]. La distinción entre los ámbitos criminológico y dogmático no debe llevar, sin embargo, a la ruptura de los nexos que relacionan ambas disciplinas[352]; de lo que se trata es, como pone de relieve ROXIN, de lograr la efectiva integración de los conocimientos jurídicos y criminológicos sin que esto suponga la pérdida de la necesaria autonomía que han de poseer cada una de las distintas ciencias penales[353].

La criminología delimita y critica el concepto legal de delito desde los datos que le aportan su observación y análisis de la realidad. Sólo desde esta perspectiva la criminología podrá deducir las consecuencias críticas sobre el concepto de delito mantenido en el Derecho penal vigente y ejercer así una función político criminal que permita al legislador futuro configurar un concepto jurídico de delito acorde con las concepciones dominantes en la sociedad[354].

Frente a la orientación etiológica que caracterizaba a la criminología desde que irrumpe en el panorama científico, ya a principios del siglo XX comienza a atisbarse que el fenómeno criminal era mucho más complejo de lo que suponía, y que no parecía existir una explicación satisfactoria para su origen y manifestaciones, destacándose así que la intervención penal para prevenir y controlar la delincuencia carecía de bases firmes en las que apoyarse.

La criminología de índole etiológica estudió la criminalidad a partir de los datos suministrados por las estadísticas oficiales y sobre la población recluida en los establecimientos carcelarios o sometida a algún otro tipo de control penal. Pero, las estadísticas oficiales no reflejan la criminalidad real. Es decir, son muchos más los delitos cometidos que los conocidos por los órganos policiales y de justicia, y los que finalmente culminan con una sentencia condenatoria, que los que refleja la "criminalidad oficial". El desconocimiento de una considerable cifra de delitos –y, en consecuencia, de delincuentes- relativiza no solo los resultados obtenidos, sino también los conceptos de delito y delincuente.

Las investigaciones criminológicas llevadas a cabo a partir de la segunda mitad del siglo XX vinieron a demostrar, además, que la infracción penal no es un dato fáctico que pueda ser evaluado

---

[351] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., pág. 154.

[352] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General,* cit., pág. 207.

[353] ROXIN, C.: *Política criminal y sistema del Derecho penal,* cit., pág. 77.

[354] MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal,* cit, pág. 124.

independientemente de la interacción de sujetos sociales que ocupan diversas posiciones sociales. Es decir, la criminalidad es en gran medida socialmente construida, tanto a nivel de la definición legal de lo que se considera delictivo como de la definición situacional de un acto como delictivo y la consiguiente decisión de someter ese acto al sistema de justicia penal. La afirmación de la construcción social de la criminalidad -con el porcentaje de selectividad que ello implica-, conlleva, por una parte, que el protagonismo del delincuente haya cedido a favor del estudio de los procesos y mecanismos de control social. Y, por otra, que ya no se acepten, sin discusión, el concepto de delito y las instituciones de control del mismo[355].

La actual criminología, como subraya GARCÍA-PABLOS, ha sustituido el estudio de la criminalidad por el análisis de los procesos de criminalización[356]. Y han sido, precisamente, el análisis teórico y las investigaciones empíricas realizadas sobre cada uno de los momentos en los que despliega sus efectos el sistema penal, los que han llevado a la crítica del Derecho penal y la reconstrucción de su ámbito de actuación.

En efecto, en el momento de creación de las normas (criminalización primaria), el Derecho penal no siempre defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales están interesados todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial. Las investigaciones cuantitativas, y sobre todo cualitativas, sobre la cifra negra de criminalidad evidencian, a su vez, que el estatus de delincuente (criminalización secundaria) no depende tanto de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, como de la posición social del individuo[357].

Con independencia del grado en el que sean asumidos estos postulados, es imposible ya ignorar la imagen del funcionamiento real del sistema penal que nos ha proporcionado la criminología crítica. Frente al Derecho penal del Iluminismo cuya máxima era la igualdad en su aplicación, el actual Derecho penal aparece, en gran medida, como instrumento de desigualdad social. Frente al ideal resocializador de la prisión, por su parte, las investigaciones empíricas demuestran

[355] GARCÍA-PABLOS, A.: *Manual de criminología,* cit., págs. 669-670.

[356] GARCÍA-PABLOS, A.: *Manual de criminología,* cit., pág. 683.

[357] Véase BARATTA, A.: *Criminología crítica y crítica del Derecho penal,* México, 1986, págs. 167-169.

que el funcionamiento real de nuestros sistemas penitenciarios dificulta cualquier meta resocializadora[358].

