



ANEXO DE LECTURAS

CURSO

**“PROBLEMAS DE LEGITIMACION DEL
DERECHO PENAL Y ESTADO DE LA CUESTION
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA”**

UNIDAD I: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

LOPERA MEZA, Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, pp. 269-306.

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional

Miguel Carbonell,
Editor



Dr. Gustavo Jalkh Röben
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929
Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

ISBN: 978-9978-92-686-4
Derecho de autor: 030134
Miguel Carbonell, *Editor*
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008
1ra. edición: diciembre 2008

Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*

Gloria Patricia Lopera Mesa

Universidad Eafit (Medellín, Colombia)

La vinculación del legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en seña de identidad de los estados constitucionales democráticos. Posiblemente sería un diseño institucional sin fisuras, destinado a consumir la secular aspiración de someter la política al derecho, si no fuese por la falta de objetividad que aqueja la interpretación de los derechos fundamentales, la que a su vez torna incierto el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Parlamento. Lo anterior ha llevado a cuestionar que la última palabra en la disputa sobre el alcance de los derechos se deposite en un órgano carente de legitimidad democrática. Con todo, nuestra cultura jurídica no parece dispuesta a renunciar al control de constitucionalidad de las leyes, por lo cual, más que debatir sobre su abandono o conservación, en la actualidad los esfuerzos del constitucionalismo se orientan a establecer los límites de la competencia revisora del Tribunal Constitucional y a proponer, de la mano de las teorías de la argumentación, criterios que permitan someter sus decisiones a un control racional, en un intento de cerrar la brecha que para el Estado

* Una versión previa de este trabajo ha sido publicada en *Jueces para la Democracia*, 53, 2005. La investigación que ha dado lugar a este trabajo ha contado con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional y la Universidad Eafit.

de Derecho representa este excedente de discrecionalidad en manos del juez constitucional¹.

En este contexto se sitúa la reflexión sobre el principio de proporcionalidad, instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del legislador. El objetivo de este trabajo es examinar las peculiaridades que presenta dicha estructura argumentativa cuando se aplica al control de constitucionalidad de un tipo específico de intervención en derechos fundamentales, como es la que tiene lugar mediante la definición legislativa de delitos y penas. Para ello intentaré ofrecer una respuesta a las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué función desempeña el principio de proporcionalidad en la argumentación que efectúa el Tribunal Constitucional cuando se ocupa del control de constitucionalidad de las leyes?
2. ¿Qué exigencias específicas incorpora el principio de proporcionalidad cuando se emplea en el control de constitucionalidad de las leyes penales?
3. ¿Existen diferencias entre el juicio de validez y el juicio acerca de la legitimidad externa de una ley penal, incluso si para efectuar ambos se emplea el principio de proporcionalidad?
4. ¿Qué intensidad debe tener el control de constitucionalidad de las intervenciones penales del legislador?

1. El principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional

La imagen más simple del control de constitucionalidad de las leyes es la de un juicio en el que se comparan dos normas —ley y constitución— que, en

1 Riccardo Guastini habla de la “incompletud (*incompletezza*) del Estado de Derecho” para referirse a la desvinculación de los jueces respecto al principio de legalidad que se experimenta en el estado constitucional como efecto de su vinculación preferente a la constitución. Vid. “Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico”, en Montanari, B. (comp.), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Turín, Giapichelli, 1992, pág. 177.

caso de ser detectada una incompatibilidad entre ellas, se resuelve mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias. Pero en la mayoría de los casos esta imagen tan simple no se corresponde con el razonamiento más complejo que debe efectuar el Tribunal Constitucional cuando revisa la constitucionalidad de las leyes. Mayor complejidad que obedece al menos a dos razones: en primer lugar, a la *indeterminación* de los contenidos materiales de la constitución, la cual dificulta establecer aquello que la constitución ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir, como ocurre por ejemplo con la disposición que consagra el derecho a la vida (art. 15 C.E.), de la cual no se deduce, por sí misma, si tal derecho comprende sólo una dimensión positiva (derecho a conservar la propia vida) o también una dimensión negativa que ampare el derecho a decidir la propia muerte y establezca el correlativo deber estatal de no imponer alimentación forzada a reclusos en huelga de hambre². Empleando una expresión de Moreso, cabría decir entonces que, debido a esta indeterminación, en buena parte de los supuestos que debe decidir el Tribunal “*la constitución habla con voz incierta*”³. En segundo lugar, la complejidad del razonamiento que involucra el juicio de constitucionalidad de las leyes obedece al hecho de que la propia constitución suministra orientaciones normativas incompatibles entre sí, pues contiene preceptos susceptibles de entrar en colisión ya sea en abstracto o con ocasión de un caso concreto, como ocurre en los típicos casos de conflicto entre libertad de expresión (art. 20.1.a C.E.) y derecho al honor (art. 18.1 C.E.) o entre igualdad formal e igualdad sustancial (arts. 14 y 9.2 C.E.). En estos casos la dificultad reside en que “*la constitución habla con muchas voces*”⁴.

En estos supuestos, los llamados “casos difíciles”, el quid del control de constitucionalidad reside en determinar cuál es, en definitiva, la calificación

2 Cuestión debatida en la STC 120/1990, (Huelga de hambre presos GRAPO), en la que el Tribunal opta por una respuesta negativa al sostener que “(n)o es posible admitir que la Constitución garantiza en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente” (F.J. 7).

3 José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 87.

4 *Ibid.*, pág. 108.

deóntica que la constitución asigna a la decisión legislativa enjuiciada, si ordenada, prohibida o permitida. Pero dentro de este universo de casos difíciles me voy a centrar sólo en los *casos difíciles de derecho fundamental*, esto es, aquellos que se suscitan a propósito del control de normas que afectan algún contenido protegido, al menos *prima facie*, por normas de derecho fundamental, y, por tanto, cuentan con una razón en contra de su constitucionalidad, pero en los cuales también es posible aducir otros argumentos a favor de la misma, como, por ejemplo, el que la norma en cuestión se oriente a la salvaguarda de otros derechos o bienes jurídicos dotados de protección constitucional.

Para resolver este tipo de colisiones los Tribunales Constitucionales suelen emplear una estructura argumentativa que se conoce como el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa⁵.

Esta estructura de argumentación no hace sino condensar exigencias básicas de racionalidad medios-fines y, en general, plasmar criterios de justificación de la actividad estatal cercanos a una ética consecuencialista. Así, en virtud del subprincipio de idoneidad sólo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto. Con el subprincipio de necesidad, por su parte, se quiere poner freno a la tendencia a emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la interven-

5 Entre la bibliografía reciente sobre el principio de proporcionalidad cabe la pena destacar los trabajos de Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Markus González Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

ción del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad.

Aunque no puede afirmarse que se trata de la única estructura de argumentación útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales⁶, sí constituye la más satisfactoria de la que hasta ahora se dispone, pues es la que posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, lo que a su vez contribuye, si se emplea bien, a dotar de mayor racionalidad las decisiones del Tribunal, no porque elimine la inevitable discrecionalidad que depara la determinación del contenido definitivo de los derechos fundamentales en los casos difíciles, sino porque, al acotar y hacer explícitas tales valoraciones, obliga al Tribunal a dar buenas razones que respalden sus elecciones valorativas.

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una *estructura argumentativa* que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales⁷.

Paso entonces a examinar las exigencias específicas que incorpora dicha herramienta argumentativa cuando se proyecta sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales.

6 Para una estructura de argumentación distinta, vid. José Juan Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en *Constitución y derechos fundamentales*, J. Betegón / F. Laporta / J. R. de Páramo / L. Prieto (coords.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Ministerio de la Presidencia, 2004, págs. 473-489.

7 Un desarrollo más amplio de esta idea puede verse en Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 97 y ss; Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006 (en prensa), capítulo 1, II, 2.

2. Principio de proporcionalidad y control constitucional de leyes penales

2.1. Presupuestos

Si, como se ha dicho, el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero será verificar la existencia de dicha colisión en el caso a decidir. Para ello es preciso, en primer lugar, determinar cuáles son los *derechos fundamentales prima facie afectados por la ley penal*, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante la definición de la clase y cuantía de pena establecida en la norma de sanción. Tomando como ejemplo el artículo 380 del C.P., que tipifica como delito la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, se tiene que, a través de la obligación de someterse a dichas pruebas establecida en la norma de conducta, se afecta una posición *prima facie* comprendida dentro del derecho a no declarar contra sí mismo. Por su parte, a través de la norma de sanción (prisión de 6 meses a un año), se establece una intervención no sólo la libertad personal, sino en todos los demás derechos que se ven afectados por el régimen de ejecución de la pena de prisión. Adicionalmente, toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento, pues las penas son vistas como el castigo que la sociedad reserva a los hechos más graves, y su imposición conlleva un juicio de reproche ético que, desde el punto de vista iusfundamental, se traduce en una afectación en el honor de la persona sobre la que recae.

El segundo término de la colisión se establece cuando se examina la *legitimidad constitucional* del fin perseguido con la intervención penal. Para ello es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo que sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie* cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el ordenamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines.

Así, por ejemplo, cabría pensar que existe una prohibición definitiva de perseguir a través del derecho penal fines tales como impedir a los españoles entrar o salir del país por motivos ideológicos, asegurar la afiliación obligatoria a sindicatos, imponer determinados modelos de virtud (legislación perfeccionista) o proteger intereses basados en criterios de discriminación prohibidos.

2.2. Subprincipios de la proporcionalidad

2.2.1. Idoneidad

El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue. Se entenderá que tal es el caso cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención; por el contrario, la medida se reputará carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido⁸.

2.2.1.1. Idoneidad de la norma de conducta

El contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal: en el primer caso es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues sólo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico. Por esta vía, el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del *principio de lesividad*, entre las cuales se sitúa, en primer lugar, *la exterioridad de la acción típica*, condi-

8 Vid. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976, pág. 193; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 724.

ción necesaria para verificar el vínculo que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico. Conforme a este criterio, la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un *peligro abstracto* para el bien jurídico que fundamenta la intervención.

El margen de control de que dispone el Tribunal en el juicio de idoneidad es bastante reducido, limitándose, en el caso de la norma de conducta, a verificar que el pronóstico de peligrosidad que efectúa el legislador al momento de tipificar la conducta encuentra respaldo en reglas de experiencia y en el conocimiento disponible y, a lo sumo, a utilizar la técnica de las sentencias interpretativas para declarar la idoneidad de la norma de conducta a condición de que se entienda que la misma incorpora como requisito de tipicidad de la acción la verificación de que concurren las condiciones necesarias para que su realización represente un peligro para el bien jurídico, atendiendo al contexto causal en el que se desenvuelve la acción (p. ej. en el delito del porte de armas exigir como condición de tipicidad que el arma esté cargada; en el delito de conducción bajo el efecto de bebidas embriagantes exigir como condición de tipicidad que la persona conduzca por una vía por la que circulen otros vehículos u otros peatones)⁹.

9 Como explica Daniel González Lagier, la noción de *contexto causal* se refiere al conjunto de circunstancias adicionales que deben concurrir para que un determinado fenómeno, percibido como *causa* de otro, desencadene el resultado previsto. Así, en el ejemplo que propone este autor, consideramos que raspar una cerilla es la “causa” de que se encienda, pero ello sólo ocurre porque se dan otras condiciones tales como la presencia de oxígeno, que la cerilla no esté mojada, etc., todas las cuales conforman el “contexto causal” sin el cual no se produciría el efecto esperado. “Sobre el concepto de causa. Un análisis de los aspectos causales en el ‘caso de la colza’ desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia”, *Poder Judicial*, 33, 1994, págs. 83-103, aquí pág. 100. En el caso de los delitos de peligro abstracto se trata de comprobar si, en el caso concreto, concurría o no ese conjunto de circunstancias —el “contexto causal”— sin las cuales la mera realización de la conducta no podría desencadenar un peligro para el bien jurídico. Tal exigencia de acreditar la peligrosidad *ex ante* de la conducta en el caso concreto supone una reinterpretación de todos los delitos de peli-

2.2.1.2. Idoneidad de la norma de sanción

Por su parte, cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de idoneidad exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Se trata pues de examinar la *eficacia preventiva* que despliega la norma enjuiciada. En esta sede, el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concentrarse en la verificación de los efectos preventivo generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidatoria) o positiva (integradora), ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta. La única exigencia de prevención especial que cobra relevancia en sede de control abstracto es la derivada del mandato constitucional de resocialización, el cual, interpretado en clave negativa, conduce a excluir del conjunto de los medios penales idóneos todas aquellas sanciones abiertamente desocializadoras, como es el caso de la prisión perpetua o de penas privativas de libertad que en la práctica produzcan el mismo efecto, teniendo en cuenta su duración y la esperanza promedio de vida de la sociedad en que se imponen.

También aquí el margen de control del que dispone el Tribunal es bastante reducido, debido a las dificultades para desvirtuar por completo la eficacia preventiva de las conminaciones penales. Creo que sólo es posible fundamentar declaración de inconstitucionalidad, por falta de idoneidad, de las normas penales de sanción cuando concurren dos condiciones: 1) que el legislador no logre respaldar, con base en premisas empíricas avaladas por el conocimiento técnico y científico disponible, que su intervención puede contribuir a la protección del bien jurídico que pretende garantizar; 2) que pueda establecerse, con base en premisas dotadas del mismo respaldo, que la intervención penal, además de no producir efectos apreciables en orden a la protección del bien jurídico, se revela contraproducente para alcanzar dicho fin.

gro abstracto como delitos de peligro hipotético, en el sentido sugerido por Ángel Torío, "Los delitos de peligro hipotético", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, págs. 825-847, y acogido luego por buena parte de la doctrina penal española.

2.2.2. Necesidad

Una vez acreditada la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, la argumentación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.

2.2.2.1. Necesidad de la norma de conducta

Proyectado al control de los tipos penales, el subprincipio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al *principio de fragmentariedad*.

En este caso los medios alternativos a comparar con la norma enjuiciada pueden consistir, ya sea en la desregulación o plena liberalización de la conducta prohibida, o bien en la búsqueda de alternativas de tipificación que reduzcan el ámbito de lo prohibido, indagando si para la protección del bien jurídico es suficiente optar, por ejemplo, por delitos de lesión en lugar de delitos de peligro, y entre estos últimos, de peligro concreto en lugar de abs-

tracto, por formas de comisión activas y no omisivas, por tipos dolosos en lugar de imprudentes, etc., o si es posible definir con mayor precisión las conductas objeto de prohibición penal. Pero mientras la comparación de estos medios alternativos con la norma enjuiciada no plantea problema alguno desde el criterio de su menor lesividad, pues toda reducción del conjunto de las prohibiciones penales se traduce en un aumento de la esfera de libertad jurídica de los individuos, no ocurre igual cuando la comparación se lleva a cabo desde la perspectiva de su igual idoneidad. En este caso la mayor amplitud de los tipos penales comporta, en línea de principio, una mayor eficacia preventiva, por cuanto supone un adelanto en las barreras de protección del bien jurídico, de modo tal que, bajo esta perspectiva, ninguna de las modalidades alternativas de tipificación estaría en condiciones de alcanzar el mismo grado de idoneidad de la norma enjuiciada. De ahí que, en lugar de descartar de plano las modalidades de tipificación que no revistan el mismo grado de eficacia que la norma enjuiciada, el juicio de necesidad deba orientarse a establecer si aquellas modalidades de regulación alternativa resultan ser globalmente más eficientes, lo que ocurrirá cuando estas se limiten a excluir del ámbito de lo punible las conductas que carecen de la suficiente relevancia social para ser reguladas a través del derecho penal. Relevancia social que, a su vez, se determina en función de los criterios de merecimiento y necesidad de pena: mientras el primero de estos atiende a la importancia del bien jurídico y la gravedad del ataque, de modo tal que a menor importancia del bien jurídico más graves deben ser los ataques contra el mismo para que se consideren penalmente relevantes, el segundo de ellos obliga a considerar la frecuencia de afectación del bien jurídico a través de la conducta incriminada o los efectos secundarios lesivos que puede desencadenar su prohibición penal. Sin embargo, antes que declarar inconstitucional, por innecesaria, la norma de conducta establecida por el legislador, el Tribunal Constitucional puede valerse de los criterios de relevancia social antes sugeridos para fundamentar una restricción del alcance de los tipos penales, a través de la técnica de las sentencias interpretativas “reductoras”¹⁰.

10 Así procede el Tribunal Constitucional en la STC 111/1993, donde se interpreta la expresión “título oficial” (contenida en la redacción del delito de intrusismo establecida en el anterior código penal), en el sentido de título “académico” oficial, reduciendo considerablemente el alcance de este tipo penal.

2.2.2.2. Necesidad de la norma de sanción

Cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al *principio de subsidiariedad* en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de *alternativas al derecho penal*, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de *penas alternativas*. De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.

a) *Búsqueda de alternativas al derecho penal*: En cuanto a lo primero, es necesario distinguir los medios alternativos situados por fuera del derecho penal según tengan o no naturaleza sancionadora, pues el juicio de necesidad suscita problemas diversos en relación con cada uno de ellos. Por lo que respecta a las alternativas no sancionadoras (medidas de política social, mecanismos extrapenales de solución de conflictos, estímulos positivos, campañas educativas, medidas de vigilancia policial, etc.), el espacio para su consideración en el control de constitucionalidad es bastante limitado pues, además de plasmar opciones político criminales de signo muy diverso y, en ocasiones, radicalmente contrarias a la expresada por el legislador en la norma enjuiciada, su heterogeneidad, por otro lado, dificulta en extremo su comparación con la medida legislativa enjuiciada desde la perspectiva de su igual idoneidad y menor lesividad. De ahí que, en relación con este tipo de alternativas, el juicio de necesidad que efectúa el Tribunal Constitucional deba limitarse a indagar si la expedición de la norma penal enjuiciada estuvo precedida o acompañada de otro tipo de medidas no sancionadoras dirigidas a proteger el bien jurídico cuya tutela sirve de fundamento a la intervención penal. Y aunque la inexistencia de tales medidas no constituye, por sí misma, razón suficiente para declarar inconstitucional, por innecesaria, la norma penal enjuiciada, la comprobación de que el legis-

lador ha utilizado el derecho penal como *prima o única ratio* si está llamada a cobrar relevancia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como un argumento que debilita la certeza sobre las premisas que fundamentan la necesidad de la intervención legislativa.

Cuando las medidas alternativas consisten en sanciones extra-penales su comparación con la norma enjuiciada se torna menos compleja, debido a la relativa homogeneidad que existe entre los medios examinados, dado que también la pena pertenece al género de las sanciones, aunque se distingue de las demás por incorporar un juicio de reproche ético en contra del infractor que le confiere un plus de afflictividad respecto de otras sanciones. En este caso, la búsqueda de medios alternativos debe comenzar por las sanciones previstas en otros sectores del ordenamiento para la conducta descrita en el tipo penal o para otros comportamientos de gravedad y características similares; duplicidad de sanciones que se presenta en el caso de atentados contra el honor, frente a los que también cabe incoar la vía civil, y que en general tiende a incrementarse debido a la expansión del derecho penal a la represión de actividades tradicionalmente sancionadas por vía administrativa. Sólo en caso de no existir tales sanciones paralelas de *lege lata*, cabe acudir a las sanciones no penales previstas en el derecho comparado y, en cualquier caso, considerar las alternativas de *lege ferenda* propuestas por la doctrina o por las partes que intervienen en el juicio de constitucionalidad.

La comparación entre la sanción penal y las sanciones alternativas desde la perspectiva de su idoneidad lleva a cuestionar la presunción de mayor efectividad que acompaña al derecho penal en razón de la mayor gravedad de sus consecuencias jurídicas. Ello obedece a que en el caso de las sanciones civiles o administrativas su menor drasticidad se ve compensada por una mayor certeza en su imposición, derivada de la mayor flexibilidad en la configuración del injusto, las estructuras de imputación y las garantías procesales que caracteriza a estos sectores del ordenamiento en relación con la rigidez propia del derecho penal. En algunos casos, como ocurre con la protección civil del derecho al honor, la experiencia ha desvirtuado la creencia en la mayor eficacia de la vía penal¹¹. Sin embargo, en general cabe señalar

11 Al respecto vid. Santiago Muñoz Machado, "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", *Poder Judicial*, 1 (2ª. época), 1986, págs. 11-22, aquí

que la racionalidad de la argumentación sobre este punto es bastante frágil, entre otras razones, por la imposibilidad de verificar empíricamente la eficacia de alternativas sancionadoras que no han sido llevadas a la práctica sino que sólo consisten en propuestas de *lege ferenda*, y por la dificultad de recabar, interpretar y comparar la información empírica relativa a sanciones que sí han sido implementadas. Con todo, uno de los pocos casos en que la comprobación empírica suministra una base fiable para descartar la necesidad de una intervención penal del legislador se presenta cuando, tras evaluar los resultados de una reforma que introduce una sanción penal en lugar de (o como adición a) una sanción extrapenal ya existente, no se aprecia una reducción significativa del número de infracciones cometidas, caso en el cual cabe concluir que la penalización del comportamiento no ha significado un aumento de la eficacia preventiva y, por tanto, que para obtener los mismos resultados bastaba con la vía sancionadora ya existente.

Pero si la mayor flexibilidad de las garantías que acompañan las sanciones extra-penales puede representar una ventaja frente a las penales en términos de idoneidad, supone una desventaja cuando ambas se comparan desde la perspectiva de su menor lesividad, dado que la reducción de garantías representa un coste desde el punto de vista iusfundamental. Un coste que, dentro de ciertos límites, es necesario asumir si se pretende buscar alternativas a la sanción penal que garanticen una razonable tutela de los bienes jurídicos y hagan efectivo el postulado de *última ratio*, pues la posibilidad de aplicar sanciones menos severas que las penales sin disminuir su eficacia preventiva depende de que esta menor severidad se pueda compensar con una mayor certeza en su imposición, lo que a su vez requiere matizar el alcance de aquellas garantías que pueden afectar dicha certeza. Por tanto, es preciso admitir la existencia de diferentes niveles de garantías, que se incrementan de acuerdo a la gravedad de las sanciones a imponer y alcan-

págs. 14 y s; Tomás Vidal Marín, *El derecho al honor y su protección desde la constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 247; Fermín Morales Prats, "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", *Revista Facultad de Derecho Universidad de Granada*, 12, 1987, págs. 251-320, aquí pág. 307, quienes destacan la preferencia de los afectados por hechos constitutivos de injuria y calumnia por acudir a la vía civil en lugar de a la penal, debido a las dificultades para obtener una condena penal en relación con tales delitos y lograr una efectiva reparación del deshonrado.

zan su mayor cota en el caso de las penas, siempre y cuando dicha escala tenga como umbral mínimo un conjunto básico de garantías que deben acompañar la imposición de cualquier sanción¹². Sobre esta base, la comparación entre la sanción penal enjuiciada y la sanción extrapenal alternativa desde la perspectiva de su menor lesividad debe atender a cuatro aspectos: a) la *cantidad* de posiciones de derecho fundamental afectadas por una y otra sanción; b) la *importancia* de las mismas; c) la *intensidad* de su afectación; d) las *garantías* que acompañan su imposición.

