

MATERIAL PARA FORO I

EL FIN DEL DERECHO PENAL: EL SER Y EL DEBER SER

LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), Manual de Introducción al Derecho penal, BOE, 2019

¿Para qué sirve el Derecho Penal?; ¿cuál es su función social? La respuesta ya se ha avanzado: evitar cierto tipo de conductas, prohibiéndolas, o, más raramente, imponer ciertos comportamientos, ordenándolos. Naturalmente que estas prohibiciones y mandatos no se establecen porque sí, sino por la nocividad de su alternativa. Se prohíbe matar porque matar es lesivo, y esa lesividad la expresamos a través del bien menoscabado por la conducta prohibida. Se prohíbe matar porque matar lesiona la vida, que es así el bien jurídico protegido por la norma.

La función del Derecho Penal es así la protección de bienes, que por ello o porque ya estuvieran protegidos de otra forma por el ordenamiento jurídico son bienes jurídicos. La pregunta sería ahora por la de qué bienes puede o debe proteger el Derecho Penal. Esa pregunta no puede responderse sin acudir al criterio de justicia, de legitimidad, que inspira el ordenamiento. Si se trata de un ordenamiento democrático se protegerán bienes coherentes con tal modelo de convivencia. Por de pronto, tales bienes los decidirán los representantes del pueblo, el Parlamento, que a su vez quedará sujeto a la coherencia con los valores y bienes constitucionales. Un Parlamento democrático no puede proteger el honor de las personas a costa de la libertad de expresión en materias de interés público; o no puede proteger solo la vida de ciertas personas; o no puede proteger la pureza de la raza prohibiendo los matrimonios interraciales; o no puede castigar la homosexualidad o las prácticas homosexuales. Este tipo de problemas se estudiará en el principio de lesividad, que modernamente se ubica dentro del principio de proporcionalidad penal.

Los bienes jurídicos pueden aparecer en la vida real de las más diferentes formas (H. Welzel): como objeto psicofísico (la vida, la integridad física), o espiritual-ideal (el honor), o como estado real (la paz del hogar), o como relación social (el matrimonio), o como relación jurídica (la propiedad), o como conducta de un tercero (deber de fidelidad del funcionario público, protegido frente al cohecho). La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho. Es necesario advertir que el bien jurídico es algo objetivo que reside en las cosas. No es el ordenamiento jurídico quien crea los intereses sino la vida. La tutela jurídica transforma los intereses de la vida en intereses jurídicamente protegidos y, así, en bienes jurídicos (Rodríguez Mourullo).

¿Para qué más sirve el Derecho Penal? Lo mejor quizás para responder a esta pregunta sea el pensar qué sucedería si no existiera el Derecho Penal. Qué pasaría por ejemplo si no se castigaran las agresiones sexuales. El primer efecto, ya lo sabemos, sería que se producirían más agresiones y que el bien jurídico «libertad sexual» estaría más desprotegido. Esta desprotección provocaría al menos dos nuevos efectos nocivos. El primero sería el de que las víctimas, ante la falta de respuesta estatal, tratarían de tomarse la justicia por su mano. Y también podría suceder que los órganos de poder, ante la falta de un recurso racional y formalizado como el Derecho Penal, reaccionaran arbitrariamente, castigando espontáneamente a los que atentan contra los bienes de otros. De ahí que podamos apreciar que el Derecho Penal, con su función protectora formalizada, sirve para eliminar la venganza privada, las reacciones violentas informales por parte de la sociedad, y para hacer limitada y previsible la reacción estatal ante las conductas gravemente disvaliosas de los ciudadanos.