Ante estos hechos, desde la criminología se propone una reconstrucción del ámbito de actuación del Derecho penal: mediante la descriminalización de todos aquellos comportamientos que no afecten a una necesidad esencial de todos los ciudadanos, y la adecuada tutela de intereses y bienes esenciales para el adecuado desarrollo de todos y cada uno de los individuos como personas y que han estado desprotegidos[359]. Se propone, pues, un Derecho penal construido sobre la base de unos principios mínimos que garanticen el respeto a los derechos humanos y que constituyan un límite al poder punitivo[360].

Como contrapartida a la "reducción del Derecho penal" se propugna la necesidad de formular una política criminal alternativa sustentada, principalmente en dos pilares: utilización mínima de la prisión y medidas alternativas a ella[361]. Pero, como la prisión es un hecho al que ni siquiera los defensores de un Derecho penal mínimo pueden renunciar, se formula un concepto alternativo y crítico a la resocialización, que se concibe como una oportunidad para obligar al Estado a prestar los servicios elementales de que carecía el condenado en el momento en el que cometió el delito[362].

No obstante, el hecho de que se admitan como válidos algunos de los postulados propios de la criminología crítica (desigualdad y selectividad en la elaboración y aplicación del Derecho penal) con las consecuencias que de ello se desprenden para el modelo de Derecho penal no significa un rechazo frontal a la función de diagnosis del fenómeno criminal que tiene que seguir desempeñando la criminología,

---

358 Véase la investigación de REDONDO, S./FUNES, J./LUQUE, E.: *Justicia penal y reincidencia*, Barcelona, 1994, *passim*

359 Véase por todos BRICOLA, F "Partecipaziones e giustizia penale: le azione a tutela degli interesi collectivi", en la *Questione criminale* 1, 1976, p. 7 y ss.

360 Véanse BARATTA, A.: "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", cit., págs 421-422. FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón,* cit., pág. 911; y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J.: "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo, cit., págs. 58 y ss.

361 Sobre alternativas a la prisión véase LARRAURI PIJOÁN, E./CID MOLINÉ, J. (Coords): *Penas alternativas a la prisión,* Barcelona, 1997.

362 Sobre el contenido que, siguiendo los postulados de la moderna criminología, hay que dar al concepto de resocialización véase MAPELLI CAFFARENA, B.: "Capítulo VI. La ejecución de la pena privativa de libertad I", en Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas del delito,* 3ª ed., Madrid, 1996, pág. 129.

aunque eso sí, desde una perspectiva diferente a la que ha sido la tradicional en la que ocupa un papel relevante el contexto (aprendizaje social y ambiente) en el que se desarrollan las actividades delictivas.

5.3. Dogmática jurídico-penal y política criminal en el marco de la Constitución de 1978.

Los conocimientos aportados al Derecho penal por la criminología operan a modo de límites a las valoraciones. En la medida en que la dogmática es una ciencia jurídica, los juicios normativos son imprescindibles, sin que puedan ser sustituidos por los conocimientos empíricos[363]. La disciplina que ejerce el papel de mediador entre los conocimientos empíricos de la criminología y normativos del Derecho penal, es la política criminal. Son las valoraciones político-criminales las que determinarán finalmente las valoraciones del Derecho penal, pues le indicarán como y por qué intervenir con el instrumento penal o utilizar otros instrumentos de control social menos lesivos[364].

Frente a las posturas que restringen el ámbito de la política criminal a "la determinación del cometido y función de la justicia criminal"[365], se viene imponiendo una concepción amplia de la misma, entendida como "el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal"[366]. Ambas definiciones son, sin embargo, demasiado estrechas. Aquélla, porque al circunscribir el ámbito de actuación de la política criminal al espacio de la justicia criminal, deja fuera de los cometidos propios de esta disciplina el planteamiento y propuesta de medidas "no penales" orientadas a la prevención del delito. Ésta, por su parte, al concebir la política criminal como un conjunto de respuestas alternativas al fenómeno social, subestima la que ha sido considerada una de las principales funciones de la política criminal: "la crítica de las instituciones vigentes y la preparación de su reforma conforme a los

---

363 Desde esta perspectiva nos advierte GARCÍA-PABLOS (*Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 400), que tan nocivo es el oscurantismo y los prejuicios metafísicos ideados a espaldas de la realidad y de la experiencia como la aceptación de resultados provisionales, no verificados con la credibilidad necesaria, y asumidos anticipadamente por frivolidad o por ese falso deslumbramiento que a algunos jurista producen los método exactos"

364 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., pág. 154.