Cuando logre acreditarse que una sanción extrapenal resulta menos lesiva y tiene similares efectos preventivos que la norma penal enjuiciada, no es posible fundamentar la necesidad de esta última tan sólo en argumentos que apelan a la importancia social del bien jurídico, que sufriría menoscabo si sólo se protege a través de mecanismos no penales, o a la necesidad de mantener la sanción penal para expresar repudio frente a conductas especialmente disvaliosas. Este tipo de fundamentación pone de manifiesto una utilización puramente simbólica del derecho penal, la cual pierde toda justificación cuando, como ocurre en estos supuestos, no contribuye al refuerzo de su eficacia instrumental, esto es, de su real capacidad preventiva.

b) *Búsqueda de penas alternativas*: Si tras la comparación con otros medios extra-penales no logra desvirtuarse la necesidad de recurrir al derecho penal, sólo queda por establecer si, dentro del catálogo de medios puniti-

12 Las cuales consisten, básicamente, en la predeterminación normativa de infracciones y sanciones, la sanción por hecho propio o, en su caso, de personas respecto de las que se esté obligado a responder en virtud de lo establecido en normas preexistentes, la proporcionalidad y humanidad de las sanciones, así como las garantías elementales del debido proceso previstas en el artículo 24 C.E., que comprende los derechos a) a ser informado del ilícito imputado; b) a contestar la imputación, proponer pruebas de descargo y que estas sean tomadas en consideración por el órgano sancionador; c) a tener asistencia letrada; d) a no ser sancionado por hechos ni con sanción distintos a los que constan en la imputación que se ha tenido derecho a contestar; e) a no ser sancionado si no existe prueba de cargo de los hechos imputados; f) a la inexistencia de trabas para recurrir las decisiones sancionadoras; g) a que la sanción no sea ejecutada sin que el Tribunal que conoce del recurso haya podido decidir sobre su suspensión. Sobre el reconocimiento de estas garantías comunes por parte de la jurisprudencia constitucional remito al detallado análisis de José Cid Moliné, "Garantías y sanciones. (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, págs. 131-172, aquí pág. 157.

vos, es posible alcanzar el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica que la establecida en la norma enjuiciada. En este punto comienza la segunda fase del juicio de necesidad de la norma de sanción, en el cual ya no se trata de buscar alternativas al derecho penal sino tan sólo de explorar la posibilidad de establecer penas alternativas y, en particular, alternativas a la pena de prisión. En dicha búsqueda el Tribunal Constitucional debe orientarse, en lo posible, a contemplar como alternativa una *pena menor* a la establecida en la propia norma enjuiciada, ya sea que se trate de reducir su cantidad o, en el caso de que estén previstas varias sanciones para el mismo hecho, de optar sólo por una (o algunas) de ellas. Sólo en segundo término puede plantearse como alternativa una *pena distinta* a la establecida en la norma enjuiciada, y en tal caso deberá acudirse, en su orden, al catálogo de penas establecida por el legislador en la parte general del código penal, a otro tipo de penas previstas en el derecho comparado y, en última instancia, a aquellas sugeridas por la doctrina o propuestas por las partes que intervienen en el juicio de constitucionalidad.

Por lo que respecta a la comparación entre la pena prevista en la norma enjuiciada y la pena alternativa desde la perspectiva de su idoneidad, cabe señalar que esta última sólo estará en condiciones de sustituir a la sanción prevista por el legislador cuando su contenido aflictivo no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito. Cuando ambas penas están por encima de este umbral, no cabe esperar necesariamente mayor idoneidad de la sanción más grave, como lo ponen de manifiesto los resultados de las investigaciones empíricas que acreditan la escasa o nula eficacia preventiva de los aumentos de penas¹³. Siendo así, dado que una pena superior a la anteriormente establecida para el mismo delito no necesariamente garantiza mayor idoneidad y sí, por el contrario, mayor lesividad, cabría sostener la inconstitucionalidad, por innecesarias, de las normas que establecen aumentos de penas en aquellos casos en los que no se logre establecer, con base en premisas dotadas de respaldo empírico, una mayor idoneidad preventiva de la nueva pena respecto de la anterior.

13 Un resumen de las cuales ofrece Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 244; Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, citado, capítulo 5, II, 4.2.

Por su parte, la comparación entre ambas sanciones desde la perspectiva de su menor lesividad sólo plantea dificultades en los supuestos en que la alternativa consista en una pena distinta, no así cuando se trata de una pena menor a la establecida en la norma enjuiciada, caso en el cual su menor lesividad se da por descontada. En el supuesto de penas distintas la comparación debe atender a tres aspectos: a) la *cantidad* de posiciones de derecho fundamental y otros principios que son afectados por una y otra pena; b) su *importancia* o peso abstracto; c) la *intensidad* con que son afectados, que en este caso vendría dada por su duración y/o cuantía. La pena menos lesiva será aquella que recaiga sobre un menor número de posiciones iusfundamentales, afecte derechos o bienes menos importantes, o lo haga con menor intensidad.

Conjugando los anteriores criterios, y teniendo en cuenta la mayor lesividad y el carácter potencialmente criminógeno de la pena privativa de libertad, cabría cuestionar la necesidad de las normas que establecen la pena de prisión como sanción para determinados delitos, particularmente en los supuestos en que se consagran las penas de prisión o multa como sanciones alternativas, caso en el cual es el propio legislador, al establecer la multa como alternativa, quien valora a esta última como respuesta apropiada y suficientemente idónea para sustituir a la prisión. Igualmente cabría cuestionar la necesidad de dicha pena en el caso de aquellas normas que la establecen no como sanción alternativa sino concurrente con otras (multa, inhabilitación absoluta o especial). En tales supuestos, siempre que pueda argumentarse que las demás penas establecidas en la norma enjuiciada son razonablemente idóneas, por cuanto su contenido aflictivo no es inferior al beneficio probable del delito, el mantenimiento de la privación de libertad como pena adicional queda privado de toda justificación desde la perspectiva del subprincipio de necesidad.

Cuando se constata la igual idoneidad y menor lesividad de una sanción alternativa (tenga o no naturaleza penal) que no ha sido prevista por el legislador en la misma norma objeto de control (caso de penas concurrentes o alternativas) o en otro sector del ordenamiento, se dan los presupuestos para declarar inconstitucional, por innecesaria, y en consecuencia anular, la pena establecida en la norma de sanción. Sin embargo, en tales casos puede originarse un “vacío de punibilidad”, dado que subsiste una

norma de conducta válida (que establece la prohibición contenida en el tipo penal) sin la correspondiente sanción para su incumplimiento. Ante esta situación se plantea un trilema al Tribunal Constitucional, cuyas alternativas son, en primer lugar, *colmar el vacío*, a través de una sentencia manipulativa que anule la pena establecida por el legislador e imponga en su lugar la pena alternativa; en segundo lugar, *evitar el vacío*, utilizando mecanismos como el retraso en la entrada en vigor de la inconstitucionalidad o sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad; en tercer lugar, *generar el vacío*, empleando la clásica fórmula de inconstitucionalidad-nulidad. Todas estas soluciones se revelan altamente problemáticas, pero dado que se impone optar por alguna de ellas a mi juicio el Tribunal debe hacerlo en el último sentido, toda vez que la primera alternativa le está vedada por el principio de legalidad sancionatoria y la segunda supondría evitar el vacío de sanción para una norma de conducta, al precio de dejar sin sanción la vulneración de derechos fundamentales en que incurre el legislador cuando establece penas innecesarias y al mismo tiempo mantener en vigor una norma que ha dejado de ser un título válido para fundar la imposición de una condena penal.

Por otra parte, cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad, por falta de necesidad, de una norma que castiga con pena lo que antes se sancionaba por vía civil o administrativa o que establece un aumento de penas para un delito antes sancionado con pena menor, bajo el argumento de que la nueva sanción es más lesiva y no despliega mayores efectos preventivos que la establecida en la norma derogada por la que ahora se anula, el vacío de sanción puede cubrirse modulando los efectos de la sentencia de tal modo que se reviva la sanción establecida en la norma derogada.

Finalmente, en los supuestos en que la declaración de inconstitucionalidad, por falta de necesidad, de la norma de sanción enjuiciada traiga como consecuencia que el delito quede sancionado con una pena o sanción de menor entidad (establecida en la propia norma enjuiciada como pena concurrente o alternativa a la declarada inconstitucional, o en otro sector del ordenamiento en supuestos de duplicidad de sanciones), puede darse el caso de que delitos de similar o incluso menor gravedad al sancionado por la norma objeto de control permaneciesen reprimidos con penas mayores, originando una situación de falta de proporcionalidad relativa en la escala de

penas¹⁴. En tales casos el Tribunal no debe abstenerse de anular la norma enjuiciada, pues las situaciones de desproporción que se producen como consecuencia pueden ser corregidas bien por el propio legislador o, en su defecto, por el juez ordinario o el Tribunal Constitucional a través de ulteriores cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra las sanciones desproporcionadas por exceso.

2.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el *grado de afectación / satisfacción* que para ellos se deriva de la medida enjuiciada (normas de prohibición y sanción penal); en segundo lugar, su *peso abstracto*, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, *la seguridad de las premisas empíricas* que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención¹⁵.

14 Sobre la distinción entre los conceptos de proporcionalidad *relativa* (referido a la exigencia de establecer sanciones equivalentes para delitos de similar gravedad) y absoluta (que atiende a la fijación de los límites máximos y mínimos de la escala global de penas), vid. Andrew von Hirsch, *Censurar y castigar*, trad. E. Larrauri, Madrid, Trotta, 1998, págs. 45 y ss, 71 y ss.

15 Vid. Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", trad. C. Bernal, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, págs. 13-64, aquí págs. 37 y ss; del mismo, "Die Gewichtsformel", en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, J. Jickeli, M. Kreutz y D. Reuter (eds.), Berlín, W. De Gruyter, 2003, págs. 771-792, aquí págs. 778 y ss; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 760 y s; del mismo, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa*, 26, 2003, págs. 225-238, aquí págs. 227 y s.

Para establecer la intensidad con que la medida legislativa enjuiciada afecta los derechos fundamentales, tanto en lo que respecta a la definición de la conducta prohibida como a la clase y cuantía de pena aplicable, es preciso atender a los siguientes criterios: a) el *alcance* de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas al mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena; b) la *probabilidad* de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso de aquellas que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental; c) la *duración* de la intervención en el derecho fundamental, de modo tal que cuanto mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma; d) la *comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza* tanto en el propio ordenamiento como en el derecho comparado, de modo que la afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito o en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad.

La intensidad con que la norma penal enjuiciada satisface el principio que respalda la intervención legislativa se determina en función de los siguientes criterios: a) la *lesividad de la conducta prohibida*, pues cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección de dicho bien jurídico, de tal suerte que la incriminación de una conducta lesiva representa una contribución más intensa a la protección del bien jurídico respecto de la penalización de conductas que sólo representan un peligro concreto y, a su vez, estas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor del que representa la tipificación de conductas que sólo constituyen un peligro abstracto para el bien jurídico; b) la *modalidad de imputación subjetiva*, con lo cual la intervención penal dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del que supone la prevención de ataques imprudentes, debido al mayor desvalor de acción de los primeros y a la especial trascendencia que tendría la omisión de la intervención del legislador.

Mediante la variable del peso abstracto se da cabida en la ponderación al reconocimiento de que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que les atribuyan los participantes en la práctica constitucional. Algunos de los criterios que ayudan a fundamentar la asignación del peso abstracto a los principios en juego son: a) la *jerarquía constitucional* de los principios, conforme al cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador carentes de respaldo constitucional directo) respecto de los principios constitucionales de primer grado (los que cuentan con apoyo en una disposición constitucional)¹⁶; b) la *prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos* y, a su vez, entre estos últimos, la prioridad de los bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social respecto de los bienes jurídicos orientados a la protección de instituciones estatales; c) el diverso “*grado de resistencia*” constitucional de los derechos fundamentales, que viene dada por el conjunto de garantías dispuestas para reforzarlos (recurso de amparo, reserva de ley orgánica, procedimiento agravado de reforma); d) la cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al *espectro central de aplicaciones del derecho fundamental*; e) la vinculación de la posición afectada o protegida con *el principio democrático y la dignidad humana*; f) el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en *decisiones precedentes referidas a casos análogos*.

Con la tercera de las variables que intervienen en la ponderación se confiere relevancia a la calidad epistémica de las premisas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la intervención legislativa, exigiendo que tal calidad sea mayor, cuanto más intensa es la intervención en derechos

16 Sobre la distinción entre principios constitucionales de primer y segundo grado, vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 132; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentales Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, págs. 196 y ss; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 706 y ss.

fundamentales que se trata de justificar. Mientras las premisas empíricas que respaldan la constitucionalidad de la norma enjuiciada versan principalmente sobre el grado de idoneidad y la necesidad de la medida legislativa, las premisas que operan en contra de la intervención son aquellas referidas a su grado de lesividad y a su falta de necesidad. La certeza de las premisas relativas al *grado de idoneidad* de la medida depende de calidad de las pruebas que para el caso respalden su eficacia preventiva y de la inexistencia de datos que indiquen su nula utilidad o su carácter contraproducente para la protección del bien jurídico. Por su parte, la certeza de las premisas relativas al *grado de lesividad* depende de que la afectación de derechos fundamentales se produzca de modo necesario o sea sólo una consecuencia probable de la intervención legislativa. Finalmente, la seguridad de las premisas relativas a la *necesidad* de la medida enjuiciada será mayor cuando se acredite que antes de acudir al derecho penal se implementaron otro tipo de medidas, que éstas resultaron insuficientes para lograr el efecto de protección deseado y existan estudios empíricos que corroboren la mayor eficacia de la norma enjuiciada respecto de las medidas menos lesivas implementadas con anterioridad; por el contrario, la certeza sobre la necesidad de la intervención será menor cuando no hayan existido tales medidas previas, cuantos más hayan sido los medios considerados como alternativas plausibles para reemplazar la intervención penal y cuando la comparación entre la medida legislativa y el medio alternativo desde la perspectiva de su idoneidad y menor lesividad haya dado como resultado un empate¹⁷.

Ha de advertirse, sin embargo, que la aplicación de los criterios de ponderación antes señalados no elimina la discrecionalidad que subyace a la atribución de mayor peso a un principio sobre su contrario. Con todo, en la medida en que tales criterios puedan ser intersubjetivamente fundamentados, su utilización sí puede aportar racionalidad a las elecciones valorativas del juez constitucional.

17 Para una exposición más detallada de estos criterios de ponderación, vid. Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, citado, capítulo 5, III, 1.

3. El principio de proporcionalidad en el juicio de validez y en el juicio de legitimidad externa de la ley penal

El principio de proporcionalidad sirve pues como una herramienta argumentativa orientada a fundamentar los juicios de *validez constitucional* de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, entre ellas las penales. Por otra parte se advierte que muchas doctrinas de justificación del derecho penal enmarcadas dentro de la tradición del utilitarismo condicionan la legitimidad externa del derecho penal y de cada una de las normas que lo componen a que éstas persigan un fin legítimo, acrediten ser un medio idóneo y necesario para alcanzarlo, y la suma total de sus costes en términos de libertad sea inferior a la garantía de libertad que con ella se obtiene¹⁸.

Así pues, a la luz de esta doctrina de justificación del derecho penal, el juicio sobre la legitimidad externa de una ley penal y el juicio interno acerca de su validez constitucional comparten la estructura de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. Esta coincidencia viene a corroborar la aproximación entre los planos de la legitimidad y de la validez

18 Así lo expresan autores como Alf Ross, para quien “*la cuestión de qué actos el Estado está moralmente autorizado para calificar de delitos sólo puede contestarse siguiendo líneas utilitaristas*”, lo que supone “*evaluar la finalidad de la particular ley penal, juzgar luego su aptitud para promover esa finalidad y, por último, contrapesar todos los efectos indeseables que la aplicación de ella pueda producir, recordando que el castigo mismo es sufrimiento y que, por lo tanto, tiene un valor negativo desde el punto de vista utilitario*” (“La finalidad del castigo”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Astrea, 1976, págs. 151-191, aquí pág. 173 y s). A su vez Luigi Ferrajoli sostiene que “*una justificación adecuada de ese producto humano y artificial que es el derecho penal*” como la que sugiere su modelo garantista, ha de acreditar “*no sólo que la suma total de los costes que requiere es inferior a la de las ventajas que proporciona, sino también que lo mismo puede decirse de cada una de sus penas, de sus concretas prohibiciones y de sus técnicas efectivas de indagación*” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pág. 252). Finalmente Carlos Nino, cuando afirma que “*dado que la pena es un mal para ciertos individuos, lo es también para la sociedad de la cual ellos forman parte*”, lo que implica someterla a las reglas que presiden el “*estado de necesidad justificante*”, a saber, 1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva” (“La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Doctrina Penal*, enero/marzo, 1989, págs. 29-48, aquí pág. 38).

que tiene lugar en los estados constitucionales, como resultado de la “migración” de muchos de los contenidos éticos o de legitimidad externa al derecho constitucional y de la especial exigencia de justificación de los actos del poder que incorpora este modelo de organización política¹⁹. Lo anterior no equivale, sin embargo, a una plena equiparación entre ambos juicios que permita considerar que la afirmación acerca de la constitucionalidad de una ley penal cierre toda discusión ulterior acerca de su legitimidad externa, pese a que tanto los criterios sustantivos (derechos fundamentales) como la estructura de argumentación (principio de proporcionalidad) empleados en uno y otro caso puedan coincidir.

Tal asimilación no es posible porque entre el juicio de validez y el juicio de legitimidad externa de una ley penal media la distancia que separa al discurso jurídico del discurso práctico general, en virtud del componente autoritativo e institucional que confiere al primero su seña de identidad frente a otras formas de razonamiento práctico²⁰. En el control de constitucionalidad de las leyes esta dimensión autoritativa se introduce a través de los principios formales, en particular del que ordena optimizar la competencia decisoria del legislador, el cual fundamenta el reconocimiento de diversos márgenes de acción legislativos que restringen el alcance con que pueden ser aplicados los subprincipios de la proporcionalidad para enjuiciar la validez de una ley penal²¹:

19 En tal sentido advierte Luis Prieto que la exigencia de justificación externa o ética de la legitimidad de la ley penal que los ilustrados plantearon a partir del conjunto de límites sustanciales al poder punitivo que hoy se agrupan bajo el principio de proporcionalidad, en los estados constitucionales se transforma en un discurso jurídico interno sobre la validez: “*El discurso ético externo sobre la justicia o legitimidad se habría transformado en un discurso jurídico interno sobre la validez*”. “La limitación constitucional del legislador penal”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 287, 297, afirmación que sigue la línea sugerida por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, citado, pág. 356, donde se sostiene que, como resultado del proceso de inclusión de los antiguos contenidos del derecho natural en las modernas constituciones se verifica “una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico”.

20 Sobre esta diferencia llama la atención Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 213; del mismo, “La tesis del caso especial”, trad. I. Lifante, *Isegoría*, 21, 1999, págs. 23-35, aquí pág. 27.

21 Como explica Jan-Reinard Sieckmann, “la función de los principios formales en el sistema jurídico es fundamentar la validez formal de normas que son el resultado de procedimientos anteriores con inde-

- a) Un *margen de acción estructural para la elección de fines* que matiza considerablemente el alcance del examen de legitimidad del fin que puede efectuar el Tribunal Constitucional: mientras que, desde un punto de vista externo, podría afirmarse que, puesto que con el derecho penal se afectan derechos fundamentales, dicho instrumento sólo puede utilizarse para tutelar bienes de la misma importancia; en cambio, desde el punto de vista de un juicio de validez constitucional es preciso admitir como fines *prima facie* legítimos todos aquellos no proscritos por la constitución.
- b) Un *margen para la elección de medios* que introduce importantes diferencias en los juicios sobre la idoneidad y la necesidad del medio elegido por el legislador, según se lleven a cabo desde la perspectiva de su legitimidad externa o de su validez constitucional: en el primer caso bien podrá reclamarse del legislador la adopción del medio más eficiente, esto es, aquél que conjugue el más alto grado de idoneidad para alcanzar el fin propuesto y el menor sacrificio para otros bienes jurídicos, e incluso, tratándose de medidas penales, podrá considerarse ilegítima su implementación cuando previamente no se hayan arbitrado o no se haya acreditado la insuficiencia de mecanismos de tutela no penales, condición necesaria para salvaguardar el carácter subsidiario del instrumento penal. Tales exigencias se atenúan considerablemente cuando se formulan en el marco de un juicio de validez, caso en el cual el subprincipio de idoneidad ya no reclama la adopción del medio más idóneo, sino que opera como un criterio negativo orientado a excluir los medios abiertamente inadecuados; por su parte, el subprincipio de necesidad no prescribe categóricamente al legislador optar por el medio más benigno sino que tan sólo prohíbe sacrificios manifiestamente innecesarios para los derechos fundamentales, ni comporta la invalidez de aquellas

pendencia de su corrección interna. Ellos fundamentan la estructura autoritativa del sistema jurídico y configuran de este modo una característica conceptualmente necesaria de los sistemas jurídicos. Un sistema normativo que no incorporase ningún principio formal no sería un sistema jurídico, sino un sistema normativo de naturaleza puramente moral". Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 148. Sobre la relación entre el principio formal que ordena optimizar la competencia decisoria del legislado y la existencia de márgenes de acción legislativos vid. Robert Alexy, "Epílogo...", citado, págs. 23 y ss; Virgilio Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, Baden-Baden, Nomos, 2003, págs. 113 y ss.

medidas que evidencien un uso del derecho penal como *prima o única ratio*, sino que a lo sumo tal circunstancia suministra un argumento para debilitar al certeza de las premisas referidas a la necesidad de la intervención penal.

c) Un *margen para la ponderación* que se manifiesta cuando existe un empate entre las razones a favor y en contra de la intervención, esto es, cuando los beneficios que cabe esperar de la medida son equivalentes a los sacrificios para los derechos fundamentales que acarrea su implementación. Desde la perspectiva de un juicio de validez, en los casos de empate en la ponderación el legislador es libre para adoptar la medida o abstenerse de hacerlo y su decisión pertenece al ámbito de lo constitucionalmente posible, pues no viene ordenada ni proscriba por la constitución, lo que sólo ocurriría cuando la balanza se inclinara decididamente ya fuera a favor o en contra de la medida legislativa. Así pues, en supuestos de empate corresponde al Tribunal Constitucional afirmar la validez de la norma enjuiciada, como consecuencia del margen de acción que en tal evento asiste al legislador. Por el contrario, desde un punto de vista externo la intervención, aunque válida, sería ilegítima, por cuanto sus beneficios no logran superar los costes que produce en términos de libertad, siendo tal superávit condición necesaria para afirmar su legitimidad a la luz de aquellas doctrinas de justificación de orientación garantista, conforme a las cuales el recurso al derecho penal sólo está justificado cuando la libertad que logra protegerse con dicho instrumento supera, y no simplemente iguala, a la libertad que se sacrifica con su utilización. En definitiva, una situación de empate en la ponderación basta para corroborar la validez de una norma penal, pero no resulta suficiente para afirmar su legitimidad externa.

d) Un *margen de acción epistémico* que, dentro de ciertos límites, faculta al legislador para tomar decisiones que afecten derechos fundamentales sobre la base de premisas inciertas. Exigir al legislador que sólo dicte medidas que afecten derechos fundamentales sobre la base de premisas empíricas seguras implicaría reducir al mínimo su competencia decisoria, habida cuenta de que buena parte de las regulaciones legislativas tratan de ordenar ámbitos complejos de la realidad social, respecto de los cuales difícilmente se dispone de conocimientos seguros, y por otra parte porque además, una

vez se asume una concepción amplia de los derechos fundamentales, y correlativamente la existencia de sendos derechos generales de libertad e igualdad, ha de admitirse que casi toda decisión legislativa afecta *prima facie* alguna posición iusfundamental, con lo cual aquella exigencia de certeza se extendería a todos los ámbitos de la legislación, paralizando por completo la posibilidad de dictar regulaciones en contextos de incertidumbre. Pero, por otra parte, admitir que el legislador actúe sobre la base de premisas inseguras introduce la posibilidad de que éste dicte medidas que afecten gravemente derechos con respaldo en información falsa. Ante este dilema se admite una solución intermedia, consistente en reclamar un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuánto más intensa sea la intervención en derechos fundamentales que con ella se produce. De este modo, el margen de acción que se confiere al legislador para decidir sobre la base de premisas inciertas se amplía o reduce en función de la intensidad con que tales decisiones afecten derechos fundamentales.