Por seguir con nuestro ejemplo, la impunidad de las agresiones sexuales provocaría además alarma social

con cada una de ellas e inseguridad en las relaciones sociales en las que pudiera estar implicada la libertad sexual (los ciudadanos y, en este caso, sobre todo las ciudadanas tomarían severas prevenciones en sus contactos sociales). Un benéfico y perseguido fin del Derecho Penal es tanto calmar la alarma social que generaría la desprotección de ciertos bienes, la debilidad de ciertas prohibiciones éticas esenciales, como posibilitar seguridad en el disfrute de los bienes jurídicos. Un delito, un hecho gravemente disvalioso, genera siempre alarma y preocupación. Esta alarma es sin embargo menor si se sabe que el hecho estaba radicalmente prohibido, que el delincuente está siendo perseguido con medios abundantes por el poder público, y que es probable que sea detenido y condenado, y que todo ello sirve para la prevención de conductas similares. La alarma es menor si los ciudadanos saben que la norma que prohíbe las violaciones sigue de facto en vigor. El Derecho Penal tiene en este sentido un efecto tranquilizador, de pacificación social, de consolidación de las esenciales expectativas normativas (Jakobs).

Una cuestión cercana pero distinta a la de la función del Derecho Penal es la de la función de la pena como instrumento del Derecho Penal: la cuestión de cómo consigue la pena que no se produzcan las conductas prohibidas –o de que se produzcan las mandadas por la norma penal– y de que por lo tanto pueda el Derecho Penal alcanzar su finalidad de protección de bienes jurídicos.

Aunque esta cuestión será extensamente tratada en la lección 7, debe ahora apuntarse que la pena funciona como el contenido de una amenaza condicional: se anuncia un mal (la pena) que recaerá sobre el sujeto que quiebre la prohibición penal (que cometa el delito). Se persigue con ello intimidar a los destinatarios de la norma para evitar que delincan. A este efecto de prevención de la pena se le llama prevención general negativa. Esta amenaza sirve también para consolidar la opción de los ciudadanos que mayoritariamente piensan que lo justo y razonable es abstenerse de delinquir (prevención general positiva).

Junto a estos efectos generales de la pena, hacia todos los ciudadanos, están los que despliega especialmente la pena hacia el sujeto que ya ha delinquido cuando se le impone la misma: el efecto intimidatorio sobre él será peculiar, y, si se trata de una pena de prisión, procurará durante su cumplimiento un estrecho control sobre el mismo (prevención especial negativa). Más allá de este control deberá hacersele al preso una propuesta de diálogo y de formación dirigidas a su resocialización (art. 25.2 CE; prevención especial positiva).

Beccaria, C., De los delitos y de las penas, 1764

Fin de las penas

Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

F.V. LISZT, *La idea de fin en Derecho penal* (1883)

La pena es originariamente, o sea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y

no intencional ni determinada por la representación de un fin. La experiencia lleva a la conclusión del carácter finalista de la pena. A través de la idea de fin, la pena gana objetivo y medida, y se desarrollan, tanto el *presupuesto* de la pena (delito), como su *contenido* y su *ámbito* (el sistema de penas); bajo el predominio de la idea de fin, la violencia punitiva se convierte en Derecho penal. (...)

La pena es coerción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, lesionando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad se encontrará corporeizada. Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen a ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos.

MIR PUIG, S. “Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito”, Editorial Reppertor, 2019.

Las tesis de la retribución.

La concepción más tradicional de la pena reclama para ella la función de retribución exigida por la Justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas.

- A) Desde el punto de vista religioso, el cristianismo -como otras religiones- ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena. Así el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal contenía el siguiente pasaje: “Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer”. Se parte de que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena.
- B) La fundamentación ética de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant. Como según este autor el hombre es un “fin en sí mismo” que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Solo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: la Ley penal se presenta como un “imperativo categórico”, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitarista como la protección de la sociedad u otras. (...) Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según esta, la pena ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad.
- C) Más jurídica es la fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel. Para éste el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de reestablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. (...)

El hecho de que las teorías absolutas no hayan encontrado apenas acogida en el Derecho penal ni en la doctrina penal, se debe a que la función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización de la justicia absoluta sobre la tierra. Esta tarea se considera hoy un cometido moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la ética o la religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. No se admiten ya -en nuestro ámbito de la cultura- las premisas del estado teocrático, en el que sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumentos de castigo del mal. En un Estado democrático las sentencias no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, y el Derecho solo puede justificarse como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses.