365 Para ZIPF (*Introducción a la política criminal,* Madrid, 1979, pág. 3), la política criminal "…es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito criminal"

366 DELMAS-MARTY, M.: *Modelos actuales de política criminal*, Madrid, 1986, pág. 19. Sobre el concepto de política criminal véase LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General I,* cit., págs. 98-99.

nuevos ideales jurídicos que van surgiendo a medida que el ambiente sociocultural va cambiando".

La prevención de la delincuencia, objetivo fundamental del sistema penal, viene a constituir el eje de toda la política criminal. Ahora bien, desde el momento en el que el ámbito de esta disciplina se amplía al conjunto de instrumentos que tiene la sociedad para afrontar la criminalidad, la política criminal trasciende el ámbito puramente penal, para conectar con todas las formas de control social formales e informales[367]. Desde esta perspectiva, el Derecho penal aparece como el más importante –por la gravedad de sus sanciones-, pero en definitiva, uno más de los medios de lucha contra el fenómeno criminal. Ello implica, a su vez, que la intervención punitiva sólo sea legítima cuando forme parte de una estrategia global y racional de lucha contra el delito. Este modelo, como dice BARATTA, permite elaborar estrategias de protección de los derechos que puedan coordinar las intervenciones reactivas o preventivas de distintas políticas públicas, también aquellas de la política del Derecho penal, cuando sea inevitable[368].

En cuanto se trata de fijar y realizar metas político-criminales, es necesario adoptar decisiones valorativas que, como apunta ZIPF, no pueden deducirse sin más de la contemplación empírica de la realidad social, sino que han de obtenerse a partir de baremos valorativos[369]. La naturaleza eminentemente valorativa de la política criminal debe traducirse, pues, en una actitud valorativa de los datos que arrojan las investigaciones empíricas y en una penetración en las diversas categorías del sistema –y, por supuesto, en la teoría de la pena-, de las necesidades y exigencias derivadas de la política criminal[370].

La política criminal se formula básicamente en términos de eficacia y se valora por su funcionalidad, por su idoneidad para hacer efectivo un programa penal determinado[371]. Pero, como advierte TERRADILLOS BASOCO, "la eficacia no puede entenderse como búsqueda a ultranza de éxitos preventivos en pos del utópico objetivo de una sociedad sin delitos"[372]. La política criminal se basa en un catálogo de intereses predeterminado constitucionalmente, pero

---

[367] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., pág. 38.

[368] BARATTA, A.: "La política criminal y el Derecho penal de la Constitución", cit., pág. 37.

[369] ZIPF, H.: *Introducción a la política criminal,* cit., pág. 9.

[370] GARCÍA-PABLOS, A.: *Derecho penal. Introducción,* cit., pág. 404.

[371] ZIPF, H.: *Introducción a la política criminal,* cit., págs. 4-5.

[372] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Proyecto docente inédito,* cit., pág. 19.

también en una serie de derechos y en un código de valores que gozan de idéntica protección constitucional, y será legítima en tanto sea capaz de dotarlos de vigencia.

Es en ese contexto en el que, como puntualiza TERRADILLOS BASOCO, ha de examinarse la idoneidad de cada alternativa político criminal[373]. Por tanto, será el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad. Subraya ZÚÑIGA RODRÍGUEZ en este sentido que "la labor que le corresponde a la política criminal de guía al legislador para establecer cuando utilizar la herramienta penal y cuándo deben privilegiar otros instrumentos de control penal menos ofensivos, supone que los principios valorativos que rigen las valoraciones político criminales ingresan en el sistema penal, anclados en la Constitución"[374].

Los principios constitucionales, como subraya BRICOLA, operan así como pilares sobre los que se apoya la construcción dogmática penal y como límites garantísticos de selección en la estrategia de la lucha contra la criminalidad[375]. La legitimación de la actuación política y, por tanto de una determinada política criminal, reside entonces, no sólo en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos[376]. Así, la adhesión ciudadana no es suficiente para justificar la existencia de modelos de política criminal basadas en la "ley y orden" como los seguidas por Reagan en EEUU o Tatcher en Gran Bretaña, o más recientemente la idea de criminalidad cero defendida por Giulanni en New York, y en cierta medida por algunos dirigentes europeos. Tendencia a la que, tal y como se desprende de las últimas reformas penales, parece adscribirse también nuestro legislador.