Pero en cualquier caso, dicho margen introduce una distancia insalvable entre los contenidos sustantivos de la constitución, que determinan lo que está prohibido y ordenado al legislador, y aquellos contenidos que puede efectivamente garantizar el Tribunal Constitucional; distancia que será mayor cuanto más amplio sea el margen de acción epistémico que se reconoce al legislador y el cual, por otra parte, viene a dar cuenta del componente autoritativo presente en el razonamiento jurídico, pues se trata de una divergencia establecida por normas que disciplinan el *quién* debe tener la última palabra en casos de incertidumbre. Desde la perspectiva de la teoría jurídica del garantismo, esta divergencia vendría pues a confirmar la existencia de “*un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior*” respecto de los contenidos constitucionales²², brecha que no puede ser cerrada por completo a través del control de constitucionalidad.

Así pues, aun cuando pueda afirmarse la constitucionalidad de una ley expedida con fundamento en premisas inciertas (siempre que no estén por debajo del umbral mínimo de certeza exigida), tal solución, admisible en el plano de la validez por las razones ya expuestas, no es extensiva, sin embar-

22 Sobre la cual insiste Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, citado, págs. 854, 866 y ss.

go, al juicio acerca de su legitimidad externa. Mientras en el primero el déficit de justificación material de una decisión, derivada de la incertidumbre de las premisas sobre las que ésta se asienta, se suple con la apelación a la autoridad del órgano que la expide, atendiendo al carácter institucionalizado del razonamiento jurídico, no ocurre igual cuando se enjuicia la legitimidad externa de una decisión legislativa, pues en este ámbito el recurso a la autoridad - así se trate de una autoridad legitimada democráticamente - no tiene la virtud de compensar una deficiente justificación material. De tal suerte que, desde un punto de vista externo, la falta de certeza sobre las premisas que justifican la intervención se traduce en un *déficit de legitimidad*, pues en tanto no logre acreditarse con certeza que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, no se pueden dar por satisfechas las condiciones necesarias para reputarla como un ejercicio legítimo del *ius puniendi*, aun cuando haya sido declarada válida e incluso aunque cuando provenga de un poder democráticamente legitimado²³.

En definitiva, a causa de los límites al control de constitucionalidad derivados del reconocimiento de los márgenes de acción legislativos, no es posible asimilar el juicio que efectúa el Tribunal acerca de la *validez* de una ley penal con el juicio sobre su *legitimidad externa*, por más que se afirme la “aproximación”, “migración” o incluso “transformación” de los criterios de legitimidad externa en criterios de validez. En consecuencia, las decisiones adoptadas por el legislador dentro de los márgenes de acción estructural, esto es, allí donde la constitución “guarda silencio”, serán decisiones normativas válidas pero pueden, no obstante, ser susceptibles de una crítica ética y política, aunque no jurídico constitucional. Por otro lado, las valoraciones que el legislador efectúa dentro del margen de acción epistémico, esto es, allí donde no existe certeza acerca de lo que la constitución ordena o pro-

23 Tal déficit, por otra parte, viene a dar cuenta del irreducible margen de ilegitimidad ya no sólo jurídica sino también ético-política que, desde los presupuestos del garantismo, presenta el poder en el estado de derecho, habida cuenta de que, conforme a tal esquema de justificación, “*la legitimación política en el estado de derecho no sólo no es nunca perfecta, sino ni siquiera apriorística, ni global, ni permanente [...] no puede ser más que a posteriori, parcial, contingente y relativa a las funciones de utilidad efectivamente aseguradas por el estado o, mejor, de esta o aquella de sus instituciones o, todavía mejor, de este o aquel de sus actos singulares*”. *Ibid.*, pág. 887.

híbe, no siendo controlables por el Tribunal Constitucional son, sin embargo, susceptibles de crítica externa²⁴.

4. Intensidad del control de constitucionalidad de las leyes penales

Hemos visto, pues, que las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad se debilitan considerablemente cuando transitamos del juicio acerca de la legitimidad externa al juicio acerca de la validez constitucional de una ley penal. Sin embargo, se trata ahora de establecer hasta qué punto deben matizarse tales exigencias: si en razón de aquellos márgenes de acción legislativos el control que puede practicar el Tribunal ha de limitarse únicamente a extirpar exabruptos o si, por el contrario, puede tener mayor intensidad.

Y es que, precisamente, una de las razones que se esgrime a favor del empleo del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad es que se trata de una estructura de argumentación con la cual se trata de conciliar el respeto a la libertad de configuración del legislador con un control material de sus decisiones que procure la máxima efectividad de los derechos fundamentales. Con tal fin se introduce una graduación en la intensidad del control sobre las decisiones del legislador, en función de la intensidad con que éstas afectan los derechos fundamentales.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (que ha su vez ha retomado este elemento de la jurisprudencia estadounidense),

24 A ello se refiere Ferrajoli cuando subraya la autonomía y precedencia del punto de vista externo (referido a la legitimidad) respecto del punto de vista interno (referido a la validez), así como a la existencia de *“un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes”* respecto del punto de vista externo, debido a la *“divergencia que [...] subsiste entre valores ético-políticos y validez”*. *Derecho y razón*, citado, págs. 854, 886. También Luis Prieto matiza el alcance de la aproximación entre ambos puntos de vista cuando escribe que *“(p)or muchos que sean los valores morales incorporados por el constitucionalismo rematerializado éste nunca pierde su fondo de ilegitimidad y, por ello, nunca puede desvanecerse la tensión crítica a la que nos invita la ilustrada primacía del punto de vista externo; tensión crítica que no sólo ha de mantener el observador externo, sino la propia ciencia del derecho”*. *“Constitucionalismo y garantismo”*, inédito, pág. 9; más ampliamente en *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª. ed., México, Fontamara, 1999, págs. 66 y ss, 70 y s, 86.

se distinguen tres niveles de intensidad en la aplicación del principio de proporcionalidad:

- *Control leve o de evidencia:* empleado frente a intervenciones leves en derechos fundamentales. En este caso la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes). La certeza de las premisas en las que debe apoyar su argumentación ha de ser elevada o, en sentido contrario, la constitucionalidad de la norma enjuiciada debe apoyarse sobre premisas “no evidentemente falsas”.
- *Control intermedio o de justificabilidad:* aplicable a intervenciones medias en derechos fundamentales. Al igual que en el nivel anterior, la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante. La certeza de las premisas en las que debe apoyar el reproche de inconstitucionalidad ha de ser media o, en sentido contrario, la intervención del legislador estará justificada si se apoya sobre premisas “plausibles”.
- *Control estricto o control material intensivo:* Se aplica a intervenciones en derechos fundamentales especialmente intensas. En este caso la carga de argumentación y de prueba corresponde al legislador, quien debe apoyar la intervención sobre la base de premisas empíricas que tengan una certeza elevada²⁵.

Aunque el Tribunal Constitucional español no ha adoptado esta distinción entre niveles de aplicación del principio de proporcionalidad, en líneas generales, la utilización de este instrumento por parte del Tribunal Constitucional español ha estado presidida por una acusada deferencia hacia el legislador, que se manifiesta en la configuración de aquél instrumento como un cauteloso juicio de mínimos. Tales cautelas se extreman cuando el principio de proporcionalidad es aplicado al juicio de constitu-

25 Sobre estos distintos niveles de control vid. Robert Alexy, “Epílogo...”, citado, págs. 56 y ss; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pág. 41; Virgilio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, citado, págs. 188 y ss.

cionalidad de las leyes penales, ámbito en el cual, de acuerdo a la doctrina del Tribunal, aquél debe situarse en el umbral más bajo de exigencia. Para ello se argumenta que en un sistema democrático corresponde en exclusiva al legislador decidir el rumbo de la política criminal sin que nadie pueda sustituirle en dicha labor; asimismo se advierte que, debido a la falta de conocimientos seguros sobre la capacidad preventiva del derecho penal o la existencia de medios alternativos menos lesivos e igualmente efectivos, así como al carácter eminentemente valorativo y convencional de las decisiones relativas a la calificación de una conducta como delito y la determinación de su correspondiente pena, una configuración más exigente de los subprincipios de la proporcionalidad conduciría a despojar al legislador de la última palabra en tales cuestiones para conferirla a un órgano carente de legitimidad democrática directa. En consecuencia, sostiene el Tribunal, la aplicación del principio de proporcionalidad al control de las leyes penales sólo debe llevar a excluir aquellas intervenciones legislativas manifiestamente inidóneas, abiertamente innecesarias o groseramente desproporcionadas²⁶.

Sin embargo, cabe oponer diversos argumentos en contra de una configuración tan poco exigente del control de constitucionalidad de las leyes penales. En primer lugar, un control destinado sólo a extirpar exabruptos desvirtúa la principal razón de ser de dicha institución, que consiste en estimular una cultura pública deliberativa en la cual las mayorías parlamentarias deban justificar ante los ciudadanos las razones de sus actos; tal estímulo sólo subsiste si el control al que vienen sometidas sus decisiones le exige algo más que apoyarse en premisas cuya falsedad no sea evidente o abstenerse de adoptar medidas abiertamente inconstitucionales, pues en este caso el legislador podrá confiar en que cualquiera sea la decisión que adopte, siempre que respete un mínimo de racionalidad, tendrá que reputarse constitucional. En segundo lugar, un control que sólo sirva para reaccionar frente a hipótesis de manifiesta irracionalidad legislativa o de abierto desafío a la constitución es insuficiente para hacer frente al tipo de controversias que suelen plantearse en situaciones de normalidad, de cara a los cuales deben

26 Al respecto vid. las consideraciones efectuadas en las SSTC 55/1996 (Régimen penal de la prestación sustitutoria – II); 161/1997 (Delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia); 136/1999 (Mesa Nacional H.B.).

estar diseñados los mecanismos de fiscalización del poder en un estado constitucional²⁷. En tercer lugar, un control de mínimos debilita en extremo la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, al introducir una enorme divergencia entre lo que tales derechos garantizan y la posibilidad de hacer efectivos dichos contenidos frente al legislador.

Finalmente, en contra de un control de mínimos cabe señalar que el reconocimiento unánime del derecho penal como el más severo mecanismo de control social de que dispone el estado conduce a que, del mismo modo en que se reclaman para este sector del ordenamiento reglas más estrictas de formación del lenguaje legal, mayores garantías procesales o criterios más exigentes de valoración de la prueba, también ha de imponerse un control de constitucionalidad más riguroso del que en la actualidad se lleva a cabo y, más aún, del que cabe practicar en relación con otro tipo de intervenciones legislativas en derechos fundamentales dotadas de un menor contenido aflictivo. Y ello porque el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones – privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad – sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. Esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes.

Pero un modelo exigente de control de las leyes penales no debe construirse sobre la base de supeditar la constitucionalidad de las decisiones del

27 Víctor Ferreres se refiere a estos dos argumentos como razones para debilitar la presunción de constitucionalidad de las leyes. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 180, 213.

legislador penal a la exigencia de que éstas se apoyen en premisas seguras, pues dado el inevitable margen de incertidumbre que acompaña a toda elección político criminal, ello equivaldría a impedir al parlamento legislar en este ámbito o a autorizar al Tribunal para invalidar todas sus decisiones. Un modelo tal debe articularse en torno a los siguientes elementos: la atribución al legislador de las cargas de argumentación y prueba, la adopción de una perspectiva *ex post*, la necesidad de respaldar las premisas empíricas en el conocimiento científico disponible y, finalmente, la exigencia de que dichas premisas cuenten con un alto grado de probabilidad.

4.1. La atribución de una *carga de argumentación y de prueba* al legislador requiere que, una vez fijados los términos de la impugnación, aquél comparezca, por intermedio de sus representantes, a defender la constitucionalidad de la norma enjuiciada para lo cual debe, en primer lugar, poner a disposición del Tribunal y demás intervinientes en el proceso los estudios empíricos y demás información que sirvió como base para adoptar la decisión; en segundo lugar, debe ocuparse de señalar: 1) los fines que persigue con su intervención; 2) las razones por las cuales la medida adoptada constituye un medio idóneo para contribuir a su realización; 3) si fueron tenidas en cuenta otras posibles alternativas, entre ellas las propuestas por el impugnante, y las razones para optar por la finalmente elegida; 4) los argumentos que avalan la proporcionalidad entre beneficios y sacrificios ocasionados por la intervención. La imposición de dicha carga de argumentación y de prueba es una consecuencia insoslayable del reconocimiento de la resistencia normativa de los derechos fundamentales y de su carácter vinculante para el legislador, quien está obligado a justificar toda restricción de los mismos. Igualmente, ella permite verificar si la norma enjuiciada cuenta con el respaldo del parlamento actual, de modo tal que es posible entender que, si el legislador no comparece a defender la norma, es porque ésta no cuenta ya con el apoyo de las mayorías, caso en el cual dejaría de beneficiarse de la presunción de constitucionalidad que se le atribuye en razón de su legitimidad democrática²⁸.

28 A la pérdida de respaldo por el parlamento actual como argumento para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley se refiere Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citando, págs. 218 y ss.

4.2. *Perspectiva*: Las leyes penales deben ser enjuiciadas teniendo en cuenta

los conocimientos existentes al momento de efectuar el juicio de constitucionalidad (perspectiva *ex post*) y no tan sólo a la luz de los conocimientos disponibles en el tiempo en que fue aprobada la ley (perspectiva *ex ante*). La diferencia entre ambas perspectivas adquiere relevancia en los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, que tienen lugar cuando las estimaciones del legislador acerca de la idoneidad, necesidad o proporcionalidad de la medida adoptada, si bien eran acertadas a la luz de las circunstancias y del estado de los conocimientos existente al momento de aprobar la ley, han dejado de serlo al momento de juzgar su constitucionalidad, debido a un cambio de la realidad social o de la información disponible acerca de dicha realidad. Un importante sector doctrinal considera que en este caso debe privilegiarse una perspectiva *ex ante* y, por tanto, juzgar la medida de acuerdo a los conocimientos de los que pudo disponer el legislador al tiempo de su expedición²⁹. Sin embargo, discrepo de esta solución, máxime cuando se trata del control de intervenciones en derechos fundamentales que revisiten especial gravedad. La razón para adoptar en estos casos una perspectiva *ex post* la suministra la pretensión de efectividad de los derechos fundamentales, cuya fuerza vinculante sobre la ley no se contrae al momento de su aprobación sino que se prolonga durante todo el tiempo en que perdura su vigencia, imponiendo tanto al legislador como al juez constitucional el deber de velar para que la conformidad de la ley con los derechos fundamentales se mantenga a lo largo del tiempo. Para hacer efectivo tal deber de vigilancia, es preciso que el Tribunal Constitucional pueda tener en cuenta los resultados de las investigaciones sobre los efectos de la medida llevados a cabo en la fase post-legislativa y demás información necesaria para llegar a establecer eventuales discrepancias entre el pronóstico efectuado por el legislador y los efectos reales de su intervención. Por otra parte, el juicio de constitucionalidad no tiene una naturaleza subjetiva sino objetiva, en el sentido de que no tiene por objeto enjuiciar al autor de la norma sino a la norma misma, y por lo mismo una eventual declaratoria de incons-

29 En tal sentido vid. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1981, págs. 53, 62; Laura Clérico, *Die Struktur...*, citado, págs. 110 y s; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 729, 752.

titucionalidad y nulidad de una ley no tiene el sentido de un reproche que se formula al legislador sino más bien el de un mecanismo de depuración normativa orientado a garantizar la supremacía de la constitución sobre el resto del ordenamiento. En consecuencia, dado que la inconstitucionalidad no representa una sanción que se impone al legislador por haber errado en su pronóstico no tiene sentido limitarse a considerar sólo aquello que éste pudo conocer y prever, sino que es preciso tener en cuenta todo aquello que permita establecer si la norma conserva su legitimidad constitucional al momento de ser enjuiciada.

4.3. Respaldo de las premisas empíricas: La utilización del principio de proporcionalidad ha traído consigo una revalorización del papel que desempeñan las premisas empíricas en el control de constitucionalidad de las leyes, particularmente en lo que respecta a los juicios de idoneidad y necesidad, donde se condiciona la constitucionalidad de la ley a su aptitud para alcanzar determinados fines o a la inexistencia de otras medidas menos lesivas e igualmente efectivas para lograr la misma finalidad. La introducción de estos análisis, que tiene lugar mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, supone revisar la tradicional concepción de juicio de constitucionalidad como un simple juicio de comparación entre normas, en el que no resulta necesaria la práctica de pruebas y en el que están excluidas todo tipo de consideraciones de índole empírica o todo control sobre la eficacia de la norma enjuiciada. Sin embargo, debido a las especiales dificultades que conlleva la acreditación empírica del tipo de hechos relevantes en el control de constitucionalidad de las leyes (hechos generales, predicciones del legislador), dicha acreditación suele reemplazarse por apelaciones a las “convicciones sociales generalmente aceptadas” (p. ej., la mayor eficacia del derecho penal frente a otro tipo de medidas)

Ahora bien, un modelo exigente de control de constitucionalidad requiere que el legislador apoye los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley penal en premisas empíricas respaldadas en el conocimiento científico disponible y no sólo en convicciones sociales generalmente aceptadas. Este requisito de apoyar las premisas empíricas en conocimiento experto viene además a reforzar criterios de racionalidad legislativa ya existentes en el derecho positivo español (exigencia de que los proyectos de ley

en materia penal vayan precedidos de estudios sobre su necesidad, oportunidad y coste), al igual que estimula el interés por las consecuencias de las leyes penales y su evaluación en la fase postlegislativa³⁰. Por otra parte, aunque el incumplimiento de tal exigencia no sea un argumento suficiente para invalidar la intervención penal del legislador, sí debilita el grado de certeza atribuible a las premisas empíricas que sustentan dicha intervención, y con ello, el peso de las razones a favor de su constitucionalidad.

4.4. Grado de certeza de las premisas: Las intervenciones graves en derechos fundamentales, entre ellas las que se efectúan a través del derecho penal, han de ser sometidas a un control material intensivo, conforme al cual se exige que la medida enjuiciada venga respaldada en premisas seguras. Tal exigencia no debe interpretarse, sin embargo, como una demanda de certeza absoluta, imposible de alcanzar mediante el conocimiento empírico, sino más bien como el reclamo de que las premisas que apoyan la intervención legislativa cuenten con una elevada calidad epistémica, con un alto grado de probabilidad. Ello ocurrirá sólo cuando concurren las condiciones que garantizan su *máxima confirmación y su máxima resistencia a la refutación*. El grado de confirmación se incrementará cuanto mayor sea el fundamento cognoscitivo de las reglas de experiencia utilizada, la calidad y cantidad de los medios de prueba que lo respaldan, y cuanto menor sea el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis expresada en el enunciado de las pruebas que lo confirman. A su vez, la resistencia a la refutación será máxima cuando no exista ninguna contraprueba que desvirtúe las premisas empíricas que respaldan la intervención del legislador; tendrá un grado medio cuando existan algunas contrapruebas, pero éstas no logran imponerse sobre las pruebas que respaldan las premisas empíricas a favor de la intervención; finalmente, tendrá el grado más bajo de resistencia, cuando las contrapruebas tengan un grado de certeza equivalente al de las pruebas que apoyan la medida legislativa³¹. Estos parámetros generales de valora-

30 Al respecto vid. José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 46 y s.

31 Sobre tales criterios de valoración, basados en un modelo inductivo, vid. Marina Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 173 y ss.

ción han de ser complementados con los criterios específicamente orientados a determinar el grado de certeza de las premisas empíricas involucradas en el control de constitucionalidad de las leyes penales. En cualquier caso, esta menor certeza de las premisas empíricas relativas a la idoneidad y necesidad de la norma enjuiciada tendrá relevancia en la ponderación que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde una de las variables a tener en cuenta para asignar el peso a los principios que en ella intervienen es la certeza de las premisas empíricas que se hacen valer a favor o en contra de la intervención.

A modo de conclusión cabe señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de leyes penales requiere desarrollar una estructura de argumentación mucho más compleja (pero más completa) y depurada de la que se viene utilizando, en la que simplemente se identifica el juicio de proporcionalidad con la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del delito. Pero incluso en el marco de una estructura de argumentación más desarrollada, como la que aquí intenté esbozar, se advierten con claridad los límites del control de constitucionalidad de las leyes como instancia fiscalizadora del poder punitivo. La aplicación del principio de proporcionalidad supone introducir en el control de constitucionalidad de las leyes un gran número de interrogantes sobre los que no existe respuesta definitiva (qué se debe proteger a través del derecho penal, cuáles técnicas de tipificación deben emplearse, si la normas penales son instrumento realmente eficaces para la protección de bienes jurídicos, si es posible acudir a instrumentos alternativos, etc.), y frente a las cuales la última palabra, en un sistema democrático, se confía al legislador y no al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, dado que la definición del alcance de los derechos fundamentales dista de moverse en el plano de lo indiscutible, los instrumentos argumentativos empleados en el control de constitucionalidad de las leyes han de estar diseñados para ser operativos más allá del umbral de lo evidente, pues sólo con una configuración más exigente del control es posible estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afectan derechos fundamentales, y lograr que el juicio abstracto de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de *“asegurar que no decaiga la práctica constitucio-*

*nal de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia*³². No creo que en los actuales estados constitucionales el peligro para la democracia provenga de un exceso de protagonismo de sus órganos de justicia constitucional; antes bien, a esta crisis puede contribuir la falta de un *alter ego* institucional que afiance la exigencia de deliberación que, en las “democracias realmente existentes” no siempre cabe esperar del Parlamento.

32 Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, pág. 180.

UNIDAD II: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de
legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 35-
75.

107200

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

235134

tirant lo blanch

Valencia, 2004



Copyright © 2004

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

Director de la Colección:
JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho Penal

© ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: V - 3386 - 2004
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 111 - 9
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc

La garantía de ejecución, al igual que la garantía jurisdiccional, tampoco se encuentra recogida en el artículo 25.1 de la Constitución, sino, en este caso, en el artículo 25.2 de la misma respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad.

No obstante, a pesar de la ausencia de referencia expresa en el texto del 25.1 de la Constitución, la garantía de ejecución de la sanción penal puede indirectamente deducirse del mismo en la medida en que indica que la condena se establece en función de una acción u omisión. Consecuentemente, toda alteración, también en lo concerniente al *quantum*, modo o forma de cumplimiento de la pena, que suponga restricción de derechos constitucionales se convertiría en vulneratoria de lo dispuesto por la Constitución⁴⁸.

V. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La doctrina penal alemana distingue en el principio de legalidad, por un lado, un aspecto formal, del que se derivarían las exigencias de prohibición del derecho consuetudinario, prohibición de analogía y prohibición de retroactividad de las leyes penales no favorables, y por otro lado, un aspecto material, del que se extraerían las exigencias de concreción y determinación en las descripciones legales de las conductas delictivas y sus penas correspondientes.

La doctrina penal alemana al tratar el principio de legalidad no suele referirse a la reserva de ley quizá porque el parágrafo 104 de su Constitución prevé de forma clara y expresa la necesidad de una ley para todo lo relativo a la privación de libertad, parágrafo que tiene relevancia tanto para el Derecho penal sustantivo como para el procesal, al establecer que "la libertad personal no puede verse limitada más que por causa establecida en ley formal y sólo en el modo y forma previsto por ella. Los detenidos —continúa el parágrafo— no podrán ser sometidos a maltratos físicos o morales".

Si la doctrina alemana ofrece una visión cuatripartita del principio de legalidad, en la doctrina italiana se simplifica la cuestión abando-

⁴⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DÍEZ, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ob. cit., pág. 136, quienes subrayan como consecuencias insoslayables de la garantía en la ejecución las siguientes: La ejecución no puede gravar en mayor medida los derechos restringidos por la pena o sanción; no pueden arbitrarse criterios, aun por el propio Poder Judicial, contrarios a los que informan la seguridad jurídica y el principio de legalidad y, no puede la Administración decidir sobre modos de ejecución que desvirtúen el contenido de las penas impuestas por los Tribunales.

nando la prohibición de la analogía como subprincipio autónomo, por lo que queda configurado como exigencia deducida de alguno de los tres principios restantes: reserva de ley, taxatividad e irretroactividad⁴⁹.