PÉREZ MANZANO, M. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia, InDret, 2011(disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/818.pdf>)

El Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que pretende resolver el conflicto social generado por la comisión de delitos, protegiendo los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social frente a los ataques más intolerables, utilizando para ello la restricción de la libertad ambulatoria, o la restricción de otros bienes o derechos, precisamente de aquel ciudadano que con su conducta delictiva ha alterado la paz social y lesionado los derechos de los demás. El Derecho penal protege la libertad de todos los ciudadanos en la vida social restringiendo la libertad; de un lado, restringe la libertad general de actuación, pues mediante la prohibición de conductas acota el marco jurídicamente posible de actuación libre –libre de consecuencias jurídicas negativas para quien las realiza-; y, de otro, restringe la libertad de los culpables de los delitos, al afectar la pena a su libertad ambulatoria o a otros derechos. Es por ello, porque en el Derecho penal anda en juego la libertad –la que protegemos y la que restringimos- por lo que la cuestión de si el Derecho penal debe utilizar una estrategia preventiva o retributiva en la lucha contra el delito no puede resolverse apelando sólo a los conocimientos científicos, que, por esencia, no aportan sino datos susceptibles de ser ponderados desde una perspectiva valorativa. (...)

Hay dos formas de entender la prevención general. De un lado, la que se denomina prevención general negativa y que se corresponde con la idea clásica de intimidación, coacción psicológica o disuasión. Conforme a ella, la evitación de los delitos se alcanza mediante el efecto intimidatorio que la amenaza de pena tiene en los ciudadanos. La explicación del efecto preventivo se formula, en esta primera opción, poniendo en conexión el efecto que la pena como intimidación tiene en el proceso deliberativo y de actuación del individuo. De otro lado, la prevención general positiva explica el efecto atendiendo a la relación de la conducta humana con el contenido de la propia norma penal que prohíbe la comisión de delitos y con el mecanismo de interacción o comunicación social. Conforme a la prevención general positiva que los ciudadanos no delincan no depende tanto, o no solo, del temor al castigo –intimidación- como de que consideren justo el contenido de la norma, que se sientan motivados valorativamente a su respeto, o de que, con independencia del juicio que les merezca el contenido de la regla de conducta que impone, el Derecho penal funcione como mecanismo generador y estabilizador de expectativas de conducta, de manera que la imposición de la pena constituye un acto de reafirmación del ordenamiento jurídico. (...)

La tesis defendida se sitúa en el marco de las teorías mixtas de la pena, que parten de que el objetivo del Derecho penal es la prevención de los delitos, pero que sostienen que este objetivo sólo se debe alcanzar a través del marco precisado por la pena adecuada a la culpabilidad y a las necesidades de tratamiento preventivo especial del delincuente...”.

Fetua, dictada por el difunto Sheikh ‘Abdulaziz bin ‘Abdullah bin Baz, gran muftí del reino de Arabia Saudí y jefe del Consejo Superior de Ulemas:

No cabe duda de que tal cosa [conducir] no está permitida. El que la mujer conduzca acarrea muchos males y consecuencias negativas, como por ejemplo que se mezcle con hombres estando desprevvenida. También origina los funestos pecados debido a los cuales esto está prohibido. La Ley Pura prohíbe los actos que conducen a actos prohibidos y considera que estos actos intermedios deben también prohibirse. Alá ordenó a las esposas del Profeta (La Paz sea con Él) y a las esposas de los creyentes que permanecieran en sus hogares, vistieran la hiyab (pañuelo o velo para la cabeza); y no mostraran sus encantos a hombres que no sean familiares con los que no se pueden casar (mahram), pues esto conduce a la promiscuidad, plaga de la sociedad.

VÉASE:

<https://www.bbc.com/mundo/articles/c8rxm57gk4yo>

Qué está prohibido para mujeres y hombres con las nuevas y estrictas normas impuestas en Afganistán por el Ministerio de la Moral del Talibán



MINISTERIO DE JUSTICIA

DECRETO de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944», según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

A d u l t e r i o

Art. 449. El adulterio será castigado con la pena de prisión menor.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 450. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado.