6. La resolución de los conflictos desde un modelo integrado de las ciencias penales. El tratamiento de la inmigración clandestina como un ejemplo de propuesta.

Debido a las consecuencias criminógenas a las que, directa o indirectamente, puede dar lugar el tráfico ilegal de personas, tanto las Naciones Unidas como la Comunidad Europea instan a los Estados a

---

373 *Ibid.*

374 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., pág. 40.

375 BRICOLA, F.: "Rapporti tra dommatica e politica criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pág. 234.

376 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política criminal,* cit., pág. 33.

que tomen medidas penales para reprimir dicho tráfico. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Derecho penal constituye la *ultima ratio*, estas medidas han de aparecer como el último escalón de un programa racional de política-criminal en el que, junto a la sanción penal, se prevean otras medidas menos gravosas y más eficaces para la lucha contra la inmigración clandestina. Frente a un conflicto social, el Estado debe ante todo desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución, y en último término, definirlo como criminal[377].

En primer lugar, y teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno migratorio, sería preciso que los Estados cambiaran su actitud represiva por "una eficaz política de prevención que tienda al desarrollo social y económico de las regiones menos favorecidas"[378]. El replegamiento de fronteras y las políticas migratorias restrictivas han demostrado que no impiden el tráfico de indocumentados. Son precisas medidas que incidan en el origen del problema, actuaciones en el país de origen para que el derecho a emigrar no se convierta en una necesidad[379]. Actuar en y con los países que generan la inmigración. Eso exige una actuación que vincule inmigración y codesarrollo, para gestionar la inmigración como una oportunidad para todas las partes implicadas[380].

Como subraya LÓPEZ-ARANGUREN, a largo plazo, una política eficaz de ayuda y cooperación al desarrollo de los países del tercer mundo crearía empleo y atenuaría los desequilibrios sociales y económicos, con lo cual disminuiría el volumen de las corrientes migratorias[381].

En segundo lugar, hay que considerar al inmigrante como víctima del tráfico ilegal de personas, y no como sujeto sobre el que recaen la mayor parte de las sanciones administrativas, pudiendo incluso ser expulsado del territorio si se encuentra ilegalmente en el mismo. Es preciso que, también frente a ellos, haya obligación de integrar, en el

---

377 BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALAREÉ, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 1, cit., pág. 29.

378 SERRANO PIEDECASAS, J.R.: "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", *El extranjero en el derecho penal sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley orgánica 4/2002),* CGPJ, Manuales de Formación Continuada, Madrid, 1995, pág. 370.

379 *Ibid.*

380 DE LUCAS, J.: "El marco jurídico de la inmigración", *Jueces para la Democracia,* 38(2000), cit., pág. 10.

381 LÓPEZ-ARANGUREN, E.: "La migración: análisis sociológico" en Mariño Menéndez y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio,* Madrid, 1995, pág. 101.

sentido de posibilitarles legalmente el acceso a los derechos y a los recursos, y no de expulsar. Actualmente, aunque no se califica directamente al inmigrante irregular como la verdadera amenaza, puesto que se afirma que como tal es en la mayor parte víctima de las mafias, "en realidad el mensaje que se envía es que la aparición de la inmigración como problema es el resultado de la presión de los inmigrantes irregulares"[382].

En tercer lugar, y respecto de los inmigrantes –regulares o irregulares- que ya se encuentren en el país de destino, es preciso designar partidas presupuestarias dirigidas a la integración de estos sujetos, a evitarles una situación de marginalidad. Las políticas de carácter exclusivamente represiva hacia los inmigrantes generan problemas sociales como la segregación y la marginación, lo que refuerza los perjuicios y actitudes racistas, así como las prácticas xenófobas y discriminatorias. El diseño de políticas capaces de combatir las exclusiones que sufren muchos inmigrantes y de facilitar su integración en la sociedad se convierte así en una asignatura pendiente[383].

Sólo una vez puestas en marcha estas medidas estará justificado el recurso al Derecho penal, para sancionar los supuestos más graves relacionados con la inmigración clandestina. Supuestos en los que los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros se vean seriamente amenazados por parte de las personas que se aprovechan de su situación de ilegalidad o de su necesidad de emigrar.

[382] DE LUCAS, J.: "El marco jurídico de la inmigración", cit., pág. 8.

[383] LÓPEZ-ARANGUREN, E.: "La migración: análisis sociológico", cit., pág. 102.