Para la doctrina española⁵⁰, el principio de legalidad, como expresión de su plural fundamento, se plasma en más exigencias o prohibiciones, en concreto en las siguientes:

Primera: Sólo la ley es la instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes (*Reserva de ley*). De esta reserva se deriva la exclusión en materia penal de otras fuentes de Derecho, distintas de la ley formal, como las disposiciones administrativas y las normas consuetudinarias.

Segunda: La ley debe delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se le conmina (*Principio de tipicidad o de taxatividad* de la ley penal).

Tercera: *Prohibición de la analogía* (aplicación analógica de la ley penal) y de su *interpretación extensiva* (en contra del reo).

Cuarta: Prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos desfavorables al reo y de aplicación judicial de la ley penal con tal efecto retroactivo (*Irretroactividad*).

Quinta: Exclusión de la sanción penal y administrativa para un mismo hecho (*ne bis in idem*).

Estas exigencias se dirigen tanto al legislador penal como al juez. Del legislador exige que formule las descripciones del delito del modo más preciso posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege praevia*). Del Juez exige que sus condenas se basen en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (*nullum crimen sine lege stricta*)⁵¹.

1. Reserva de Ley en materia penal: Lex scripta

La frase acuñada "*nulla poena sine lege scripta*" (no hay pena sin ley escrita), expresa que el Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo lo que lleva al rechazo de la costumbre como fuente del Derecho penal.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pág. 19.

⁵⁰ Vid. por todos, ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", ob. cit., pág. 20.

⁵¹ Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (Traducción y notas de Muñoz Conde/ Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, págs. 313 y 314.

La exclusión de la costumbre como fuente de norma penal incriminadora fue, ante todo, un acto político adoptado por la revolución burguesa para oponerse al derecho feudal. Esta postura, como recuerda JUÁREZ TAVARES, sólo se tornó posible debido a, por lo menos, dos circunstancias: a la creación del Estado, impersonal y representativo de la voluntad general, y a la incertidumbre en cuanto a la identificación de una norma consuetudinaria⁵².

La costumbre, esto es, la práctica generalizada que por su observancia constante y uniforme ha adquirido en el seno de una colectividad la fuerza de un precepto o norma obligatoria, no constituye un medio válido de creación de normas penales como igualmente sucede con la jurisprudencia y con los principios generales del Derecho.

Frente a otras ramas del Ordenamiento Jurídico donde las fuentes del Derecho son, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 del Código civil, “la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”, la ley penal debe ser “escrita”. Del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho, al ser la ley la única instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes.

El rechazo de estas fuentes se explica por razones de seguridad jurídica puesto que la ley no sólo expresa la voluntad popular, sino que cuenta con un proceso de gestación que facilita al ciudadano su conocimiento. Las normas penales, por tanto, sólo pueden ser promulgadas a través del órgano que represente la voluntad del pueblo y por un procedimiento legalmente establecido (fundamento democrático-representativo).

Las ventajas de la ley frente al derecho consuetudinario descansan en que la ley, a través de las garantías de su proceso de creación, encierra un elevado grado de objetividad e imparcialidad, garantizando con su redacción abstracta, desconectada del caso concreto, la unidad y la igualdad en la aplicación del Derecho⁵³.

⁵² JUÁREZ TAVARES, “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia” (Traducción de Muñoz Conde) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pág. 764.

⁵³ Cfr., JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig/ Muñoz Conde), Volumen I, Barcelona, 1981, pág. 174.

Como ha expuesto VIVES ANTÓN, el principio de legalidad es una norma objetiva de la Constitución, que tasa las fuentes del Derecho penal reduciéndolas a la ley —“*praevia, scripta et scripta*”— y, a la vez, un derecho fundamental o garantía del ciudadano que no puede ser castigado sino en virtud de una ley de esas características⁵⁴.

Sin embargo, el rechazo de la costumbre no significa que la misma no tenga relevancia alguna en el campo del Derecho penal como lo demuestra la importancia de la tarea interpretativa, especialmente en aquellas ocasiones en que, por la remisión que la misma efectúa, se la utiliza para completar o integrar el contenido o alcance de una norma.

Excluidas otras fuentes distintas de la ley en el ámbito penal, es preciso señalar que no basta con cualquier norma escrita sino que es preciso que ésta tenga rango de ley emanada del Poder legislativo. Si el principio de legalidad es consustancial con la idea y el desarrollo del Derecho en el mundo democrático ha de tener como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley.

La reserva de ley surgió en Alemania en la época de la monarquía constitucional, debido a la subsistencia del principio monárquico, lo que implicaba la necesidad de alcanzar un compromiso y equilibrio entre Gobierno monárquico y la representación popular, plasmada en la burguesía. El concepto “reserva de ley” fue acuñado por Otto Mayer, quien lo desarrolló inicialmente⁵⁵.

Conforme a la reserva de ley los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación. Sólo una ley emanada del órgano legislativo y elaborada de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución para su sanción y promulgación, dictada en el marco de las instituciones del sistema democrático representativo, puede habilitar la intervención punitiva estatal en la esfera de los derechos y libertades de las personas.

Pero, como ha señalado MADRID CONESA, la reserva de ley no va a tener importancia exclusivamente para delimitar los marcos de actuación de los poderes legislativo y ejecutivo, sino que la reserva de ley hace referencia a la preeminencia de la ley en relación a todos los otros actos jurídicos de cualquier poder público, incluido el judicial, y es, por este motivo, por lo que la reserva de ley cumple una función

⁵⁴ VIVES ANTÓN, “Principios generales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, Vives Antón/ Manzanares Samaniego (Dir.), Madrid, 1996, pág. 42.

⁵⁵ Vid. más ampliamente sobre el origen de la reserva de ley, GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, 1988, págs. 27 y ss.

muy importante en relación a la certeza del derecho y, por tanto, también contribuye a la garantía de la libertad individual limitando las posibilidades de un ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado⁵⁶.

La reserva de ley se fundamenta en dos principios: en el del Estado de Derecho y en el democrático y conforma el contenido esencial del principio de legalidad, sin el cual se desmorona toda la compleja estructura de garantías construida sobre su fundamento. Carecería de sentido ahondar en torno a las exigencias de establecimiento previo del hecho, de certidumbre en la determinación de sus elementos y de estrictez en su interpretación, sin una ley a la cual referir esos mismos aspectos.

En los últimos años PALAZZO ha denunciado una progresiva infravaloración de la ley como fuente única o suprema del Derecho penal. Para este autor, el carácter democrático-representativo de la ley ha entrado en crisis porque al encontrarse el control de constitucionalidad en manos de órganos de carácter eminentemente judicial, se observa un desplazamiento de la base democrático-parlamentaria de la garantía legal a favor de la garantía material de los derechos fundamentales⁵⁷.

También DÍEZ RIPOLLÉS ha llamado la atención sobre la crisis de la ley al perder la misma la centralidad que venía ocupando en el sistema jurídico desde la instauración del Estado liberal, como expresión de la voluntad general democráticamente expresada, reflejada en notas tales como su carácter único, originario, supremo e incondicional. Esta crisis de la ley se ha originado, entre otras causas, porque se ha producido una notable transformación de las fuentes de creación del derecho al imponerse al legislador nacional una cada vez más extensa legislación comunitaria que no procede de un órgano legislativo, sin exigir refrendo parlamentario alguno y sin que cualesquiera teorías sobre distribución de competencias o delegaciones de soberanía puedan ocultar el hecho de que el legislador interno se encuentra cada vez más ante una situación de hechos consumados, sin olvidar el protagonismo de la jurisdicción frente a la legislación que ha llevado incluso a nuestro Tribunal Constitucional a cuestionar la validez de ciertas decisiones legislativas penales con apoyo en algunos principios constitucionales, singularmente el de proporcionalidad⁵⁸.

⁵⁶ MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, ob. cit., pág. 41.

⁵⁷ PALAZZO, F., "La legalidad penal en la Europa de Amsterdam" (Traducción de García Rivas), en *Revista Penal*, núm. 3, 1999, pág. 37.

⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", en *Doxa*, núm. 24, 2001, págs. 485 y ss.

2. *Principio de taxatividad o determinación de la ley penal: Lex certa*

El principio de taxatividad o determinación de la ley penal es la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas. El mandato de taxatividad supone, en palabras de BRICOLA, una exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición⁵⁹.

El principio de taxatividad constituye un aspecto fundamental del principio de legalidad penal, o en palabras de SÜB, "la expresión singular más importante del principio de legalidad"⁶⁰, pues de poco sirve exigir que la conducta y la sanción estén predeterminadas en una norma, si ésta aparece formulada en términos tan imprecisos que ni el ciudadano sabe con certeza qué conducta se declara punible o qué pena tiene asignada. De ahí que el principio de taxatividad constituya el aspecto material de la reserva de ley⁶¹ sin cuya concurrencia ésta pierde en funcionalidad y efectividad, pues, como dice BRICOLA, así como el principio de reserva de ley supone una garantía para el ciudadano en relación a las posibles arbitrariedades del poder ejecutivo, el principio de taxatividad "lo garantiza en relación a las arbitrariedades del poder judicial, que ve así circunscritos los propios espacios de maniobra en la individualización del significado y el ámbito de las normas penales"⁶².

El principio de taxatividad o determinación de la ley penal no es más que la manera con la que se puede satisfacer, de un lado, la exigencia de que todo ciudadano conozca con claridad lo que está penalmente prohibido (seguridad jurídica) y de otro lado, el principio democrático que quiere que sea el poder legislativo quien decida qué conductas merecen una sanción jurídico penal, puesto que sólo él posee una legitimidad directa para adoptar tales decisiones, por lo

⁵⁹ BRICOLA, *La discrezionalità nel Diritto penale*, Milano, 1965, págs. 292 y 293.

⁶⁰ SÜB, F., "El trato actual del mandato de determinación" (Traducción de Felipe i Saborit) en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pág. 221.

⁶¹ Para el tema de conexión entre taxatividad y reserva de ley, Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 257 y ss.

⁶² BRICOLA, en *Commentario della Costituzione*, a cargo de Giuseppe Branca, Bologna, 1981, pág. 232.

que no puede renunciar a sus competencias a favor del poder judicial⁶³.

No obstante, bajo la aparente simplicidad formal de este principio se oculta una gran complejidad que se pone de manifiesto en el momento de la elaboración de las leyes. Esta complejidad se debe a que se trata de plasmar por escrito un mensaje cuya forma y cuyo contenido se encuentran sometidos a una serie de condiciones referidas a diversos aspectos y finalidades. De ellas, como señala DOVAL PAIS, la más básica e inmediata consiste en que el mensaje normativo sea comprensible para sus destinatarios, pero éste, además, se ha de incorporar adecuadamente en el ordenamiento y en el sector jurídico correspondiente⁶⁴.

Ya los iluministas pedían que las leyes fuesen pocas, claras y escritas en lenguaje asequible al pueblo. Escribía BECCARIA: "Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico"⁶⁵.

Y MARAT en su Plan de Legislación Criminal de la Francia revolucionaria decía: "Es muy importante que no haya nada oscuro, incierto, arbitrario en la idea que se formule de los delitos y de las penas, porque importa que cada cual entienda perfectamente las leyes y sepa a qué se expone violándolas". El mismo MARAT reconocía que el Código penal no sería nunca suficientemente preciso.

Pero, fue WELZEL quien advirtió que: "¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!. Una "ley penal" que "determina": será castigado quien lesiona los principios del orden social democrático (o socialista o cualquier otro), no es conciliable con la idea de Estado de Derecho; no es una ley penal en sentido sustancial, como presupone el artículo 103 de la Ley fundamental"⁶⁶.

⁶³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Les principes du droit pénal et la jurisprudence constitutionnelle. Le point de vue espagnol", en *Droit constitutionnel et Droit pénal* (Dir. Jean Pradel), Volumen XXI, París, 2000, pág. 77.

⁶⁴ DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, págs. 21 y 22.

⁶⁵ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ob. cit., pág. 33.

⁶⁶ WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11.ª Ed., (Traducción de Bustos Ramírez/ Yáñez Pérez), 4.ª Ed. Castellana, Chile, 1993, pág. 27.

Ciertamente, una ley indeterminada o imprecisa, y por ello poco clara, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad⁶⁷.

Un ejemplo claro de ley indeterminada la encontramos en Alemania donde, tras la Segunda Guerra Mundial, regía una ley que declaraba punible a "quien atente contra el orden público o actúe contra el interés de las Fuerzas Aliadas". Más tarde esta ley fue declarada nula al resultar tan vaga e indeterminada que no había forma de saber con seguridad lo que con ella se pretendía castigar.

El mandato de determinación se dirige tanto al legislador a quien se le exige promulgar leyes penales precisas y comprensibles como a los tribunales a quienes se le prescribe aplicar únicamente tales leyes. Para SÜB, si se observa el trato dado al mandato de determinación se hace evidente que este principio jurídico sólo rige en sentido normativo. Para este autor, las exigencias que el mandato de determinación establece a la ley penal ni son reconocidas ni se cumplen en la práctica, pues el mandato que se le dirige al legislador de dictar únicamente leyes precisas ha sido soberanamente ignorado y los tribunales desatienden de forma patente el mandato de aplicar únicamente leyes penales determinadas⁶⁸.

Y es que sólo a través del principio de taxatividad se protege la certeza y la imparcialidad en la aplicación del Derecho. FERRERES COMELLA, fundamenta el principio de taxatividad, en primer lugar, en la certeza jurídica, que consiste en la posibilidad de predecir cómo deben actuar los órganos del Estado, a través de la consulta de los textos jurídicos en los que se expresan las normas que regulan el ejercicio del poder de esos órganos, y, en segundo lugar, en la imparcialidad en la aplicación del Derecho por parte de los órganos del Estado. Cuando la ley es precisa, se reducen las posibilidades de

⁶⁷ Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 169.

⁶⁸ SÜB, F., "El trato actual del mandato de determinación", ob. cit., págs. 225 y ss., donde expone las razones de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación.

que esos órganos introduzcan tratos discriminatorios entre los ciudadanos⁶⁹.

El mandato de determinación proscribire todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible y ordena redacciones lo más precisas posibles de las mismas. Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos de injusto y de las penas con que se amenaza su realización se asegura a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces y tribunales no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la “letra de la ley”, evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas, así como el consiguiente riesgo de arbitrariedad o de lesión al principio de igualdad ante la ley⁷⁰.

Pero, como señala HASSEMER, la más seria amenaza para el mandato de certeza no procede de la voluntad del legislador, sino de su capacidad para hacer leyes precisas. El legislador penal tiene que resolver, al mismo tiempo, dos tareas diferentes, contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a casos futuros, aún desconocidos pero “pensados para cuando se conozcan”, y debe formularlos de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a los casos que no han sido imaginados⁷¹.

A nivel técnico resulta a veces dificultoso mantener a ultranza el mandato de taxatividad frente a concretos requerimientos de utilidad, pues, por ejemplo, un casuismo exagerado en la descripción del ámbito de lo prohibido resultaría sumamente desalentador en orden a la exégesis. Por otra parte, no se puede siempre evitar el empleo de términos valorativos, pues hay materias en las que sólo estos términos permiten dotar de significado al correspondiente tipo penal⁷². Por eso mismo, pocos discuten que cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones al ser imposible redactar las leyes de tal manera que no se planteen al juez problemas de interpretación. Como ya señaló ENGISCH, pocos son los conceptos absolutamente determi-

⁶⁹ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002, págs. 43 y ss.

⁷⁰ Cfr. HUERTA TOCILDO, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pág. 104.

⁷¹ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, ob. cit., pág. 316.

⁷² En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.) *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2002, pág. 87.

nados en el mundo del Derecho. Entre ellos, quizá sólo quepa contar con aquellos que se refieren a magnitudes numéricas, como plazos, cantidades de valor económico, edades, etc.⁷³. Asimismo, RODRÍGUEZ MOURULLO sostiene que una redacción muy específica de los supuestos de hecho “socavaría el propio concepto de ley como norma general y abstracta”, y llevaría a que el “legislador absorbiera la propia función judicial”⁷⁴. Pero, incluso, una disposición precisa puede dar lugar a que se planteen casos dudosos, pues la precisión nunca es total.

Aunque para el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el individuo debe tener la posibilidad de conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para poder adecuar su comportamiento a ello, sin embargo, observan ESER/BURKHARDT, que no se debe extremar el mandato de determinación de la ley, pues de lo contrario las leyes se tornarían excesivamente rígidas y casuísticas y no se podrían adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o a las características especiales del caso concreto. El Derecho penal, dicen los autores citados, no puede renunciar a la utilización de conceptos generales y en el Derecho penal no deben considerarse como necesariamente inconstitucionales las cláusulas generales o los conceptos indeterminados que requieran una valoración judicial⁷⁵.

Por el contrario, SÜB, frente al argumento de la utopía de un Derecho penal preciso, denuncia que todo podría expresarse de forma más precisa tan sólo con que así se quisiera⁷⁶.

No obstante, como ha señalado FERRERES COMELLA, la mayor precisión y exhaustividad no se puede lograr sin incurrir en determinados costes. El principal coste es el riesgo de “infrainclusión” de la ley penal y de “sobreinclusión”. El legislador que sea muy preciso en la definición de los tipos penales corre el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible una serie de conductas que en realidad desea sancionar, y que lo serían bajo tipos penales contruidos con conceptos más vagos. Si el legislador es muy preciso a la hora de fijar las propiedades que justifican que una conducta quede excluida del ámbito de lo punible, y si pretende, además, que el juez no amplíe esa enumeración de propiedades en el momento de aplicar la ley, corre el legislador el

⁷³ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª Ed., Stuttgart, 1977, pág. 108.

⁷⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2002, pág. 27.

⁷⁵ ESER/ BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias* (Traducción de Silvina Bacigalupo/ Cancio Meliá), Madrid, 1995, pág. 53.

⁷⁶ SÜB, F., “El trato actual del mandato de determinación”, ob. cit., pág. 226.

riesgo de que queden incluidos dentro del ámbito de lo punible ciertas conductas que en realidad no desea sancionar⁷⁷.

Si el punto de vista formal sobre el principio de legalidad se identifica con la idea de certeza, con esta idea son incompatibles ciertas técnicas legislativas que devienen auténticos términos de elusión del principio de legalidad. De ahí que la exigencia de taxatividad lleve al rechazo de textos oscuros o ambiguos o cuando el legislador hace uso de los elementos normativos del tipo. Sin embargo, no parece ser hoy en día una cuestión discutida que el mandato de taxatividad adquiere contornos más flexibles cuando se le pone en relación con las causas de justificación, al no exigirse que las mismas vengan concreta y estrictamente determinadas en la ley penal. La finalidad del principio de legalidad, y de la regla de certeza en particular, no se opone a la consideración de causas de justificación que permitan excluir la punibilidad aún cuando no estén definidas en cada tipo en particular. El sentido teleológico del principio admite la reducción del contenido de seguridad jurídica a fin de lograr una ampliación de la libertad individual. Como ha señalado MORESO, hay razones para defender que el umbral de precisión exigido para la formulación de los tipos penales ha de ser más alto que el umbral de precisión exigido para la formulación de las causas de justificación⁷⁸.

Alude MUÑOZ CONDE, a una cierta tendencia a la desformalización, es decir, un debilitamiento del principio de legalidad. Una forma de aparición de esta tendencia a la desformalización es la frecuente utilización de leyes indeterminadas, es decir, de leyes en las que se emplean conceptos vagos y cláusulas generales de difícil interpretación, que dejan en la penumbra los límites entre los comportamientos delictivos y los que no lo son, o que dejan en manos del juez la solución final, sin vincularlo a conceptos claros y precisos⁷⁹. Con expresa referencia al Código penal español de 1995, LANDROVE DÍAZ denuncia que en el Código penal, impropio de un Estado que se pretende social y democrático de Derecho, el debilitamiento del fundamental principio de legalidad ha cristalizado en la redacción de muchos tipos abiertos, propiciadores de toda arbitrariedad, en el

⁷⁷ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, ob. cit., págs. 34 y 35.

⁷⁸ MORESO, J. J., "Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)", en *Doxa*, núm. 24, 2001, págs. 525 y ss.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, "Protección de los derechos fundamentales en el Código penal", en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, Vives Antón/Manzanares Samaniego (Dirs.), Madrid, 1996, pág. 449.

frecuente recurso a cláusulas generales o en el abuso de las denominadas normas penales en blanco⁸⁰.

Por tanto, los ataques al principio de taxatividad pueden venir producidos por el uso y abuso de elementos normativos, de cláusulas generales, de conceptos jurídicos indeterminados, de tipos penales abiertos, por la configuración poco clara del delito imprudente, por las remisiones normativas, etc., ataques que plantean distintos problemas.

2.1. Principio de taxatividad: Elementos normativos, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados

En primer lugar, en la formulación del tipo penal el legislador puede acudir a elementos descriptivos o a elementos normativos. Los elementos descriptivos expresan una realidad naturalística aprensible por los sentidos como "matar", "lesionar", etc., mientras que los elementos normativos aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, como "cosa ajena", "acreedor", etc., y requieren que la determinación de su significado se realice atendiendo a una valoración.

La distinción de los elementos del tipo en estos dos grandes grupos se debe a MEZGER, quien definió a los elementos normativos del tipo como aquellas partes integrantes del tipo penal que no hacen referencia simplemente a un supuesto de hecho dado sino que exigen del juez un juicio complementador valorativo⁸¹.

Los elementos normativos del tipo suponen una limitación de la vigencia del principio de legalidad porque la existencia de los mismos en el tipo plantea no sólo un problema de técnica legislativa, sino también de política, puesto que a través de la introducción de dichos elementos se aumentan notablemente los poderes discrecionales del juez y los tipos delictivos se convierten en "elásticos"⁸², que reclaman del juez una valoración.

Por el contrario, MADRID CONESA, considera que son erróneas las afirmaciones en el sentido de que los elementos normativos son un

⁸⁰ LANDROVE DÍAZ, "El Derecho penal "de la seguridad", en *La Ley*, núm. 5868, de 10 de octubre de 2003.

⁸¹ MEZGER, "Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände", en *Festschrift für L. Traeger*, 1926, pág. 25. Vid. asimismo sobre los elementos normativos del tipo, ENGISCH, "Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht", en *Festschrift für Edmund Mezger*, München und Berlin, 1954, págs. 127 y ss.

⁸² Expresión utilizada por RODRÍGUEZ MOURULLO, "Legalidad (Principio de)", ob. cit., pág. 889.

mal que haya que tolerar; pero que, como principio, son incompatibles con el principio de legalidad en un Estado de Derecho, porque, según este autor, no hay una necesaria correlación entre el carácter normativo de un concepto y la libertad que en el momento del juicio se ofrece al juez; es decir que un intento de individualizar los conceptos que hacen de un ley penal una ley indeterminada, que limitase su campo de análisis al de los llamados elementos normativos estaría condenado al fracaso, ya que la indeterminación no es una característica que sea esencial al carácter normativo de un concepto⁸³.

Sería vano y poco realista pretender la total eliminación de las características normativas de los tipos penales, porque en muchas ocasiones en atención a la propia naturaleza de las cosas, resulta inevitable la admisión de tales características.

No obstante, hay unanimidad en la doctrina en señalar que el peligro que en la actualidad más directamente amenaza la vigencia del principio de legalidad viene de parte de las cláusulas generales⁸⁴. NAUCKE entiende por cláusulas generales sólo los casos más extremos de no-decisión (...) sólo aquellas formulaciones legales que ofrecen los siguientes caracteres: gran indeterminación, de tal forma que el fin de la regulación no está claro; gran generalidad, de tal forma que el campo a regular no está claro; gran vaguedad, de tal forma que en el tratamiento de estas reglas no está claro el procedimiento a utilizar.