LEY DE 15 DE JULIO DE 1954 por la que se modifican los artículos 2.º y 6.º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933.

La producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española, justifican la adopción de medidas para evitar su difusión.

«Artículo séptimo.—Número segundo.—A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes:

- a) Internado en un establecimiento de trabajo o Colonia Agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás.
- b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio.
- c) Sumisión a la vigilancia de los Delegados.»

Para entender esto último, escuche episodio 1x15 del podcast Damos Pena, hasta minuto 6'24".

MATERIAL PARA FORO II

LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL COMO EXIGENCIA DEL ESTADO SOCIAL: EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS E INTERVENCIÓN MÍNIMA

LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), Manual de Introducción al Derecho penal, BOE, 2019

Así, por ejemplo, si se parte de que el bien jurídico del delito de exhibición obscena frente a menores o incapaces (art. 185 CP) es la indemnidad sexual, cabe interpretar que la mera exhibición de un cuerpo desnudo frente a un menor (por ejemplo, en la playa), sin que la persona en cuestión esté inmersa en una actividad de carácter sexual, no es delictiva (no es «obscena» en el sentido del tipo), pues la mera contemplación de un desnudo no puede afectar negativamente a las posibilidades de desarrollo futuro de la sexualidad del menor («indemnidad sexual»).

Puede decirse que el denominador mínimo común del concepto de bien jurídico está en que debe tratarse de una realidad social relevante cuya lesión constituya el delito. (...) El bien jurídico, en cuanto valor adscrito por el ordenamiento jurídico a una determinada realidad social, no es idéntico con el objeto material del comportamiento delictivo. De hecho, los bienes jurídicos que están detrás de las distintas infracciones criminales pueden mostrar características muy diversas: por un lado, pueden coincidir con los objetos materiales concretamente afectados por la conducta típica (como en el caso de la vida o la salud humanas, bienes jurídicos de los delitos de homicidio y lesiones [arts. 138 y ss. y 147 y ss. CP]), referirse a una relación (jurídica) ideal (como es el caso de la propiedad, protegida por el delito de hurto [art. 234 CP]) o a valores institucionales como el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (bien jurídico del delito de prevaricación [dictar resolución injusta a sabiendas] judicial [art. 446 CP]).

Conforme a estas definiciones mayoritarias, entonces, bienes jurídicos pueden ser tanto realidades sociales de carácter individual como la vida, la salud y la propiedad, cuya protección, como es evidente, resulta indispensable para el mantenimiento del orden social. Sin embargo, también son bienes jurídicos aquellas otras «condiciones de la vida social» que no pueden atribuirse a un ciudadano concreto, sino que son elementos colectivos, del propio sistema social, que garantizan su subsistencia: el correcto funcionamiento de la Administración pública o de Justicia (atacado por delitos como el cohecho [arts. 419 y ss. CP] o la prevaricación judicial, respectivamente). Una sociedad moderna no puede funcionar si los miembros de la Administración son venales o los tribunales dictan sentencias contrarias a Derecho a sabiendas.

Campos de tensión

El denominador común de los problemas con los que se encuentra –sobre todo, en los últimos tiempos– la concepción de la exclusiva protección de bienes jurídicos está en que su alcance concreto se desdibuja, se espiritualiza, poniendo en riesgo, por esa indeterminación, su capacidad para cumplir la función de ser una medida crítica con la que examinar la legislación penal positiva. A continuación se examinan los campos más importantes en los que este fenómeno se manifiesta; como se verá, las respectivas problemáticas se solapan, presentando el mismo problema de la falta de concreción desde distintas perspectivas (...) La lógica de la separación de Derecho y moral también se extiende a concepciones exclusivamente morales sin contenido religioso, a lo que cabe denominar moral social: se afirma que la mera infracción de normas sociales de (exclusivo) carácter moral no puede considerarse lesión de un bien jurídico. El ejemplo aducido en este contexto con mayor frecuencia por los partidarios de la teoría del bien