Como expone NAUCKE, la legislación moderna se caracteriza por una "fuga del legislador en las cláusulas generales"⁸⁵. En España, SILVA SÁNCHEZ, en igual sentido, afirma que se está convirtiendo en una práctica cada vez más frecuente el recurso por el legislador a cláusulas generales o elementos normativos a la hora de proceder a las descripciones típicas, lo que sin duda relativiza, por otro lado, la vinculación que los términos de la ley puedan ejercer sobre la reconstrucción dogmática del delito⁸⁶.

Aunque algún sector de la doctrina⁸⁷ ha considerado que la utilización de las cláusulas generales responden a la necesidad de

⁸³ MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, ob. cit., págs. 189 y 190.

⁸⁴ Sobre el concepto de cláusula general, Vid. el trabajo de HAFT, "Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht", en *Juristische Schulung*, núm. 8, 1975, págs. 477 y ss.

⁸⁵ NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung in Strafrecht*, Tübingen, 1973, pág. 21.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 135.

⁸⁷ Cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, pág. 74.

hacer flexibles las normas penales para poder dar cabida a los cambiantes procesos de valoración social, el sistema de "cláusulas generales" resulta desde luego incompatible con el Estado de Derecho y supone un grave atentado a la vigencia del principio de legalidad penal porque conllevan una renuncia, consciente o inconsciente, por parte del legislador al establecimiento de una regulación positiva, porque por su deliberada ambigüedad no permiten conocer qué comportamientos concretos se castigan, y, así, el legislador pone a merced de la decisión judicial, indebidamente, los límites entre lo ilícito y lo punible. Además, el legislador reenvía su propio cometido al juez, sobrecargando a éste con tareas que no le incumben por ser propias del poder legislativo. Por todo ello, para RODRÍGUEZ MOURULLO, las cláusulas generales deben estimarse absolutamente incompatibles con un Estado de Derecho⁸⁸.

Distinto es el caso de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", a los que el legislador acude con frecuencia en ciertos ámbitos del Derecho penal, particularmente en el ámbito sexual y político, como por ejemplo el concepto de "exhibición obscena" al que alude el artículo 185 del Código penal. Se trata de conceptos pocos precisos que requieren una posterior y definitiva concreción en la instancia judicial.

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados no está constitucionalmente vedada, mientras el sentido literal del precepto permita a las personas saber ya, anticipadamente, cuál es la conducta penalmente conminada, y siempre que el significado de la previsión normativa y su ámbito de aplicación pueda ser inmediatamente derivado por el juez de su propio contenido a través de los criterios de interpretación generalmente aceptados por la doctrina.

Como han señalado MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, en este caso, se trata más que de nociones indeterminadas de conceptos "determinables", es decir, de vocablos que tienen un significado atribuible a un grupo de casos, dentro de límites ya cognoscibles⁸⁹.

El Tribunal Constitucional alemán ha permitido muchas veces esta técnica, pero ha impuesto límites a su empleo y ha fijado criterios a la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados. El ejemplo más claro es la amplia cláusula de reprochabilidad en el delito de coacciones del parágrafo 240.2 del Código penal alemán, que fue declarada suficientemente determinada en la Sentencia de 1986 por

⁸⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, "Legalidad (Principio de)", ob. cit., pág. 890.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 105.

parte de la Sala Primera, en relación al caso de las sentadas contra las armas nucleares.

Pero, es sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico, dada la complejidad y especialidad de la materia regulada, donde los tipos penales tienen que remitirse necesariamente a normas y usos del Derecho mercantil y del Derecho económico en general, donde más se ha cuestionado la vigencia del principio de certeza.

Por otro lado, los problemas de vaguedad e indeterminación que generan, a su vez, dificultades en la interpretación y aplicación de los preceptos penales, conducen en ocasiones al legislador a formular definiciones de determinados conceptos cuyo significado puede no ser unívoco porque no siempre la definición excluye toda incerteza. Así sucede con el concepto de funcionario público recogido en el artículo 24 del Código penal que no excluye en todo caso la necesidad de efectuar un juicio valorativo para concretar su significado, o el concepto de casa habitada a efectos del delito de robo con fuerza en las cosas, donde nos encontramos con un concepto indeterminado en cuanto a los casos que cabe, o no, entender incluidos en su ámbito de referencia pues, a pesar de la definición hermenéutica que ofrece el Código penal en su artículo 241.2, la jurisprudencia ha hecho una interpretación extensiva dándole al concepto de casa habitada una extensión desmesurada lo que desborda el sentido literal posible de este concepto y conduce a la analogía in *malam partem*⁹⁰.

2.2. Principio de taxatividad y tipos penales abiertos: En especial el caso de los delitos imprudentes

El legislador recurre en ocasiones a lo que se denominan “tipos penales abiertos”⁹¹ o necesitados de complementación, donde la ley sólo describe una parte de las características del injusto, correspondiendo al juez la concreción de éste, como ocurre por ejemplo en materia de delitos contra la salud pública: “o de otro modo” (artículo 368) o “extrema gravedad” (artículo 370).

En los tipos penales abiertos más que en ningún otro, se manifiesta con toda crudeza el problema de la vinculación del juez a la ley, ley que no puede o no quiere llevar a cabo una definición exacta y acabada de

⁹⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 14.ª Ed., Valencia, 2002, pág. 382.

⁹¹ Sobre los tipos penales abiertos, Vid. TORIO LÓPEZ, “Tipicidad - Referencia a la teoría de los tipos abiertos”, en *Vinculación del Juez a la ley penal*, Jiménez Villarejo (Dir.), Madrid, 1995, págs. 9 y ss.

la conducta punible, dejando un amplio margen a la labor judicial⁹². Para COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, estos tipos serían anticonstitucionales al lesionar la taxatividad exigida de acuerdo con el principio de legalidad, de un lado, y, de otro, otorgar al poder judicial unas facultades en la concreción de los tipos penales que no les son propias ni genuinas, en atención a que corresponden, en régimen de auténtico monopolio, al poder legislativo⁹³.

No obstante, como señala GARCÍA RIVAS, la esencia del problema en la precariedad de la tipificación de la conducta, necesitada de la intervención judicial para la determinación de la acción prohibida u ordenada por el legislador, se centra en el delito imprudente y en el delito de comisión por omisión⁹⁴.

El problema que presentaban los delitos de comisión por omisión ha perdido importancia, ya que desde 1995 se regula en el artículo 11 del Código penal español, al igual que lo hiciera desde 1975 el Código penal alemán en su parágrafo 13, la figura de la omisión impropia.

El problema se centra pues en el ámbito del delito imprudente donde una limitación considerable en las posibilidades de aplicación del principio de legalidad se da en el mismo, al ser el juez o tribunal el que tiene que fijar en cada caso el cuidado objetivamente debido al realizar la conducta determinada, al no ser posible que el legislador determine la innumerable variedad de conductas que se dan en la vida real⁹⁵.

El Tribunal Supremo viene considerando en varias de sus resoluciones, como en la sentencia de 12 de noviembre de 1997 o 16 de junio del mismo año, que "los tipos de los delitos o faltas culposos, se perfilan como tipos abiertos, es decir, ese deber de cuidado no se configura de forma precisa en la norma jurídica, sino que es el juzgador el que ha de valorar, en cada caso concreto, si hubo o no infracción del deber de cuidado".

Se reconoce que el tipo legal, de textura abierta, sólo adquiere dimensiones concretas cuando el juez resuelve frente a una determinada situación de hecho. Ahora bien, si la norma requiere, para su aplicación, de la tarea judicial integradora, para dejar a buen resguardo el mandato de determinación se le exige al juez que elabore su

⁹² Vid. GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 115.

⁹³ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, ob. cit., págs. 33 y 34.

⁹⁴ GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 116.

⁹⁵ Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, Volumen I, 5.ª Ed., Madrid, 2001, pág. 169.

decisión indicando con precisión cuál es el contenido del cuidado objetivamente debido en el concreto ámbito de la actividad de que se trate; sólo después resulta posible y necesario establecer si la conducta ha comportado una infracción de ese deber de cuidado y puede, por tanto, ser calificada como delito imprudente. Ello conduce a afirmar la exigencia de una “doble determinación” que debe constar claramente en la sentencia para que la misma sea ajustada a los cánones del principio de legalidad⁹⁶.

Como ha señalado Armin KAUFMANN en el delito imprudente la ley sólo proporciona el débil empalme de la relación causal con el resultado, lo cual no es nada esencial del delito culposo. La acción incriminada no se encuentra circunscrita en el tipo, siendo teoría y jurisprudencia las encargadas de determinar los presupuestos bajo los cuales es antijurídica⁹⁷.

La objeción que pueda efectuarse a esta tarea judicial desde la perspectiva de la *lex praevia* se diluye tan pronto se admite, desde la moderna hermenéutica, que el juez desarrolla el Derecho en la tarea de aplicar la norma al caso. Ello no significa que el juez “cree” la norma de cuidado, sino sólo que la hace explícita, pues tal regla —es decir, el comportamiento cuya infracción derivó en la producción del resultado típico— debe ser verificable *ex ante* para todos los actores involucrados en la situación del hecho concreto, ya que sólo así puede afirmarse que han podido reconocer anticipadamente cuál era el cuidado debido y, por derivación, que las consecuencias de aquella infracción les resultaban previsibles⁹⁸.

2.3. Principio de taxatividad y remisiones normativas: En especial el caso de las leyes penales en blanco

El legislador a la hora de redactar las normas penales tiene a su alcance varios medios, entre los que se encuentran las remisiones normativas⁹⁹ y, en particular, las denominadas leyes o normas penales en blanco.

⁹⁶ Vid. GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 120.

⁹⁷ KAUFMANN, A., “El delito culposo”, en *Nuevo Pensamiento penal*, 1976, pág. 474.

⁹⁸ Cfr. GARCÍA RIVAS, “La imprudencia profesional: una especie a extinguir”, en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. Torio López, Granada, 2000, págs. 378 y 379.

⁹⁹ Una clasificación de las remisiones normativas, Vid, en DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, ob. cit., págs. 79 y ss.

Las remisiones normativas sirven en aquellas ocasiones en que el legislador puede dejar de referirse expresamente a determinados aspectos de un supuesto de hecho o, a las consecuencias jurídicas, porque ya se hallan previstas en otras normas, a las que envía para completar el texto de la correspondiente disposición.

Durante los años 80 tuvo lugar un amplio debate doctrinal entre los que sostenían que todo reenvío era inconstitucional, basando fundamentalmente su argumentación en la reserva absoluta de Ley Orgánica que mantienen para toda la materia penal¹⁰⁰, y los que, por el contrario, desde posiciones más permisivas, admitían su legitimidad constitucional, pasando por aquellos que la admitían con extraordinarias restricciones¹⁰¹. Debate que, aunque todavía vivo, ha perdido en intensidad enormemente tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

De todas las remisiones normativas la más conocida es la de las leyes penales en blanco¹⁰². El recurso por parte del legislador penal a estas leyes se justifica, con independencia de otras razones de índole política, por una razón técnica: la necesidad de evitar el rápido anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias que se ven sometidas, por la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios. Dado que la normativa penal, por su peculiar naturaleza, no se presta a ser sometida a continuas reformas, el legislador penal procede a dejar en manos de otras esferas competentes *ratione materiae* la determinación del ámbito concreto de su incidencia, remitiendo a normativas extrapenales de complemento que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal¹⁰³.

Los problemas que plantean las leyes penales en blanco se concentran en torno a dos cuestiones que afectan a las garantías asociadas a las exigencias materiales y formales del principio de legalidad penal. La primera se refiere a la indeterminación de la conducta prohibida

¹⁰⁰ En este sentido, Vid. por todos, COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, "Garantías constitucionales del derecho sancionador", en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, pág. 200.

¹⁰¹ Vid. por todos, ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", ob. cit., pág. 34.

¹⁰² Sobre la definición de "ley penal en blanco", Vid. GARCÍA ARÁN, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XVI, Santiago de Compostela, 1993, págs. 81 y ss.

¹⁰³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "leyes en blanco", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Tiedemann, Madrid, 1995, págs. 701 y 702.

y la segunda a la elusión de la reserva de ley que rige en la materia, por ello, el recurso a esta técnica podría representar una contradicción con el principio de legalidad ya que el legislador está haciendo abandono de una potestad que de acuerdo con la Constitución le corresponde en exclusiva. En este sentido CÓRDOBA RODA considera que las leyes penales en blanco contradicen el derecho a la legalidad penal en cuanto la determinación del delito y la falta se cede a preceptos distintos a la Ley¹⁰⁴.

Opinión distinta es la mantenida por el Tribunal Constitucional quien ha confirmado la constitucionalidad de las leyes penales en blanco que remiten a normas de rango inferior a la ley, condicionando su constitucionalidad a una serie de requisitos¹⁰⁵. Lejos de ser una técnica contraria a los fines del principio de legalidad, la ley penal en blanco si se acomoda a los límites marcados por el Tribunal Constitucional, resulta un modo de legislar que favorece la seguridad jurídica. Y ello porque, como ha indicado el Tribunal Constitucional, las leyes penales en blanco son legítimas en cuanto contenga el contenido esencial de la prohibición, lo cual supone que han de describir ya la conducta típica con un grado de taxatividad semejante al que requiere el principio de determinación. Por consiguiente, cuando a esta descripción se añade la remisión a normas sublegislativas, lo que en realidad se está haciendo no es ampliar, sino restringir el ámbito de lo ya prohibido¹⁰⁶.

En la doctrina alemana dominante¹⁰⁷ se acepta la legitimidad de los tipos penales en blanco. Si la remisión se hace a normas legales de rango inferior, para no violar el principio de taxatividad y la prohibición de analogía, el legislador debe por lo menos hacer una remisión expresa y esbozar de manera genérica el injusto que se quiere penalizar, precisando el contenido, la finalidad y la amplitud de la delegación, de tal manera que el ciudadano deba poder deducir de la ley las condiciones de la punibilidad y el tipo de pena.

Como medio técnico que podría ser útil para eliminar en gran parte los problemas de indeterminación que acarrearán las leyes penales

¹⁰⁴ CÓRDOBA RODA, "Principio de legalidad penal y Constitución", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 81.

¹⁰⁵ Vid. el principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, apartado 5.3. *infra*.

¹⁰⁶ Cfr. En este sentido, ARROYO ZAPATERO, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pág. 10.

¹⁰⁷ Vid. JESCHECK/ WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª Auf., Berlín, 1996, pág. 111.

en blanco, un sector de la doctrina propone como solución al problema el sistema de cláusulas de remisión inversa¹⁰⁸.

Las cláusulas de remisión inversa son unas referencias, que insertadas en las correspondientes normas complementadoras, advierten que la infracción de la prohibición o de la obligación establecida en ellas puede dar lugar en determinados casos a una sanción penal¹⁰⁹. Estas cláusulas refuerzan la vinculación entre la ley remitente y la norma infralegal que le sirve de complemento. Aquélla, la ley, contiene una descripción lo más exhaustiva posible de la conducta punible y determina expresamente la pena aplicable; el precepto complementador, por su parte, regla acerca de las condiciones o circunstancias técnicas que expresan el concreto significado de desvalor de la conducta descrita en el tipo penal y, al mismo tiempo, advierte que la infracción de la disposición de complemento trae aparejada la aplicación de una determinada sanción prevista en la ley a la cual remite. La doctrina¹¹⁰ que se ha ocupado de esta cuestión ha subrayado la importancia que tienen las cláusulas de remisión inversa en relación al principio de legalidad, de modo principal desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Esta solución propuesta por TIEDEMANN¹¹¹ hace algunos años, ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional alemán, quien exige que el precepto complementador en la norma administrativa remita a su vez a la ley penal.

2.4. *Principio de taxatividad y determinación legal y judicial de la pena*

Las exigencias materiales del principio de legalidad penal imponen una técnica legislativa que ofrezca una redacción lo más precisa posible de los tipos penales, pero no sólo precisión legal en la redacción de las conductas típicas sino también en la determinación de la pena por parte de la ley.

¹⁰⁸ En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, pág. 68, y DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, ob. cit., págs. 206 y 207.

¹⁰⁹ Vid. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, ob. cit., págs. 205 y ss.

¹¹⁰ Vid. por todos, BACIGALUPO, *Principios constitucionales de Derecho penal*, ob. cit., págs. 68 y ss.

¹¹¹ Vid. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, ob. cit., págs. 267 y ss.

En la tarea de fijar los marcos penales, el legislador posee una libertad de juicio que, sin embargo, no puede llevar a límites tales que impliquen formularlos con tal excesiva amplitud que supongan una afectación al principio de proporcionalidad.

El problema principal surge cuando se trata de establecer el margen de arbitrio judicial compatible con el principio de legalidad. Cuando en un primer momento se estimó oportuna la reserva exclusiva al legislador, y muestra de este primer momento es el Código penal francés de 1791 que señalaba a cada delito una pena absolutamente determinada, pronto se constató que el derecho no es pura lógica, que la vida desborda a la ley constantemente y que no es fácil encontrar dos casos exactamente iguales, por lo que rápidamente se superó el sistema de las penas absolutamente determinadas y se adoptó un criterio distinto por los Códigos penales del siglo XIX. Así, el Código penal francés de 1810 rectificó el extremado legalismo del de 1791 y estableció para cada delito una penalidad comprendida entre un máximo y un mínimo, dentro de los cuales podía el juez fijar con libertad la pena. Se llegaba así a la llamada pena relativamente indeterminada.

Tal vez, como sostiene RODRÍGUEZ MOURULLO, una absoluta rigidez en la determinación de las consecuencias jurídicas, que elimine todo ámbito para la libre decisión del juez, debe estimarse perjudicial¹¹² pero, asimismo, un riesgo que se debe evitar es el de construir marcos penales exageradamente amplios, que hagan insegura y poco calculable la aplicación del Derecho Penal. Hay que dejar, en efecto, el suficiente margen para que el juez adecue la pena a las circunstancias personales y materiales que concurren en la comisión de un delito pero estos márgenes, como dice MUÑOZ CONDE, han de ser lo suficientemente precisos como para excluir el exceso de arbitrariedad judicial y evitar que el juez se convierta así en legislador¹¹³.

Una vez que la ley penal establece el marco punitivo para cada figura delictiva considerada en abstracto, corresponde a los Tribunales su determinación en concreto, es decir, la fijación de la pena que considera directamente proporcionada al ilícito cometido.

Para algunos autores¹¹⁴ el arbitrio que la ley concede al juez para precisar, de forma exacta, la pena que debe imponerse al acusado,

¹¹² Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Legalidad (Principio de)", ob. cit., pág. 890.

¹¹³ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., pág. 97.

¹¹⁴ Vid. ORTEGA LLORCA, "Individualización de la pena: Márgenes del arbitrio judicial", en *Revista General de Derecho*, núm. 585, 1993, págs. 5713 y ss.

resulta imprescindible para mantener la humanización de la justicia, impidiendo la introducción de métodos estrictamente aritméticos.

Sin embargo, nuestro Código penal, para llevar a cabo la determinación judicial de la pena, ofrece tan sólo reglas generales que hacen que la vinculación del juez a la ley sea más débil, cuando debería fijar bases taxativas para la concreción o determinación de la sanción, pues la inexistencia de pautas legales uniformes que permitan conocer de antemano la decisión, conlleva, sin duda, cierto margen de discrecionalidad en la resolución judicial.

2.5. Principio de taxatividad y medidas de seguridad

Junto a la pena no hay que olvidar la otra reacción jurídica de la que dispone el Derecho penal, esto es, las medidas de seguridad y cuya regulación puede, asimismo, vulnerar el principio de taxatividad.

En la doctrina italiana FERRAJOLI ha denunciado que el principio de taxatividad de las medidas y de sus presupuestos queda negado en todos los casos por el hecho de que la elección del tipo de medidas y, en ocasiones, la propia decisión sobre la oportunidad de aplicarla quedan confiadas al juicio de peligrosidad, que, por naturaleza, no se vincula a hechos predeterminados sino a una valoración del juez puramente discrecional, además, ni siquiera la duración de la medida de seguridad está predeterminada legalmente ni determinada definitivamente en la resolución sobre su aplicación ¹¹⁵.

En la doctrina española se ha denunciado fundamentalmente el carácter temporalmente indeterminado que corresponde a esta clase de reacción jurídica y que choca frontalmente con el mandato de certeza de las sanciones penales. Ciertamente, el artículo 6 del Código penal incide en un tradicional ámbito de indeterminación: el cronológico, al establecer en su apartado segundo que: "Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor". Artículo tachado de contradictorio por JAÉN VALLEJO, para quien el peligro, tanto para el mismo sujeto como para los demás, así como los presupuestos que la determinaron, deberían ser los factores a considerar en el momento de valorar si debe cesar su ejecución o si, por el contrario, debe continuar, siendo aquí esencial un riguroso control judicial que aleje toda posibilidad de que una vez que desaparezca la

¹¹⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2.ª Ed., Madrid, 1997, pág. 781.

peligrosidad del sujeto éste pueda continuar internado, que es en el fondo lo que se quiere evitar con la crítica a la indeterminación de la medida cuando se aplica a enfermos mentales con exención completa o incompleta de responsabilidad penal¹¹⁶.

Ante esta defectuosa regulación se ha propuesto que si la medida aparece como instrumento terapéutico, su duración, en principio, debería llegar hasta tanto se lograsen los resultados queridos¹¹⁷.

3. Prohibición de la analogía: Lex stricta

Las normas jurídicas se dan con las notas de generalidad y abstracción para regular el mayor número de casos posibles que se den en la vida. A pesar de estas dos notas, es imposible regular todos los problemas que pueden presentarse al jurista, apareciendo las llamadas "lagunas de Derecho".

La ley penal ciertamente, como cualquier ley, puede presentar lagunas como consecuencia de que determinados hechos que en principio deberían ser delitos, han escapado a las previsiones del legislador. En otras ramas del ordenamiento jurídico, distinta de la penal, el modo de solucionar estas lagunas es el de recurrir a la analogía, es decir, aplicar una regla jurídica a casos a los que ciertamente no se ajusta su tenor literal, pero que son tan similares al caso regulado expresamente que parece conveniente darles el mismo tratamiento jurídico¹¹⁸. Lo único que se exige es racionalmente la existencia de esa similitud entre el supuesto regulado por la norma y el no regulado por ella, para que a ambas se pueda aplicar la misma consecuencia jurídica.

Con carácter general, el artículo 4.1 del Código civil señala: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón" pero, añade a continuación en el apartado 2 del mismo artículo 4: "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

¹¹⁶ JAÉN VALLEJO, *Derecho penal aplicado (Parte General y Parte Especial)*, Madrid, 2003, págs. 128 y 129.

¹¹⁷ En este sentido, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, pág. 115; MAPELLICAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª Ed., Madrid, 1996, pág. 209.

¹¹⁸ Cfr. ROXIN, "Nullum crimen, nulla poena sine lege", en *Iniciación al Derecho penal de hoy* (Traducción y notas de Muñoz Conde/ Luzón Peña), Sevilla, 1981, págs. 105 y ss.

En virtud de esta norma, en el Derecho penal se prohíbe la analogía, es decir, la aplicación de la ley a casos similares a los en ella contemplados, pero no idénticos, y en perjuicio del autor del hecho. La exclusión de la analogía en el campo del Derecho penal, y por tanto su diferencia con otras ramas del ordenamiento jurídico, se justifica en el hecho de que la prohibición de la analogía aparece vinculada al significado político liberal del principio de legalidad y es un claro límite al poder estatal y a la arbitrariedad, sobre todo si se considera que el poder judicial está sumamente identificado con el sistema de control directo del Estado y con todo el aparato coercitivo de éste. Si el juez pudiera castigar como delito una determinada conducta no incriminada por la ley penal, amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otras sí tipificadas, se convertiría en legislador, invadiendo sus competencias y el ciudadano quedaría inerte ante el poder judicial.

La prohibición de analogía como medio de creación y aplicación de preceptos penales así como de agravación de las penas y medidas ya existentes es un corolario del principio de legalidad: Todo lo que no está prohibido está permitido. QUINTANO RIPOLLÉS, considera además que la analogía vulnera dos principios básicos del Derecho penal: el de legalidad, porque supone la creación de nuevos delitos, habida cuenta que lo análogo no es lo idéntico, y el de irretroactividad, ya que el juez al cumplir la operación analógica lo hace con posterioridad a la realización del hecho, no pudiendo tal circunstancia ser prevista por el reo¹¹⁹.

Es cierto que los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración no se percataron del problema que la analogía representaba, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que "interpretar", sino que sólo tiene que "aplicar" el inequívoco tenor literal de la ley. Es célebre el aforismo de Montesquieu, cuando en su obra "El espíritu de las leyes", afirmaba que los jueces no son más que la "boca que pronuncia las palabras de la ley". Percatados, sin embargo, más tarde del problema que suponía la analogía, las primeras manifestaciones legislativas del principio de legalidad en Europa harían referencia, sobre todo, a la prohibición de la analogía, por los peligros que ésta conlleva de cara a la libertad de los ciudadanos y a la posible tergiversación que de la voluntad del legislador hicieran los jueces.

¹¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, Tomo I, Madrid, 1963, págs. 97 y ss.

Por eso decía BECCARIA que “no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley (...) El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviere con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre”¹²⁰.

El reconocimiento legal expreso de dicha prohibición no ha impedido que se haya infringido claramente en varias ocasiones, como por ejemplo sucedió en España, cuando el Tribunal Supremo subsumía analógicamente la defraudación del fluido eléctrico en el delito de hurto cuando la electricidad no podía considerarse una “cosa mueble”. Situación que se remedió más tarde con una tipificación expresa de estas defraudaciones.

3.1. Clases de analogía: Analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*

De la vigencia del principio de legalidad no se deriva la prohibición absoluta de la analogía, sino que es preciso distinguir entre una analogía cuya aplicación se realiza en perjuicio del reo (*in malam partem*) de aquella que se realiza en su favor (*in bonam partem*). Como la analogía afecta a los derechos fundamentales del ciudadano, es unánime la doctrina en rechazar la analogía *in malam partem* por vulnerar el principio de legalidad y de seguridad jurídica. Por el contrario, ni la doctrina ni la jurisprudencia se muestran tan unánimes respecto a la admisión de la analogía *in bonam partem*. Para un sector de la doctrina¹²¹ por la exigencia de taxatividad y reserva de ley, la admisión de la analogía, en todas sus formas, no sólo contraviene el principio de legalidad, sino que también plantea problemas en orden a su constitucionalidad. La analogía *in malam partem*, observan, se encuentra absolutamente vedada y la analogía *in bonam partem* sólo sería admisible a partir de un precepto legal que expresamente lo indicara, siempre que la autorización para extender analógicamente preceptos favorables no fuera genérica.

Tras la aprobación del nuevo Código penal algunos autores consideran que se ha cerrado el paso a la analogía *in bonam partem*

¹²⁰ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ob. cit., págs. 31 y 32.

¹²¹ Cfr. COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, ob. cit., pág. 203.

argumentando su opinión en el artículo 4.3 del Código penal¹²², mientras que RODRÍGUEZ MOURULLO argumenta dicha prohibición en el núm. 1 del artículo 4 del Código penal¹²³.

La doctrina dominante, por el contrario, considera que el artículo 4.3 del Código penal no es suficiente argumento para negar la aplicación analógica benéfica, básicamente porque la prohibición de analogía es una consecuencia del principio de legalidad, cuya creación se debió a la necesidad de proteger a los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado; por ello, sí de lo que se trata es de limitar la intervención del poder punitivo estatal, deja de tener sentido la prohibición de la analogía cuando beneficia al reo. La analogía, concluyen, cuando favorezca al reo no se opone al principio de legalidad penal¹²⁴.

3.2. *Analogía e interpretación extensiva*

El legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones y todos los conceptos que emplea admiten, en mayor o menor medida, varios significados y es el juez quien siempre tiene que elegir entre las diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza, según determinadas reglas, es lo que se denomina interpretación. Pero, puesto que los textos legales pueden entenderse en un sentido más amplio o más restringido cabría afirmar que los tipos legales tendrían un contenido mínimo y un contenido máximo, dando lugar a diversas clases de interpretaciones y entre ellas a la interpretación extensiva que sería la que diera al texto legal el contenido máximo de casos.

Vedar la interpretación de la ley es algo absolutamente impensable y prácticamente imposible. Como señala JUÁREZ TAVARES, sin interpretación, el derecho no tiene vigencia ni eficacia. Bien o mal, la interpretación tiene, muchas veces, la condición de evolucionar el propio derecho y esto puede ser cumplido por los tribunales. La cuestión, como indica el citado autor, está en imponer un límite a la interpretación, en situarla dentro de la perspectiva de garantía individual y de contención del poder punitivo¹²⁵.

¹²² Vid. por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, ob. cit., págs. 173 y 174.

¹²³ RODRÍGUEZ MOURULLO, en Rodríguez Mourullo (Dir.) Jorge Barreiro (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, págs. 35 y ss.

¹²⁴ Vid. por todos, HUERTA TOCILDO, "El derecho fundamental a la legalidad penal", ob. cit., pág. 105.

¹²⁵ JUÁREZ TAVARES, "Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia", ob. cit., pág. 765.

La relación de la analogía con la interpretación ha llevado en ocasiones a hablar de “interpretación analógica” cuando la analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma. El problema se presenta cuando se quiere diferenciar la analogía de la interpretación extensiva ya que a menudo se confunden cuando son casos diferentes. La interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de una unidad orgánica del derecho¹²⁶.

ENGISCH definía la interpretación extensiva como aquella forma de interpretación que extiende el poder del Estado a costa de la libertad de individuo¹²⁷.

Siguiendo los dictados de la analogía, la doctrina mayoritariamente sostiene que queda prohibida la interpretación extensiva en perjuicio del reo mientras que dicha prohibición deja de tener sentido cuando beneficie al reo.

4. Principio de irretroactividad de la ley penal: Lex praevia

La ley penal está sujeta al régimen general de todas las leyes en el Ordenamiento Jurídico español, donde rige el artículo 91 de la Constitución¹²⁸ en relación con el artículo 2.1. del Código civil, según el cual, “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”.

El tiempo que transcurre entre la total publicación de una norma legal en el Boletín Oficial del Estado y su entrada en vigor recibe el nombre de “vacatio legis”, período durante el cual las leyes carecen de toda clase de vigencia y no pueden aplicarse a hechos anteriores a su promulgación, ni tampoco pueden ser aplicadas a hechos realizados con posterioridad a su derogación. Ambos principios encuentran expresión en el aforismo “tempus regit actum”.

¹²⁶ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986, pág. 25.

¹²⁷ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, ob. cit., págs. 100 y ss.

¹²⁸ El artículo 91 de la Constitución establece: “El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”.

La “vacatio legis” responde a razones de seguridad jurídica ya que para que la ley pueda ser obedecida por los ciudadanos es preciso que éstos conozcan la ley.

El principio de legalidad impone al legislador penal la prohibición de promulgar leyes con efecto retroactivo, *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, pues como ha denunciado HASSEMER, una ley que pretenda ser aplicable a un caso que haya ocurrido antes de que la ley haya entrado en vigor, es un fantasma del Estado policial¹²⁹. De ahí que desde muy temprano, se incluyese en el principio de legalidad penal el subprincipio de la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales en perjuicio del acusado o condenado, hasta el punto de que hoy no se concibe el uno sin el otro puesto que el principio de legalidad se burlaría si dicha prohibición no se respetase.

La exigencia de una ley previa a la conducta que la defina como delito y para ello prevea una pena es el contenido más asentado tradicionalmente del principio de legalidad y su consecuencia jurídica es la prohibición de dotar a las nuevas leyes de efectos retroactivos, porque harían perder a la ley su función motivadora y el castigo de la conducta dependería de cambiantes valoraciones políticas y del oportunismo. La prohibición de retroactividad viene exigida por la función de la pena y por el concepto de culpabilidad. La primera se funda en el posible conocimiento previo de la conducta prohibida y del castigo con que se amenaza, pues de otro modo no se podría obtener el efecto preventivo buscado con la pena; y la segunda, reclama esa posibilidad de conocimiento previo en que se sustenta la motivación.

El principio de irretroactividad de las leyes penales fue objeto de crítica por parte de los correccionalistas y los positivistas. Al ser la pena un bien para los primeros, era lógico que no vieran inconvenientes en la aplicación retroactiva de las leyes penales. Los positivistas, por su parte, consideraban que la ley nueva es la que mejor se adapta a las exigencias actuales de la defensa social y debe aplicarse, por ello, con carácter retroactivo.

Además, el principio de irretroactividad sufrió en pleno siglo XX enconados ataques. Así, en la Alemania nacionalsocialista se promulgaron algunas leyes penales con carácter retroactivo, como la llamada y conocida *Ley Van der Lubbe* de 28 de febrero de 1933, que establecía la pena de muerte para los delitos de traición y que se aplicó con carácter retroactivo al presunto incendiario del Reichstag. Otras excepciones históricas a la vigencia del principio de irretroactividad lo constituyeron los procesos de Nuremberg.

¹²⁹ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, ob. cit., pág. 320.

A pesar de las opiniones¹³⁰ que por una vía u otra justifican el principio en torno a criterios que dimanen del régimen de garantías, se puede afirmar que es un dictado de la vigencia material del principio de seguridad jurídica¹³¹ y que constituye una garantía política para el ciudadano en un doble sentido. En primer lugar, le protege frente a condenas sorpresivas o aumentos de penalidad *ex post ipso*. Y en segundo lugar, el principio de irretroactividad posibilita que los ciudadanos puedan adecuar su conducta a los mandatos y prohibiciones de las leyes, pues resulta materialmente imposible planificar las conductas y prever sus consecuencias si no existe previamente un modelo, un baremo legal que discrimine lo lícito de lo ilícito.

Para MAURACH, la prohibición de retroactividad se fundamenta desde una doble perspectiva: Desde el punto de vista del derecho político, lo decisivo para su implantación fue el reconocimiento de una esfera de libertad del particular frente al Estado: nadie debe ser sorprendido *a posteriori* con una pena por acciones que al tiempo de su comisión eran irrelevantes para el Derecho penal; a nadie le debe alcanzar una pena más grave que la señalada al tiempo de la comisión del hecho. Desde el punto de vista político criminal, el principio se justifica por el absurdo de una pena aplicada retroactivamente: una tal pena no sería ni retribución, pues no partiría de la culpabilidad, ni prevención, ya que faltaría al tiempo de la realización del acto la coacción de la conminación penal¹³².

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

¹³⁰ Sobre las diversas fundamentaciones del principio de irretroactividad, Vid. extensamente, SUÁREZ COLLÍA, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, 1991, págs. 36 y ss.

¹³¹ Cfr. En la doctrina alemana, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 184 y en la doctrina española, COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 4.ª Ed., Valencia, 1996, pág. 177 y RUIZ ANTÓN, "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia", en *Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, Poder Judicial*, núm. Especial VI, 1989, pág. 97, entre otros.

¹³² MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I (Traducción y notas de Córdoba Roda), Barcelona, 1962, pág. 140.

prevista en la ley posterior. Todo ello porque como señala VASALLI, castigar mediante una ley retroactiva es como hacerlo en virtud de un principio moral o político que no había quedado traducido en ley positiva en el momento del hecho, siendo por tanto equivalente a castigar en ausencia de una ley incriminatoria¹³³.

4.1. Retroactividad de la ley penal más favorable

La excepción al principio de irretroactividad se encuentra en el principio de la retroactividad de las leyes penales más favorables al reo, es decir, de las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad de la misma, principio que implica una derogación de la regla "tempus regit actum", pues, al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo.

Pero, bajo un prisma histórico se observa que mientras el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables aparece muy tempranamente en las primeras Declaraciones sobre Derechos Humanos y Constituciones europeas, y además vinculado al principio de legalidad penal, no ocurre lo mismo con el principio opuesto, el de retroactividad de las disposiciones penales beneficiosas, cuya recepción en los textos internacionales sobre Derechos Humanos se produce más tardíamente, ya en la segunda mitad del siglo XX, mientras que en las Constituciones solo una, la de Portugal, incluye la regla que obliga a aplicar retroactivamente las leyes favorables.

En España, en el Anteproyecto de nuestra Constitución de 1978 se contemplaba expresamente la afirmación de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, pero este mandato terminó cayendo de la redacción final. En el texto constitucional vigente el principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras aparece consagrado en el artículo 9.3, mientras que el de retroactividad de la ley penal más favorable no se contempla en parte alguna de la Constitución española, lo que plantea sus dudas sobre su rango de principio constitucional o de mera legalidad ordinaria. Dicha retroactividad resulta, no obstante, constitucionalmente legítima, pues como ha señalado FERRAJOLI, por los mismos motivos por los que ésta (la desfavorable al reo) debe ser irretroactiva (la injustificabilidad de agravamientos no predeterminados legalmente o que ya no se consi-

¹³³ VASALLI, "Nullum crimen, nulla poena sine lege", en *Digesto delle Discipline Penatistiche*, Vol. VIII, Milán, 1994, pág. 284.

deran necesarios), la ley penal más favorable al reo debe ser en efecto ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más nueva¹³⁴.

Al principio de retroactividad de las leyes penales favorables al reo se le han atribuido muy distintas fundamentaciones. Así, se han invocado razones humanitarias. Para CUERDA RIEZU la retroactividad de lo favorable no representa ninguna garantía para el ciudadano: cuando éste realiza una determinada conducta, debe estar en condiciones de saber si ésta es delictiva o no y con qué pena está amenazada su comisión, pero ni él ni nadie puede saber en ese momento si posteriormente entrará en vigor una ley que desincriminará esa conducta o que reducirá su penalidad; tratándose de algo futuro sólo cabe formular vaticinios pero nunca seguridades. Y en cualquier caso, la hipótesis de una futura ley penal que le puede producir únicamente ventajas y nunca inconvenientes no es algo que represente para él una inseguridad. Descartada la idea de garantía, sólo cabe entender la retroactividad favorable por razón de humanidad, *pietatis causa*¹³⁵. Otros autores¹³⁶ aluden a razones de justicia, porque a través de la supresión o atenuación de la conminación penal manifiesta el legislador una revisión de su primitiva concepción.

Para la doctrina mayoritaria, sin embargo, el fundamento de la retroactividad favorable reside en razones político-criminales que reconducen a las exigencias del principio de prohibición de exceso¹³⁷, ya que la pena resulta excesiva en cuanto aparecen normas posteriores en el tiempo que restringen el ámbito de lo punible de delitos ya existentes y por tanto hacen desaparecer la necesidad de prevención general y de prevención especial respecto a esos delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. Además, como expone SILVA SÁNCHEZ, el mantenimiento de una pena que el Ordenamiento Jurídico considera innecesaria o excesiva en orden a los fines que

¹³⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., págs. 381 y 382.

¹³⁵ CUERDA RIEZU, "La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional", en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, pág. 290. En el mismo sentido, se pronuncia LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, ob. cit., pág. 119, para quien la fundamentación *pietatis causa* parece ser la que mejor expresa el espíritu de la norma.

¹³⁶ Vid. por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, en Rodríguez Mourullo (Dir.) Jorge Barreiro (Coord.), *Comentarios al Código penal*, ob. cit., pág. 31.

¹³⁷ Vid. por todos, COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 177.

ese Ordenamiento ha de cumplir sólo podría justificarse en la mera retribución del hecho pasado¹³⁸.

El principio de irretroactividad y su excepción, el principio de retroactividad de la ley más favorable, no están exentos de algunos problemas que surgen en relación con los mismos, como el alcance del principio de irretroactividad en el caso de las leyes penales en blanco; su conexión con las leyes procesales; su aplicación a las medidas de seguridad y su eficacia en relación con la jurisprudencia.

4.2. *El principio de irretroactividad y las leyes penales en blanco*

Se discute en la doctrina si el principio de irretroactividad de las leyes penales debe aplicarse a las leyes penales en blanco en las que se da la posibilidad de que, sin una variación formal, aparente, de los términos del tipo penal, su contenido resulte modificado, bien en términos más restrictivos de la libertad individual, bien en términos ampliatorios de la misma; ello, por la modificación de la normativa extrapenal de referencia.

El recurso a las leyes penales en blanco es especialmente intenso en el campo del Derecho penal económico, en el que la materia objeto de regulación, por su propia naturaleza, es significativamente más variable que el núcleo tradicional del Derecho penal. Pero, asimismo, esa mayor variabilidad de la materia y la consiguiente necesidad de una continua modificación de las regulaciones extrapenales de complemento determina que la ley penal en blanco de contenido socioeconómico constituya un campo especialmente abonado para el planteamiento de problemas de sucesión en el tiempo de normativas diversas y, consiguientemente, de problemas en relación con los principios de irretroactividad y de retroactividad de las disposiciones favorables.

En la doctrina no parece existir discusión acerca de que las modificaciones de las normas extrapenales que completan una ley penal en blanco teniendo un sentido ampliatorio de la punibilidad no son aplicables retroactivamente, es decir, opera aquí, sin mayores problemas, el principio general de irretroactividad. En cambio, si ha sufrido algunas variaciones la solución dada al problema de la eventual aplicación retroactiva de las modificaciones en sentido restrictivo de la punibilidad experimentadas por las referidas normas extrapenales.

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "leyes en blanco", ob. cit., pág. 699.

La tesis tradicional optaba por mostrarse contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo producidas en las leyes penales en blanco a consecuencia de una variación de la normativa extrapenal objeto de remisión. Sin embargo, la tesis favorable a la aplicación retroactiva se ha ido consolidando en la posguerra como doctrina dominante¹³⁹. Así, para CEREZO, en realidad dichas leyes o disposiciones, aunque pertenezcan a otro sector del Ordenamiento Jurídico quedan incorporadas a las leyes penales, al completarlas con la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas, por lo que debe regir para ellas el principio de irretroactividad, así como el de retroactividad de las leyes penales favorables¹⁴⁰.

SILVA SÁNCHEZ ha matizado la opinión anterior y considera que desde una interpretación puramente gramatical del término usado en el artículo 2.2 del Código penal, "ley penal", sí es posible afirmar la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo de las normas extrapenales que complementan a las leyes penales en blanco pero, desde una interpretación teleológica la respuesta debe ser distinta y concluye distinguiendo entre un cambio del objeto de la protección de una norma que sigue manteniendo el mismo núcleo de injusto, en cuyo caso la modificación favorable no tendría efecto retroactivo, y un cambio de valoración del fin de protección o la forma de ataque, que sí daría lugar a la aplicación retroactiva de la norma posterior favorable. Por ejemplo, dice SILVA, piénsese en una industria cuyas emanaciones de anhídrido sulfuroso son de 10.000 mg/Nm³, en un momento en que la normativa administrativa medioambiental ha situado el máximo tolerado en 9.000, por lo que, dándose los demás requisitos, realiza el tipo del artículo 325 del Código penal, siendo condenada por dicho delito. Pasados los años y debido a una mejora de la situación medioambiental la Administración sitúa el máximo de emanación tolerada en 12.500 mg de anhídrido sulfuroso, ¿Tiene realmente sentido que se le aplique retroactivamente al sujeto la nueva configuración del artículo 325 y que, por tanto, quede en libertad? A juicio de SILVA, la respuesta ha de ser negativa, pues, pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo, realizó una conducta

¹³⁹ Vid. más ampliamente sobre estas tesis, SILVA SÁNCHEZ, "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "leyes en blanco", ob. cit., págs. 703 y ss.

¹⁴⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, ob. cit., pág. 180.

de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar¹⁴¹.

4.3. *El principio de irretroactividad y las leyes procesales*

En materia procesal rige el principio general establecido en el artículo 2.3 del Código civil: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo, sino dispusieren lo contrario". Esto significa que cualquiera que haya sido la fecha de comisión del delito, el proceso se regirá por la ley vigente en el momento en que éste tenga lugar, *tempus regit actum*¹⁴².

El problema se centra en la cuestión de si la prohibición de retroactividad debe ser válida para cualquier tipo de normas penales, tanto materiales como procesales. Para la mayoría de la doctrina alemana¹⁴³, en el derecho procesal no rige la prohibición de retroactividad. Opinión que es criticada por otro sector, aunque minoritario, que mantiene que la proscripción de retroactividad, así como la de la analogía, rige también en Derecho procesal penal en tanto se trata de actos procesales restrictivos de derechos. Para el Tribunal Constitucional alemán la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas penales no afecta ni siquiera a las reglas de la prescripción, al ser ésta un instituto procesal. De este modo, el Tribunal Constitucional dio fácil solución al propósito político entonces vigente de hacer posible la continuidad de la persecución penal de los delitos de la época del nacionalsocialismo¹⁴⁴.

En España, BOIX rechaza las posiciones de quienes sustentan la aplicación, sin fisuras, de la vigencia de la norma procesal que en cada caso y momento regula el acto o de quienes, desde una posición intermedia, tibia y con efectos contradictorios, mantienen la vigencia de las normas existentes a partir del momento en que surge la relación procesal¹⁴⁵, mientras que para CÓRDODA RODA la expresión "legis-

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, "Legislación socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "leyes en blanco", ob. cit., págs. 713 y ss.

¹⁴² La regla *tempus regit actum* ha sido matizada por nuestro Tribunal Constitucional que se ha pronunciado expresamente en materia de regulación de la prisión provisional, cuya irretroactividad ha afirmado si son las normas procesales más restrictivas por afectar al derecho a la libertad personal

¹⁴³ Vid. por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 186.

¹⁴⁴ Vid. más ampliamente, TIEDEMANN, "Constitución y Derecho penal" (Traducción de Arroyo Zapatero), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 160 y ss.

¹⁴⁵ BOIX REIG, "De nuevo sobre el principio de legalidad penal", en *Revista General de Derecho*, núm. 512, 1987, pág. 2202.

lación vigente” utilizada por el artículo 25.1 de la Constitución, comprende tanto las normas de Derecho penal material, como las de orden procesal que determinan la forma en virtud de la cual se aplican aquéllas, y, en particular, las normas que establecen las condiciones de perseguibilidad procesal, las privaciones de derechos y las garantías de la persona. Para este autor, el aforismo *tempus regit actum* debe entenderse referido al proceso y no al hecho a enjuiciar, por la razón de que tal interpretación sería contraria al sentido de garantía que resulta del artículo 25.1 de la Constitución¹⁴⁶.

El problema se ha intensificado recientemente con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Esta Ley ha modificado el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y permite al Juez de Guardia dictar sentencias de conformidad, en las que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, y si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución. Esta reducción de la pena constituye la principal ventaja para el acusado y, en consecuencia, el principal estímulo establecido por el legislador para fomentar estas conformidades¹⁴⁷.

Pero, el interrogante que se ha planteado, y que al parecer sigue sin resolverse, es si es posible la aplicación retroactiva de la llamada “ley de juicios rápidos”. La consecuencia de la aplicación retroactiva de esta norma favorable al reo sería la revisión, de oficio o a instancia de los interesados, de aquellas condenas anteriores al 28 de abril último —fecha de entrada en vigor de la nueva ley— si el acusado se conformó, pero no pudo beneficiarse de la reducción del tercio de la pena, introducida por la reforma.

Ya, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe a la Ley, tras manifestar que: “Parece, además, injusto, beneficiar con un tercio de la condena al delincuente que se conforme en el Juzgado de Guardia mientras que no se establece beneficio alguno para aquel otro que, por las razones que sean —siempre ajenas a él— no ha podido acogerse a este procedimiento”, propuso suprimir esta reducción.

¹⁴⁶ CÓRDOBA RODA, “Principio de legalidad penal y Constitución”, ob. cit., págs. 86 y 87.

¹⁴⁷ Sobre la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, Vid. más ampliamente, CONDEPUMPIDO TOURÓN / GARBERÍ LLOBREGAT, *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Tomo I, Barcelona, 2003, págs. 9 y ss.