jurídico está en la moral sexual colectiva, cuya protección se ha ido sustituyendo en las décadas pasadas por la de la autodeterminación sexual de los ciudadanos individuales. Sin embargo, siempre existe la tendencia a recurrir al Derecho Penal para marcar esa moral colectiva, más allá de la lesión de intereses concretos: así, por ejemplo, precisamente en este ámbito se pena, desde la LO 1/2015, la tenencia o el mero acceso a «pornografía infantil virtual» (art. 189.5 CP), es decir, poseer o ver imágenes artificiales (generadas por medios informáticos) en las que se represente a personas menores de 18 años en un contexto sexual, obviamente, sin que nadie haya sido abusado para la producción de ese material. La problemática de la falta de determinación –de falta de conexión con un interés social aprehensible– del concepto de bien jurídico se manifiesta no solo en relación con valores morales, sino con otros elementos colectivos que tienen que ver con la comunicación política en una determinada sociedad.

En este contexto, se plantea hasta qué punto hay un bien jurídico –y, por lo tanto, existe una criminalización legítima– en delitos que implican determinadas manifestaciones que afectan –como cabe formular– a sentimientos colectivos. Así, cabe preguntar ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito de provocación al odio hacia determinados grupos de población (art. 510 CP), o en el delito de justificación de los delitos de genocidio (art. 607.2 CP) o de exaltación del terrorismo (art. 578 CP)? Si se parte de que ni los animales ni los muertos son titulares de derechos (y, de momento, aun habiendo alguna resolución judicial que reconoce cierto estatus de personalidad a primates en varias jurisdicciones, esto es así: los animales –ya– no son cosas, pero aún no sujetos de Derecho) ¿qué bien jurídico queda protegido por el delito de maltrato de animales (art. 337 CP) o el de profanación de cadáveres (art. 526 CP)?

B) Para evaluar críticamente esta clase de delitos, Hassemer ha elaborado el concepto de «Derecho Penal simbólico»: no existiría en estos casos un verdadero bien jurídico protegido, sino una utilización meramente simbólica, y por ello, ilegítima del ordenamiento penal.

C) Otro modo de plantear la problemática que generan estas infracciones –más allá de las características del Derecho Penal simbólico–, es inquirir si no podría tratarse, en este ámbito, de la protección de sentimientos colectivos en cuanto bienes jurídicos (cuestión analizada últimamente sobre todo por Hörnle). Desde esta perspectiva, en la base del delito de maltrato de animales estaría la protección del sentimiento de compasión hacia los animales, en el de profanación de cadáveres, del sentimiento de piedad hacia los muertos, o en los delitos de manifestación de opiniones discriminatorias o de ensalzamiento de delitos terroristas, la protección del sentimiento social de rechazo hacia las ideologías que están en la base de esas conductas.

Von Feuerbach P. J. A., *La ley penal y su aplicación* (1801) [Versión traducida de Pacífico editores. 2015]

De la precedente deducción se derivan los principios primeros del derecho punitivo: toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible.

De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, solo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.

Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, Thomson Reuters-Civitas, 2008

Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (...)

1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos. Son inadmisibles. Por tanto, no se puede p. ej., exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Gessler o a otro símbolo cualquiera: pues ello no sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.
2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos. Así, p. ej., el mantenimiento de la pureza de la sangre alemana, en el que se basó la prohibición nacionalsocialista de la llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí descrito. Pero lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables.
3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Por ello deben quedar impunes. Así, por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, solo restringe la libertad del individuo, pero además no es solo superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas.

MIR PUIG, S. “Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito”, Editorial Reppertor, 2019.

Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal

El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de “máxima utilidad posible” para las posibles víctimas debe combinarse con el de “mínimo sufrimiento necesario” para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entre en juego así el “principio de subsidiariedad”, según el cual el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado “carácter fragmentario del Derecho penal” constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado “principio de intervención mínima”.

A) Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una *ultima ratio*. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así civiles (...) y administrativas (...). Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil “huida al Derecho penal”...

B) Un segundo principio derivado de la limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del “carácter fragmentario del Derecho penal”. Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas (...).

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia merecen la protección del derecho se denominan “bienes jurídicos”. Se dice entonces que el Derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos (...). Relacionado con la distinción de Moral y Derecho, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que

no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales -esto es, solamente morales, lo que no impide que los bienes jurídicos puedan ser también morales, pero exige que tengan algo más que los haga merecedores de protección jurídico-penal. El problema es determinar con mayor precisión este punto de partida, único modo de que pueda tener alguna utilidad limitadora del *Ius Puniendi*.

Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. (...) El Derecho penal de un Estado social no ha de ocuparse de respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social. El postulado de que las condiciones sociales a proteger deban servir de base a la posibilidad de participación de individuos en el sistema social, puede fundarse en el Estado democrático.

MINISTERIO DE JUSTICIA

DECRETO de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944», según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

CAPITULO VII

De las blasfemias

Art. 239. El que blasfemare por escrito y con publicidad, o con palabras o actos que produzcan grave escándalo público, será castigado con arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Escuche episodio 1x08 del podcast Damos Pena, 1' 18" a 7'12"

Escuche episodio 1x11 del podcast Damos Pena, 1'31" a 5'36"

Escuche episodio 1x07 del podcast Damos Pena, 1'30" a 6'40"

Sentencia del Tribunal Supremo 185/2023, de 15 de marzo:

“De esta manera, las lesiones a los bienes jurídicos tendrían una primera respuesta con la aplicación de otros instrumentos de control social, u otras ramas del ordenamiento jurídico, reservando la utilización del derecho penal, únicamente, a los supuestos más graves, graduando la respuesta sancionadora en virtud de una mínima intervención respecto de la justificación de la tipicidad penal. Pero esto no lo eleva a la categoría de principio de aplicación del derecho penal. Se trata de un criterio de política criminal dirigido

al legislador para que a la hora de redactar los tipos penales tenga en cuenta que la gravedad de la lesión puede ser graduada y reservar la actuación del sistema penal para aquellas lesiones más graves al bien jurídico, pero ello no supone que pueda ser convertido en un principio de la aplicación del derecho penal. (...) En definitiva, la aplicación de un criterio de atipicidad en aplicación del principio por el que pretende afirmarse que el legislador no puede castigar como delito conductas que no supongan la afectación de algún bien jurídico confunde este principio con el de lesividad, conforme al cual, el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, pero no todos ni frente a cualquier ataque, pues el derecho penal es subsidiario y fragmentario, de manera que solo debe proteger los más esenciales y frente a los ataques más intolerables. El principio de intervención mínima constituye un programa de política criminal y no un criterio de aplicación de la norma penal, y como tal va dirigido a la fuente generadora de los tipos penales, es decir al legislador, para que a la hora de la tipicidad de conductas observe el valor del bien jurídico y la intensidad del ataque para proporcionar la respuesta contenida en los códigos penales.

La jurisprudencia de esta Sala se ha expresado en estos términos. Así la Sentencia 1068/2004, de 29 de septiembre, señalaba que el principio de intervención mínima explica que el de control penal solo puede actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo.

El derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias al bien jurídico, sino tan solo las modalidades de agresión más peligrosas.

Es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias al bien jurídico, sino tan solo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, recordando que es un principio dirigido al legislador y no al aplicador del derecho que debe sujetarse al principio de legalidad su contenido es explicativo de la política criminal y da la explicación de los tipos penales”.

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO - Por un Código penal para todos -3 DE MARZO DE 2015

Que las leyes penales sean de todos y para todos es tanto una vieja reivindicación del ideario democrático como una condición de eficiencia. Las leyes penales no pueden prevenir delitos si no responden a convicciones socialmente aceptadas y no sintonizan con valores y principios en torno a los que se construyen modelos de convivencia. Serán leyes ineficaces, además de carentes de legitimidad.