La solución desde luego no es la supresión de la reducción sino dar una respuesta coherente al problema para lo que habrá que determinar en primer lugar cuál es la naturaleza de la norma contenida en la Ley Orgánica 8/2002. Si atendemos al cuerpo normativo reformado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta norma es de naturaleza procesal, pero, la regulación que encierra el artículo 801 de dicha Ley, contiene normas de naturaleza tanto procesal como material. En los apartados 2 y 3 de dicho artículo, las referencias que regulan la reducción de las penas en un tercio, así como la suspensión y sustitución de las penas, son normas de derecho material o sustantivo que, lógicamente, afectan a la determinación de la pena a imponer aunque el legislador haya optado por incluirlas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desde luego habría sido más acertado introducir estas disposiciones en el Código penal y a la vez, realizar las oportunas modificaciones en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal tal y como proponía el Consejo General del Poder Judicial, quien en su Informe a la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decía: "No parece criticable el sistema de reducción de pena, pero para ello es preceptiva la modificación tanto del Código penal como de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus normas generales que establezcan la posibilidad de imponer pena inferior a la señalada por el tipo penal, cuando dicha reducción conlleve la rebaja por debajo del mínimo de la pena tipo".

Como señalan CACHÓN CADENAS/ CID MOLINÉ, la inadecuada ubicación sistemática del precepto no puede encubrir sus auténtica naturaleza de norma penal sustantiva y consideran lógicamente que la norma concerniente a la reducción de la pena no pierde su naturaleza sustantiva por el hecho de que la aplicación de esa rebaja quede supeditada a la realización de un acto procesal por parte del acusado, es decir, a que éste preste su conformidad con la acusación. Basta tener en cuenta, —dicen los autores citados— por ejemplo, lo que ocurre con la atenuante de arrepentimiento espontáneo donde la aplicación de dicha atenuante está condicionada a la realización de un acto procesal por parte del responsable del delito y, sin embargo, no se suscitan dudas acerca de la naturaleza sustantiva de la norma que establece dicha circunstancia atenuante¹⁴⁸.

La Fiscalía General del Estado, por su parte, en la Circular 1/2003, de 17 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e

¹⁴⁸ CACHÓN CADENAS/ CID MOLINÉ, "Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos", en *La Ley*, núms. 5819 y 5820, de 8 y 9 de julio de 2003.

inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado considera que: “la sustantividad de la conformidad minorativa en su dimensión de cláusula de atenuación de la pena milita a favor de su posible aplicación a hechos punibles cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2002 en razón del efecto retroactivo que el artículo 2.2 CP atribuye a las leyes penales que favorezcan al reo. En todo caso, (...) la eficacia inmediata del artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será posible sólo en aquellos procesos penales que a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2002 no hayan agotado su fase instructora”.

MARTÍN PALLÍN considera restrictivo este criterio de la Fiscalía con el alcance del artículo 2.2 del Código penal que invoca, ya que este precepto impone la aplicación retroactiva de las normas penales favorables también a los ya condenados. Para este Magistrado, aunque la rebaja del tercio de la pena se incluye en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se trata de una norma material, de derecho sustantivo, sobre determinación de la pena, a la que alcanza de lleno el artículo 2.2. del Código penal¹⁴⁹. En igual sentido se pronuncian CACHÓN CADENAS/ CID MOLINÉ, para quienes la reducción de la pena que establece el artículo 801.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta aplicable retroactivamente a cualesquiera hechos delictivos cometidos antes de la entrada en vigor de esa norma, siempre que estén incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 801, tanto si, al producirse la entrada en vigor de la nueva redacción del citado artículo 801, aún no se hubiera incoado el correspondiente proceso penal, como en el supuesto de que en la fecha indicada se estuviera tramitando ya aquel proceso, como en el caso de que, en la fecha de entrada en vigor del precepto mencionado, ya hubiera recaído sentencia firme, en cuyo caso habrá que proceder a revisar las sentencias firmes, reduciendo en un tercio la pena impuesta, cuando el condenado esté cumpliendo efectivamente la pena¹⁵⁰.

Tal vez también fuera esta la idea del legislador y por ello la Ley Orgánica 8/2002 no contiene una Disposición Transitoria 1.^a como contiene la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, que establece: “Los procesos incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramita-

¹⁴⁹ Vid. el diario *El País*, de 24 de mayo de 2003.

¹⁵⁰ CACHÓN CADENAS/ CID MOLINÉ, “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos”, ob. cit.

rán conforme a las normas procesales vigentes con anterioridad a ella”.

4.4. *El principio de irretroactividad y las medidas de seguridad*

La cuestión de la retroactividad o irretroactividad de las normas relativas a medidas de seguridad presenta una problemática específica. Algunos autores consideran que tratándose de medidas de seguridad debe aplicarse la legislación vigente en el momento del juicio al considerarle la más adecuada a las exigencias actuales de la política criminal.

Como afirma GARCIA ARÁN, el segundo inciso del artículo 2.1 del Código penal al establecer que: “Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”, extiende el principio de irretroactividad a las medidas de seguridad, lo que debe significar, que el supuesto de hecho debe también haberse producido bajo la vigencia de la ley que establece la medida de seguridad. Pero, como el supuesto de hecho al que se aplica la medida de seguridad no es el delito en el que se manifiesta la peligrosidad, sino la propia peligrosidad del sujeto, si en el momento del juicio en el que se pretende la aplicación de una determinada ley vigente sobre medidas de seguridad, la situación de peligrosidad existe, el supuesto de hecho se produce bajo la vigencia de dicha ley y, por tanto, debe resultarle aplicable, aunque la ley vigente en el momento de cometerse el delito demostrativo de la peligrosidad, no estableciera la misma consecuencia jurídica¹⁵¹.

Si nuestro Código penal ha optado por extender el principio de irretroactividad a las leyes que establezcan medidas de seguridad, no todos los Códigos penales de nuestro entorno jurídico y cultural han hecho lo mismo, así el Código penal alemán dispone: “Salvo disposición legal expresa en contrario, respecto de las medidas de seguridad deberá aplicarse la ley que rija en el momento de la sentencia” (parágrafo 2.6.º).

4.5. *El principio de irretroactividad y la jurisprudencia*

Este apartado nos lleva a plantearnos si la consagración constitucional de la prohibición de retroactividad para las leyes desfavorables,

¹⁵¹ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, págs. 128 y 129.

es aplicable a la jurisprudencia, quien, al menos teóricamente, no es fuente de creación del Derecho penal.

El problema que suscitan los cambios jurisprudenciales fue un tema que preocupó a la doctrina alemana cuando sus tribunales, en concreto la sentencia del Bundesgerichtshof de 9 de diciembre de 1966¹⁵², decidieron cambiar el criterio sobre el grado de alcoholemia en relación con el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo que suponía, sin cambio legislativo alguno, que conductas antes no delictivas pasaban a serlo. La discusión, aun sin cerrar, gira sobre si la prohibición de retroactividad que rige para las leyes desfavorables, es decir, fundamentadoras o agravadoras de la responsabilidad criminal es aplicable a la jurisprudencia.

Mayoritariamente la doctrina alemana¹⁵³ considera que respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida.

En la doctrina española BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE consideran que en el caso de una interpretación más favorable de una disposición, no hay un problema de retroactividad de la ley penal más favorable, pues las resoluciones judiciales no tienen el carácter de leyes¹⁵⁴. Pero, es evidente que los cambios jurisprudenciales suponen en la práctica los mismos resultados que una modificación legislativa, razón que los hace desaconsejables, pero indudablemente han de ser admitidos pues en otro caso los tribunales se verían atados por sus anteriores decisiones, y se produciría una fosilización de la jurisprudencia¹⁵⁵.

FERRERES COMELLA defiende la siguiente tesis: si el Tribunal Constitucional apela a la jurisprudencia para complementar la ley penal imprecisa, entonces no es coherente sostener que un cambio jurisprudencial desfavorable al reo se puede aplicar retroactivamente.

¹⁵² Sobre esta sentencia del Tribunal alemán, Vid. más extensamente, MADRID CONESA, *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia, 1982, págs. 9 y ss.

¹⁵³ Vid. por todos, ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., págs. 165 y 166.

¹⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal*, Volumen I, Madrid, 1997, pág. 109.

¹⁵⁵ Cfr. SUÁREZ COLLÍA, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, ob. cit., pág. 66.

Eso supondría negar a la jurisprudencia la relevancia normativa que se le está dando cuando se apela a ella para justificar una relativización de las exigencias de precisión que pesan sobre el legislador. En cuanto al cambio favorable, es legítimo que el sistema establezca medidas para revisar las sentencias firmes dictadas en el pasado. Pero la posibilidad de la revisión es de menor importancia en un Estado de Derecho que la prohibición de la retroactividad desfavorable¹⁵⁶.

Si se afirmase que el principio de retroactividad es extensivo a las interpretaciones jurisprudenciales favorables al reo, dicha afirmación traería como consecuencia la necesidad de revisar todas las condenas en ejecución o ya ejecutadas cada vez que se produjese una mutación jurisprudencial que pudiera beneficiar al reo. Quizás por ello, la doctrina mayoritaria¹⁵⁷ y el Tribunal Supremo¹⁵⁸ dan una respuesta negativa al problema de si el principio que prohíbe la retroactividad desfavorable de las leyes penales es extensible a la jurisprudencia¹⁵⁹.

No obstante, a pesar de la respuesta negativa del Tribunal Supremo, él mismo en alguna sentencia, como por ejemplo en la sentencia de 13 de febrero de 1999, se inclinó por la respuesta afirmativa al absolver a un condenado por delito de contrabando basándose en que un cambio jurisprudencial había consagrado una nueva interpretación por la que dicho tipo no debía aplicarse en determinados casos. Con ello no sólo se consagra la función interpretativa, sino que se reconoce la aplicación retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales al afirmar "no nos enfrentamos a un cambio de legislación que permanece incólume, sino a una nueva interpretación que abandona la punición que hasta entonces se venía realizando, por lo que surge un hecho o circunstancia nueva que debe proyectar sus efectos sobre la sentencia primitiva, subsanando el criterio seguido con anteriori-

¹⁵⁶ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, ob. cit., pág. 205.

¹⁵⁷ Vid. por todos, MADRID CONESA, *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, ob. cit., págs. 12 y ss.

¹⁵⁸ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994, 13 de abril de 1998, de 20 de marzo de 1998, 20 de julio de 2001, entre otras.

¹⁵⁹ Sobre este problema, Vid. la monografía de VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, 2001, para quien de poco o de nada sirve la proclamación del principio de irretroactividad de la ley penal, si una variación en la interpretación de la misma puede aplicarse retroactivamente, aun cuando perjudique al reo, sin efectuar otro tipo de consideraciones como su afección al principio de seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley, etc. Y, a la inversa, conviene preguntarse qué ocurre cuando el apartamiento del precedente tiene un signo distinto y supone algún beneficio para el reo.

dad. Se trata de acudir a una interpretación extensiva "*in bonam partem*", del tradicional concepto de hecho nuevo que venía sustentándose por la jurisprudencia de esta Sala". Y continúa, "el valor de la jurisprudencia como causa de revisión de las sentencias, debe entenderse en un sentido limitado, ya que su efecto revisor sólo entraría en juego en aquellos supuestos en que el cambio jurisprudencial da lugar a la despenalización total o destipificación de algunos supuestos o conductas determinadas. No sería factible extender estos efectos a los casos en que se trata de cambio interpretativo sobre elementos del tipo, que suponen el mantenimiento de la conducta delictiva, si bien atenuada, disminuida o matizada, en función de la valoración jurisprudencial de los componentes objetivos o subjetivos de la conducta penal afectada por el cambio jurisprudencial".

Sin embargo, parece que el propio Tribunal Supremo ha dado marcha atrás, volviendo a la respuesta negativa cuando a la vista de la divergencia de criterios dentro de la propia Sala acerca de si cabe o no revisión por cambios jurisprudenciales, se reunió en Pleno no jurisdiccional el 30 de abril de 1999 y acordó que el cambio de jurisprudencia relativo a las relaciones entre el delito de contrabando y el de tráfico de drogas no debería provocar la revisión de las sentencias firmes. Este acuerdo se reflejó pronto en diversos Autos y Sentencias. Asimismo el Acuerdo de 19 de octubre de 2001, que modifica en una dirección favorable al reo las cantidades que se entienden de "notoria importancia" a los efectos del delito de tráfico de drogas, estableció que "no procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes de indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo".

5. Principio *ne bis in idem*

El principio *ne bis in idem* o *non bis in idem*¹⁶⁰ no se considera por una parte de la doctrina penal española¹⁶¹ como una derivación

¹⁶⁰ Con ambas fórmulas se viene designando el principio. Algunos autores, Vid. por todos, BENLLOCH PETIT, "El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario", en *Poder Judicial*, núm. 51, 1998, págs. 305, prefieren la fórmula "*non bis in idem*" por ser más frecuente en nuestro país por su mayor proximidad a nuestra conjunción de negación. Por el contrario, otros autores, Vid. por todos, DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona, 1998, págs. 35 y ss., optan por la formulación "*ne bis in idem*". En mi opinión, es preferible la utilización de la partícula "*ne*" por su carácter imperativo.

¹⁶¹ Vid. por todos, ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", ob. cit., pág. 19.

inmediata del principio de legalidad penal, sino como una consecuencia inherente a las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad que a todos los poderes públicos impone el artículo 9.3 de la Constitución española. Ello no ha impedido, sin embargo, que, desde sus mismos inicios, el Tribunal Constitucional lo estimara íntimamente unido a los principios de legalidad y de tipicidad y, por ello, implícitamente recogido en el artículo 25.1 de la Constitución.

Mientras que para GARCÍA ALBERO es correcta la solución manifestada por el Tribunal Constitucional, a partir de un elemental criterio lógico del concepto y significado del principio de legalidad y tipicidad¹⁶², para GARCÍA DE ENTERRÍA la vigencia del principio se propicia directamente desde la garantía criminal del principio de legalidad, en el sentido de asegurar que la realización de un hecho no se conectará a calificaciones plurales¹⁶³. GONZÁLEZ CUSSAC considera, por el contrario, que resulta discutible su fundamentación en el principio de legalidad y tipicidad, pareciéndole más aconsejable su justificación dentro del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso¹⁶⁴.

Como con acierto expone HUERTA TOCILDO, es positiva la creencia de que el principio de legalidad penal propio de un Estado democrático de Derecho incluye en su seno la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*; exceso en el que se incurriría, indudablemente, de imponerse a una persona un doble castigo por unos mismos hechos y con idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual que está llamado a cumplir el derecho contenido en el artículo 25.1 de la Constitución española se vería francamente distorsionada o rebajada si se admitiera la posibilidad de limitar dicha libertad más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido de evitación de comportamientos socialmente nocivos¹⁶⁵.

¹⁶² GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pág. 84.

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, pág. 362.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª Ed., Valencia, 1997, pág. 34.

¹⁶⁵ HUERTA TOCILDO, "Principio de legalidad y normas sancionadoras", ob. cit., pág. 53.

El Tribunal Constitucional al incluir el principio *ne bis in idem* en el artículo 25.1 de la Constitución configura a éste como un derecho público subjetivo y fundamental, lo que implica que su desconocimiento o trasgresión por parte de los poderes públicos es susceptible de ser invocado en amparo ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, dicha inclusión conlleva el que el principio *ne bis in idem*, como el resto de los recogidos en el artículo 25.1 de la Constitución, sea de aplicación directa e inmediata, no precisando desarrollo legislativo, y además, su reconocimiento y respeto ha de vincular a todos los poderes públicos, considerándose derogados todos los preceptos legislativos que de una u otra forma la contraríen¹⁶⁶.

El principio *ne bis in idem* tiene un doble significado. De una parte, es un principio material, según el cual nadie debe ser sancionado dos veces por los mismos hechos y, de otra, es un principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado o enjuiciado dos veces por los mismos hechos.

Ahora bien, para que pueda aplicarse el principio es preciso que se de lo que se ha denominado triple identidad de sujeto, hecho y fundamento y que, en caso de duplicidad de sanciones administrativa y penal, no exista una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales, y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración.

Si para la aplicación del principio se exige una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento¹⁶⁷, de dicha afirmación se deriva que no hay vulneración del principio si las sanciones son aplicadas a ciudadanos distintos; tampoco hay vulneración del principio si las sanciones se aplican a conductas diferentes y, por último, la unidad de fundamento alude a la necesidad de que la justificación y finalidad del castigo sea la misma, luego, pueden acumularse sanciones de fundamento distinto.

5.1. *Ne bis in idem material*

Al significado material o *ne bis in idem* material se refiere DEL REY GUANTER en los siguientes términos: Cuando el legislador prevé una

¹⁶⁶ Cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, "Sanción penal-sanción administrativa: el principio "non bis in idem" en la jurisprudencia", en *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, págs. 116 y 117.

¹⁶⁷ Sobre la triple identidad, Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, ob. cit., págs. 449 y ss., y PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, págs. 87 y ss.

UNIDAD III: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. *El sistema jurídico penal*, Editores del Centro, Lima, 2016, pp. 121-153.

DANIEL O. HUAMÁN CASTELLARES

PROFESOR DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

EL SISTEMA JURÍDICO PENAL

FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS Y CRITERIOS
PARA UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADA DEL
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL



Editores del Centro

© **EL SISTEMA JURÍDICO PENAL**
FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS Y CRITERIOS PARA UNA
INTERPRETACIÓN INTEGRADA DEL DERECHO PENAL
Y PROCESAL PENAL

© **DANIEL O. HUAMÁN CASTELLARES**

Edición de

© **EDITORES DEL CENTRO E.I.R.L.**
Jr. Lampa N° 808, Dpto. 500 - Lima
RPC 996 766 606 / RPM # 995 008 273
editoresdelcentro@hotmail.com

Impreso en
IMPRENTA RAMÍREZ
Jr. Pachacútec 915, Jesús María.

Primera Edición: Abril 2016

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: xxxx-xxxxx

ISBN: xxx-xxx-xxxxx-x-x

III. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN

A. Estado actual del debate: ¿Protección de bienes jurídicos o vigencia de la norma?

La determinación del objeto de protección del sistema penal se encuentra en estricta relación con la interpretación que se dé al mismo, naturalista o normativista, así como ciertamente a la teoría de la pena. Tal como lo señaláramos, actualmente, existen dos modelos teóricos que son los más representativos en la dogmática penal continental. Por un lado, nos referimos al modelo que propugna la protección de bienes jurídicos y, por otro, al modelo que pretende la protección de la vigencia de la norma.

Históricamente, el primer modelo en aparecer es el modelo que propugnó la protección de bienes jurídicos, considerado como naturalista u ontologicista. Tal como acertadamente señala POLAINO-ORTS,⁽¹²⁰⁾ este modelo presentaba las siguientes características: i) Ontologismo penal, ii) Naturaleza pre jurídica de las estructuras lógico objetivas, y iii) Vinculación del legislador y del juez a las estructuras lógico objetivas.

⁽¹²⁰⁾ POLAINO - ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de un concepto”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - CIFD, 2003, pp. 74 – 75.

En una teoría naturalista del sistema penal el objeto de protección del mismo es la protección de bienes jurídicos, entendiendo por bienes jurídicos no al concepto actual que podría asemejarse al concepto normativo de un bien jurídico, sino considerándolos como elementos preexistentes al Derecho penal y al Derecho incluso, tal como la vida, la salud, o la propiedad, surgiendo una criticable identidad absoluta entre el bien y el Derecho.⁽¹²¹⁾

Mucho se ha dicho sobre el objeto de protección del Derecho penal, pero siempre se confunden los planos de protección del ordenamiento jurídico. Una de las injustas críticas que recibe el sistema penal, producto de la confusión sobre los alcances de sus funciones y de su objeto de protección, es considerar que el mismo no sirve para la prevención de delitos. Dicha crítica, en parte, debería ser real si se fundamenta el objeto de protección desde un punto de vista exclusivamente basado en una teoría clásica de los bienes jurídicos.

Una teoría normativista del sistema penal discrepa de la idea de que el sistema penal proteja a los bienes jurídicos, fundamentalmente por el contexto social de nuestra época. En la actualidad la sociedad es una sociedad de riesgos, en la cual los bienes jurídicos se encuentran en constante interacción, pudiendo los mismos sufrir un menoscabo, sin que dicha afectación tenga algún grado de juridicidad penal.⁽¹²²⁾ Por ejemplo, el boxeador que participa en una pelea, posteriormente, no podrá denunciar al otro boxeador por las lesiones que éste le cause en el marco normal de una pelea.

La protección de bienes jurídicos tiene el problema del momento en el cual ella se da, pues el sistema penal siempre entra en funcionamiento cuando la lesión del bien jurídico ya ha sido realizada.⁽¹²³⁾

(121) JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo, Universidad Externado de Colombia - CIFE, Bogotá, 2004, pp.50 – 52.

(122) JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, cit.,p. 54 - 56.

(123) POLAINO - ORTOS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de un concepto”.

No se puede anhelar la protección directa de bienes jurídicos, entendida como su pérdida, mediante un sistema que interviene cuando el objeto de protección ya ha sido dañado o extinto. Por ende, si se considera que el sistema penal sirve para la protección de bienes, entonces dicha función sólo puede ser entendida prospectivamente de forma psicológica, es decir, tendiente a que en el futuro pueda volver a suceder, protegiéndose sólo de forma tangencial al bien jurídico y no de forma directa.⁽¹²⁴⁾

Si consideramos de que el derecho penal protege bienes jurídicos, en el sentido primigenio antes mencionado, concluiríamos que el Derecho penal no tiene ninguna función real en la sociedad, pues siempre llegaría tarde. Siendo más gráficos, para lo cual nos valemos del delito de homicidio. Si consideramos que el derecho penal protege la vida, entonces deberíamos decir que éste siempre fracasa, pues produce una sanción cuando el bien jurídico ya ha sido afectado.

Sólo sería posible de sostener una protección de bienes jurídicos, entendiendo a ésta en términos clásicos y no modernos, desde un punto de vista prospectivo. Así, se sostendría que el Derecho penal interviene no para proteger los bienes jurídicos ya afectados, sino para disuadir a otras personas de afectar bienes jurídicos.

Un sistema penal normativista tiene otra concepción del objeto de protección. Parte de la idea de que el Derecho penal no protege la lesión de bienes jurídicos, sino la lesión de derechos, siendo más específicos la defraudación de una expectativa normativa.⁽¹²⁵⁾

En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - CIFE, 2003, pp. 75 – 77.

⁽¹²⁴⁾ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, cit., p. 51.

⁽¹²⁵⁾ *Vid.* SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ TRELLES, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”. cit., pp. 391 - 423.

B. Las expectativas, normativas y cognitivas, como modelos de orientación diferenciados y complementarios

1. *Ámbitos de actuación de las expectativas normativas y las expectativas cognitivas*

En una sociedad existen dos tipos de expectativas, las expectativas cognitivas y las normativas. Las primeras forman parte de la naturaleza, del ámbito ontológico, siendo su principal característica la imposibilidad de exigir que sean cumplidas. Entre ellas tenemos la expectativa de que haya un día soleado, la esperada fidelidad de la pareja sentimental pre - matrimonial, o la creencia en supersticiones. ¿Por qué no son posibles de ser exigibles contrafácticamente? La respuesta es que las mismas no forman parte del sistema jurídico, sino de los otros sistemas que conforman el entorno. Por ende, pueden tener una respuesta ante su defraudación, es más la misma puede llegar a ser esperada; sin embargo, ni la respuesta, ni el ámbito donde está se da, pertenecen al plano de lo jurídico. Si un padre se encuentra moribundo, podrá tener la expectativa de que su hijo vendrá a visitarlo en su lecho de muerte, sobretodo porque él siempre trató bien al hijo. Si ello no sucediera, el padre sentirá que su expectativa es defraudada; sin embargo, no podrá exigir jurídicamente al hijo la visita. En la medida que la expectativa de presencia física en el lecho de muerte, no forma parte de una obligación jurídica -ergo garantizada por el ordenamiento jurídico-, entonces pertenecerá al ámbito de lo cognitivo (entendido como tal a todo aquello opuesto a lo normativo). Dicha defraudación, a ojos de la sociedad será vista como el quebrantamiento de una norma moral, por lo que tendrá una respuesta moral, la familia mirará despectivamente al hijo; sin embargo, jurídicamente no se podrá obligar al hijo a asistir al funeral, siendo tan sólo exigibles -eventualmente- obligaciones de tipo económico, mas no de tipo afectivo.