Puede decirse, pues, que allí donde se impone un sistema penal alejado de los parámetros y objetivos constitucionales –que son los que integran el núcleo político, santo y seña de una colectividad, más allá de las convulsiones epidémicas e interesadas, provocadas por medios de comunicación indecentes en su vulgaridad- falta pulso democrático. La norma penal que contradice los valores constitucionales puede ser herramienta amenazadora, incluso intimidante. Pero no es Derecho. En ella no hay Derecho. Tampoco, en pura coherencia democrática, hay derecho al ejercicio estatal del ius puniendi en forma tal que entre en constante colisión con el marco constitucional al que debe servir y en el que encuentra su fuente básica de legitimación.

El Grupo de Estudios de Política Criminal ha convocado, para el día 4 de marzo, una jornada de actividades que responden al lema “No hay derecho. Por un Código Penal de todos”. Más de una veintena de universidades celebrarán debates en torno a la reforma penal, abocada a un Código que no será de todos. Ni será Derecho, en el sentido de traducción positivizada de una política criminal que responda a la voluntad general.

El nuevo Código Penal no reflejará estrategias político-criminales surgidas del debate democrático. No puede ser democrático un conjunto de decisiones que, en la inmensa mayoría de los casos, han contado con la oposición de todos los partidos del arco parlamentario, excepto, claro está, uno. El mayoritario.

Pero lo grave no es la inviabilidad del adjetivo. Ni siquiera puede afirmarse el sustantivo: es que no hay debate (...).

(Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/opinion/juan-m-terrabillos-basoco/codigo-penal-todos/20150303105747113182.html>)

El juez procesa a Willy Toledo por sus insultos a Dios y a la Virgen María

Los hechos se remontan a 2017, cuando el actor criticó la apertura de un juicio oral por la celebración de una procesión en Sevilla que había sido bautizada como el 'Santísimo Coño Insumiso'



Art. 525 CP: “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

El Supremo fija en 2.000 euros de multa por cortar la bandera de España en Catalunya



- El alto tribunal condena a tres personas por un delito de ultraje a la bandera en la plaza de la Universidad Autònoma de Barcelona al ser un acto de "intolerancia violenta"



Art. 543 CP: “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”

Vid.: Rapear no es terrorismo. Amnistía Internacional España:
<https://www.youtube.com/watch?v=2p4oD1P9u2g>

Vid. “Los 13 tuits que han costado un año de cárcel a una joven de 21 años”:
https://verne.elpais.com/verne/2017/03/29/articulo/1490791071_349381.html

Art. 578 CP: “El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

EXTRA:

Véase: https://www.youtube.com/watch?v=WC8V_OhwKZQ

Conferencia: Aporofobia y plutofilia en el Derecho penal democrático (Desde minuto 8 hasta 1h 12')

MATERIAL PARA FORO III

RESOCIALIZACIÓN, HUMANIDAD DE LAS PENAS Y PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

¿Hay que abolir la pena de prisión permanente revisable? Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. 2018

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=W77i3FrcJDo>

Nota de prensa: El Tribunal Constitucional avala la prisión permanente revisable. Europa Press

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PvclTN32K0I>

Disponible en la carpeta del Campus Virtual:

- Sentencia 169/2021, de 6 de octubre de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 3866-2015. Interpuesto por más de cincuenta diputados en relación con diversos apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Prohibición de penas inhumanas o degradantes; derechos a la libertad personal en conexión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, y a la legalidad penal; mandato de resocialización de las penas: constitucionalidad de la regulación legal de la prisión permanente revisable. Votos particulares.

-Columna El Mundo, prof. Dr. Gimbernat Ordeig. “Contra la prisión permanente revisable”.

-Conflegal. Por qué estoy a favor de la prisión permanente revisable. Ricardo Rodríguez.

-Blog Hay Derecho. Entrada: Prisión permanente revisable: una visión a favor. Fernández Codina.

-Portal Noticias Jurídicas. La prisión permanente revisable. Abogada Martín Álvarez.

-**Extra.** Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. En “Contra la cadena perpetua”. Coord. Rodríguez Yagüe. Pp. 17-82.

Extra: Programa 75 Minutos: A las puertas de la cárcel

Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wu6GuXoPAm4&t=2685s>