Por otro lado, cuando nos referimos a las expectativas normativas el concepto es distinto, pues ellas sí pueden ser exigibles a una determinada persona a través de los mecanismos previstos por el

ordenamiento jurídico. Dicha exigibilidad reside en el origen de la expectativa: una norma jurídica que genera una obligación del mismo tipo, entendiéndose a esta última como una relación entre personas.⁽¹²⁶⁾ Si caminamos por la calle, lo hacemos considerando que nadie se encuentra legitimado a asaltarnos, lo que nos permite ordenar nuestro mundo en función a dicha visión. De igual manera, cuando firmamos un contrato lo hacemos considerando que la otra parte tiene el deber de cumplir las obligaciones derivadas de este, salvo que concurriera una causa legítima de incumplimiento. Asimismo, sabemos que, si ese contrato es incumplido sin causa legítima, la parte culpable se encontrará obligada a pagar una indemnización.

2. *Sobre la vigencia fáctica de una expectativa normativa*

Si el concepto de expectativa y las construcciones que se derivan de él, tomaran como referencia exclusivamente una diferenciación sobre la base de la exigibilidad de la obligación jurídica creada, entonces no existiría mayor confusión, ni problema sobre los contornos y el ámbito de aplicabilidad de la expectativa normativa. Sin embargo, al extender su real alcance y sacarlo de un plano jurídico, para darle una pretendida vigencia en un plano fáctico sustentada en la norma misma, surgen una serie de problemas conceptuales. Estos problemas, a su vez, inciden directamente en temas claves de la teoría del delito como la imputación objetiva (el principio de confianza o las conductas neutras), o de la parte especial, como la interpretación del engaño típico, e incluso en el Derecho procesal penal (legitimidad del principio de oportunidad).

Sobre este tema la doctrina funcionalista ha guardado un gran silencio. Dicho silencio no ha sido casual, pues en un esquema tradicional de interpretación funcionalista normativa, existe una inducida y errónea disociación con la realidad, por la cual se llega a creer que la norma jurídica tiene una vigencia real por el

⁽¹²⁶⁾ JAKOBS, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, *cit.*, pp. 340 y ss.

sólo hecho de existir. Esta premisa lleva al equívoco de considerar que –en un plano fáctico- el individuo debe orientarse sólo por la norma jurídica, desconociendo el plano cognitivo. Nosotros, como demostraremos, coincidimos con la idea de que la norma jurídica es fuente válida de orientación –pero normativa- y la misma debe pretender tener una validez fáctica –pero dicho anhelo ya escapa del plano jurídico, para situarse en un plano cognitivo-. Nos referimos a la posibilidad de que en la sociedad puedan coexistir dos modelos paralelos de orientación: la cognitiva y la jurídica, sin que ello signifique una contradicción con nuestros postulados funcionalistas.

Supongamos que debo elegir si transitamos o no por una zona oscura, a altas horas de la noche, la cual se encuentra en un barrio con el más alto índice de criminalidad. ¿Transitaría por dicho barrio? En este momento, a efectos de tomar la decisión podemos ver que existen dos modelos de orientación: el modelo de orientación cognitivo y el modelo de orientación normativo.

a) Orientación normativa

Desde una óptica normativa, la persona –en relación a las acciones de terceros sobre sí misma- sólo puede esperar que nadie afectara ilegítimamente alguno de los componentes de su esfera de libertades. De igual manera, sabe que, ante el quebrantamiento de dicha expectativa, el ordenamiento jurídico tiene el deber de reaccionar contra la persona que generó dicha acción. Sin embargo, sobre la base de este modelo estrictamente normativo, la persona no puede tomar la decisión de si transita o no por la calle desolada, pues esa decisión implica un razonamiento que escapa de lo normativo y se ubica en lo fáctico. No pertenece al razonamiento normativo, la valoración de las intenciones del ente que se encuentra detrás de la persona, sino tan sólo se limita a plantearle una esfera de posibilidades.

La persona puede esperar que ninguna otra persona realizará legítimamente alguna acción en contra de dicha esfera, pero no puede (al menos no en un plano jurídico) tener certeza si dicha intromisión

será realizada o no. La realización de la norma jurídica se produce fuera del ordenamiento jurídico, en la realidad. El esperar normativo, así, por más que resulte fundamental para la existencia del tráfico jurídico, es insuficiente para posibilitar la vida social. Dicha insuficiencia radica en su ámbito de actuación, pues gracias al ordenamiento normativo sólo se puede determinar si una situación es o no conforme a derecho, más no puede determinarse si los individuos se comportarán conforme a Derecho.

En el mundo jurídico la comunicación es personal y no instrumental.⁽¹²⁷⁾ Ello implica que la interacción se produce, al menos inicialmente, sobre la base de presunciones de comportamiento que tienen su origen en una norma, y no sobre la base del conocimiento de la otra persona. La orientación que una persona tiene se da sobre la base de posibilidades que el Derecho previamente ya ha prefijado. De esa forma, para una orientación normativa no interesa conocer cómo actuaría un tercero en una situación concreta, sino lo que interesa saber es cómo se encuentra obligado a actuar según el contexto normativo en el cual nos encontramos.

Es necesario hacer una contraposición entre la persona y el individuo. Toda persona, al menos toda persona natural, tiene detrás de sí un sustrato ontológico que es el individuo. La persona y el individuo se diferencian en el tipo de reacción que tienen con respecto a una situación. Mientras la persona sólo se basa en el contexto normativo, el individuo –como ser sensitivo– no sólo actúa sobre la base de los esquemas de interpretación prefijados por el ordenamiento jurídico, sino que –contrariamente– los toma como una referencia pudiendo basar sus acciones en contra de lo que dice la norma. Si vemos a una persona corriendo hacia nosotros con un cuchillo en la mano y gritando nuestro nombre, tenemos distintas formas de actuación. Si nos basáramos en un Estado ideal donde la vigencia de la norma

⁽¹²⁷⁾ Vid. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit. pp. 69-83.

siempre rige y los seres humanos actuarían conforme a la misma, entonces en esa situación no haríamos nada para protegernos. Al respecto, surge una pregunta, ¿Cuántos de los lectores harían ello? Naturalmente nadie lo haría, sino que –en dicha situación- procuraríamos tutelar nuestra vida, pues si bien sabemos que rige la expectativa normativa de que nadie se encuentra legitimado a atentar contra nuestra vida; sin embargo, sabemos –cognitivamente- que nuestra vida corre peligro, lo que haría modificar nuestra conducta. De esta forma, podemos observar que, mientras la persona sólo tiene como ámbito de representación el esquema ideal de derechos y deberes, el individuo –que actúa siempre cognitivamente- tiene conciencia de dicho esquema, pero no actúa tomando como único punto de orientación a la orientación normativa.

Esta distinción filosófica entre individuo y persona trae consecuencias muy profundas, y por ello sumamente interesantes, en la dogmática de los distintos sistemas jurídicos. En el campo de la dogmática del Derecho penal sustantivo, al momento de determinar si la conducta es o no conforme a derecho (o en palabras de la moderna imputación objetiva si se ubica o no dentro del riesgo permitido), el análisis de la conducta no se basa en lo que una persona estándar hubiera realizado en dicho contexto (criterio cognitivo también conocido como del hombre medio), sino que se realiza sobre la base del halo de derechos y deberes que la persona tenía en el contexto normativo en el cual se realizó la conducta (posición de garante).

Volviendo al ejemplo planteado inicialmente, desde un punto de vista normativo, la persona sólo puede esperar que si cruza la calle nadie va a afectar ilegítimamente su esfera de libertades. Asimismo, que, si ello sucediera, se generaría la obligación del Estado (en tanto titular de la acción penal) de sancionar al delincuente por dicha acción. Otro esperar, no forma parte de las expectativas normativas, sino que forma parte de las cognitivas.

b) Modelo de orientación cognitiva

Por oposición a la orientación normativa, la orientación cognitiva tiene su existencia únicamente en la realidad. La misma se encuentra intrínsecamente unida a ella. Partiendo del ejemplo planteado, como individuos –pese a que exista una norma penal- es muy poco probable que decidamos caminar por dicha calle. Si bien existe una norma penal que tiene una vigencia jurídica válida, no necesariamente tendrá una vigencia en la realidad. La norma penal sólo establece un deber de evitar la intromisión ilegítima en ámbitos de organización ajenos a los nuestros. Ella, por sí misma, no puede evitar que alguien atente contra nuestra esfera de libertades.

El origen de este sistema paralelo de orientación se halla en el paradigma en el que se mueve la realidad, en el cual el esquema es de corte utilitario. La persona deja de ser tomada en consideración, para dar paso al ente fenomenológico que se encuentra tras de ella: el individuo. Este ser sensitivo toma a la norma como una de las referencias para determinar su acción, pero no es la única de las variables que utiliza. Su esquema de actuación se determina por la existencia de incentivos y desincentivos. Puede ver a la norma como un desincentivo o un incentivo, mas no lo ve como el único. Por ejemplo, si un estafador tiene que decidir si es que va a realizar una estafa, tiene como uno de sus factores de decisión a la existencia de una norma penal, siendo uno de los desincentivos a cometer la estafa. Sin embargo, no es el único factor, sino también tiene a la probabilidad de que sea descubierto, la cantidad del botín, entre otros factores.

La norma jurídica no tiene una verdadera validez fáctica en sí misma. Por el contrario, precisa de mecanismos destinados a que ella tenga eficacia, llegando incluso a crear instituciones que tienen la única finalidad de que el mandato contenido en la norma sea seguido por los ciudadanos. Muestra irrefutable de ello, si la sola promulgación de una norma penal prohibiendo una conducta fuera suficiente para acabar con el crimen, no sería necesaria la existencia de policías, ni de todo el aparato judicial.

La realidad, en la medida que forma parte del entorno, es la fuente de referencia para la creación de una norma penal. Por ello, cuando la vigencia fáctica de una norma ha sido puesta en cuestionamiento reiteradas veces, o ante la posibilidad cierta de ello, se crean mecanismos para dotar de eficacia a la norma. Estos mecanismos, sólo tienen como fundamento la comprobación de que existen ámbitos de la sociedad, en los cuales la norma jurídica carece de validez fáctica. Un claro ejemplo es el de los llamados mecanismos de autoprotección de la víctima en el ámbito de la estafa. El deber de mostrar la identificación al momento de realizar una transacción con tarjeta de crédito, sólo se explica con la intención del legislador de reducir los casos de estafa en dichas operaciones. Es posible que, inicialmente, ante la gran existencia de casos de estafa, algunos vendedores ya solicitaran dicha identificación, pues no podían confiar en que la persona que presentase la tarjeta de crédito era la titular de la misma. Hasta antes de la promulgación de la norma que obligaba a dicha verificación, ésta sólo era un mecanismo cognitivo de autoprotección. Sin embargo, a partir de que la misma es positivizada se convierte en un deber jurídico, el cual es requerido satisfacer si se aspira a la protección del ordenamiento jurídico.

La orientación cognitiva del sujeto tiene importancia para el Derecho, en especial para el Derecho penal, cuando la misma implica el quebrantamiento de un deber -sea positivo o negativo-. Igualmente, las razones por las que realiza el quebrantamiento del deber, por regla general -salvo situaciones normativizadas- tampoco le son de importancia al ordenamiento jurídico. Aquella persona que se apropia de una cantidad de dinero, sabe que está quebrantando una expectativa normativa, entendida como la prohibición de afectar ilegítimamente el patrimonio de un tercero. Desde un plano de estricta tipicidad, sólo basta con determinar si la persona superó o no el riesgo permitido, siendo irrelevante las razones por las cuales se haya producido el apropiamiento. Estos motivos sólo podrían tener relevancia normativa en dos escenarios: como causa de justificación (únicamente cuando se configurarán los supuestos previstos en la norma penal) y

como causal de atenuación o agravación de la pena (en la fase de la determinación e individualización de la misma).

C. Recapitulación: la protección de la libertad normativa como objeto de tutela del sistema jurídico penal y la vigencia fáctica de la expectativa normativa como objeto de protección del sistema penal

1. ¿Por qué no se protegen bienes jurídicos?

La razón por la cual no se protegen bienes jurídicos, al menos no en el sentido tradicional, es por la identificación de los mismos con factores extrajurídicos. Cuando una norma sanciona a una persona por haber matado a otra, no la sanciona por haber afectado la vida de un tercero, sino por haber realizado dicha acción de forma ilegítima. Contrariamente, no es delictiva la acción de un policía que, en el ejercicio de sus funciones, mata a un asaltante de bancos como consecuencia del fuego cruzado, pese a que se produce una pérdida del “bien jurídico” vida del delincuente. En estos ejemplos podemos observar que no es el menoscabo del “bien jurídico” lo que se protege, pues la vida, la propiedad y otros clásicos bienes jurídicos son fácilmente lesionables, sin que dicha lesión tenga algún reproche o relevancia jurídica para el Derecho penal.

De igual manera, suponer que se protegen bienes jurídicos nos lleva al problema mayor de la determinación de qué bienes jurídicos se protege y qué aspecto del bien jurídico se tutela. Por ello, una protección de bienes jurídicos presenta como problema la imposibilidad de una protección absoluta y fáctica del bien subyacente. Si el objetivo de la protección penal es la protección de bienes jurídicos, entonces casos como el mencionado del policía que mata a un ladrón en el ejercicio de sus funciones, o del ciudadano que actuando a un tercero lo mata para protegerse de una agresión ilegítima, serían necesariamente delictivos. Ello, porque el objeto de protección en dichos casos (la vida), sería un objeto de protección absoluto y no permitiría cualquier limitación. Sin embargo, y este razonamiento proviene del

Derecho constitucional, ningún derecho fundamental es absoluto, por lo que su protección tampoco lo puede ser. Los ordenamientos jurídicos permiten afectaciones a bienes jurídicos en determinadas circunstancias, como sucede en el caso de la afectación del derecho a la vida a través de la pena de muerte; o, lo que es materia de nuestra especialidad, la limitación del derecho a la libertad personal a través de una pena privativa de libertad.

2. *Libertad fenomenológica, libertad normativa y personalidad*

La protección que realiza el ordenamiento jurídico no recae en los bienes materiales o “bienes jurídicos”. Contrariamente, el ordenamiento jurídico sólo brinda protección a un ámbito concreto de ellos, variando el nivel de protección en función al contexto en el cual la persona se encuentra. La protección al derecho a la propiedad no es la misma cuando el bien inmueble se localiza en un punto donde es vital realizar una obra pública, o cuando el inmueble se encuentra en la frontera de un país, o cuando en el mismo se encuentra un monumento histórico. El ordenamiento jurídico, entonces, sólo tutela ámbitos concretos del objeto material y no a todo el bien material subyacente.

Sabiendo que no se tutelan bienes jurídicos, nos queda todavía una pregunta mucho más importante que responder: ¿Qué protege entonces el Derecho penal? Para responder esta pregunta, es necesario dar un paso atrás y hacer una distinción entre la libertad en sentido natural y la libertad en sentido normativo. El ser humano, a diferencia de otras personas o sujetos de derechos, tiene una característica inherente a él: la razón. Gracias a la razón él puede discernir cuando una acción es contraria al ordenamiento jurídico o no. Por ello, al tener dicha capacidad, puede ser considerado un sujeto de imputación de derechos, pero sobretodo de deberes. En el idioma alemán existen dos verbos para describir esta situación, de los cuales sólo uno tiene una traducción directa al español: *können* (poder) y *dürfen*. Ambos expresan la posibilidad de realizar una acción, es decir, que el interactuante tiene la capacidad física de realizarla; sin

embargo, *dürfen* expresa algo más, pues no sólo implica la capacidad de realizar la acción, sino adiciona tener el permiso o la autorización para realizarla. Dicha distinción es también aplicable en el ámbito jurídico, específicamente al momento de diferenciar entre la libertad en sentido natural y en sentido normativo. Fenomenológicamente el ser humano tiene la capacidad de realizar fácticamente la acción (libertad en sentido estricto); no obstante, no necesariamente le está permitida la realización de dicha acción, sino tan sólo aquello que la norma no le prohíba o para lo cual lo faculte (libertad normativa).

La libertad normativa no proviene del ser humano, proviene del ordenamiento jurídico. En la medida que vivimos en una sociedad, tenemos que interactuar con otros seres humanos, quienes, al igual que nosotros, también poseen libertad y razón. Dicha convivencia no sería posible si no contamos con un mecanismo que, a partir de la creación de reglas comunes, delimite los espacios de interacción en sociedad. Ese mecanismo es el Derecho, el cual regula las reglas de interacción entre las personas, y cuyo resultado es una limitación de la libertad natural del ser humano, para pasar a dotar de una libertad normativa a una nueva creación del ordenamiento jurídico: la persona.

Toda persona, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico constitucional, tiene Derechos fundamentales. El ejercicio de ellos forma parte de su libertad normativa en todo contexto jurídico. A efectos de evitar la colisión de derechos de dos o más personas en una misma situación jurídica, el ordenamiento jurídico crea normas jurídicas donde delimita el ejercicio de los mencionados derechos. De forma tal que, por ejemplo, el hombre tiene la libertad jurídica de desplazarse por todo el territorio nacional; sin embargo, dicho derecho es -normativamente- delimitado, en función a un derecho de un tercero, pudiéndole en algunos casos restringírsele el acceso a ciertos espacios del territorio (propiedad privada, instalaciones militares, entre otros). De esa forma, si bien puede realizar todo aquello que su voluntad desee, sólo tiene autorizado hacer aquello que no implique el quebrantamiento de un deber normativo.

3. *La protección de la orientación normativa como función del Derecho penal*

a) El sistema constitucional como punto de partida de la libertad normativa

El Derecho constitucional resume la esencia de una sociedad. Si bien no toda sociedad tiene una Carta Magna, sí tiene una regulación fundamental que no necesariamente se encuentra totalmente escrita. En el caso de aquellos países que tienen una tradición constitucional que privilegia una ley fundamental escrita. La Constitución Política del Estado es el documento jurídico más importante para un Estado. En él se regulan los derechos fundamentales de sus ciudadanos y la organización política del Estado.

Los derechos fundamentales pueden ser vistos como instituciones, esto es, como expectativas cognitivas que han alcanzado un alto nivel de consenso, al punto que deben ser normativizadas para constituir el eje del ordenamiento jurídico, las cuales poseen funciones para el individuo y la sociedad,⁽¹²⁸⁾ y, a su vez, vinculado estrechamente a este concepto –lo cual no es ajeno al Derecho natural- también pueden ser considerados como verdaderas garantías del ciudadano. En la medida que el ciudadano acepta la delimitación de su libertad natural, el Estado se encuentra obligado a respetar estos mínimos, salvo causa justificada constitucionalmente, pues su respeto constituye la razón por la cual se legitimó la creación del Estado.

La libertad, en un sentido normativo, surge con el establecimiento de derechos fundamentales en la Constitución Política del Estado. A partir de dicho momento, la persona puede tener las primeras expectativas con respecto al resto de interactuantes. Sin embargo, estos derechos no son suficientes para que la persona pueda desenvolverse en sociedad. Existen muchas situaciones jurídicas en las cuales dos

⁽¹²⁸⁾ En ese sentido Vid. LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institutionen, Ein Beitrag zur politischen soziologie*, 4. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 38-52.

interactuantes con los mismos derechos fundamentales, pueden – producto del ejercicio válido de sus derechos- colisionar. De ahí que, es necesario que el ordenamiento jurídico, sobre la base de la configuración normativa establecida en la constitución, determine qué derecho prevalece en el caso concreto. Para ello, se basa de reglas, las cuales integran los distintos sistemas jurídicos donde la persona se desenvuelve. Una persona puede tener derecho a la propiedad sobre un animal doméstico, pero no puede –como se establece en algunos ordenamientos jurídicos europeos- disponer como desee de la vida del animal.

b) La creación de esferas jurídicas de libertad

Cada sistema jurídico realiza la delimitación de las expectativas normativas teniendo como referencia la función que cumple dentro del ordenamiento jurídico. Así, en el ámbito del sistema jurídico tributario, se delimitan las obligaciones que el ciudadano tiene de contribuir con el Estado a través de los tributos. En el sistema jurídico laboral se delimitan los derechos y deberes, tanto de trabajadores como de los empleadores. Podemos observar que las denominadas normas de segunda categoría, que conforman los distintos sistemas jurídicos infraconstitucionales, tienen una fuente común: el sistema jurídico constitucional, específicamente los derechos fundamentales. Su misión es la delimitación de estos derechos fundamentales, para que los ciudadanos puedan interactuar en un determinado sector juridificado de las relaciones sociales.

Las expectativas normativas orientan la actuación de las personas en sociedad, pues sólo ellas son tomadas como modelos de referencia para la comunicación jurídica. La pertenencia de una expectativa normativa a un específico ámbito del sistema jurídico se determina en función al deber jurídico con el que se encuentra vinculada. De igual manera, es posible que una sola acción pueda tener dos significados para ordenamientos jurídicos distintos, pues eran dos las expectativas normativas tuteladas. Cuando una persona evade el pago de impuestos, no sólo quebranta la expectativa normativa

referida a que el contribuyente debe pagar los tributos a los que se encuentra obligado (expectativa que emana de la esfera jurídica tributaria), sino de abstenerse de, mediante actos fraudulentos, evitar el pago de sus tributos (expectativa normativa del sistema jurídico penal).

El Derecho penal tampoco es ajeno a este razonamiento. Cuando un Código penal establece un catálogo de delitos, crea —a su vez— deberes jurídicos (negativos y positivos) que son trasladados al ciudadano para que, en la situación descrita en el tipo penal, se abstenga o realice una conducta determinada. Como contraposición a estos deberes se encuentra la expectativa normativa de que los integrantes de la sociedad cumplirán dichos deberes. Esta expectativa guía la orientación normativa de la persona en sociedad. Los deberes creados delimitan la libertad normativa del ciudadano, obligándolo a abstenerse de realizar una conducta (deber negativo) o a realizar una acción en pro de un tercero (deberes positivos).

El producto de este proceso de delimitación de la libertad normativa es la creación de esferas jurídicas. La esfera jurídica garantiza al ciudadano que, en la medida que sus acciones se mantengan dentro de ella, su conducta carecerá de relevancia para el Derecho penal. Una persona tiene la posibilidad fáctica de matar a una persona, pero el ordenamiento jurídico no autoriza dicha conducta, por el contrario, la prohíbe. Por ello, la persona que comete un delito abandona la esfera jurídica de libertad, lo que implica el quebrantamiento de una expectativa normativa de la sociedad hacia su persona.

c) La protección de la orientación normativa como objeto del sistema jurídico penal

La razón de ser del sistema penal pasa a ser la protección de la identidad normativa de la sociedad. Esto es, del conjunto de expectativas que tiene una sociedad y que alcanzan un grado de importancia en la misma, las cuales se han institucionalizado y expresado en el sistema jurídico a través de normas constitucionales, y que luego

son protegidas a través de normas penales, entendidas estas últimas como concreción de las primeras. Cuando se realiza la protección de expectativas normativas, lo que se protege no es el bien subyacente, cuya afectación –como hemos demostrado– en la realidad no es susceptible de ser evitada por el Derecho. Lo que se protege es la relación existente entre la persona y el objeto protegido, cuya legitimación no reside en la naturaleza (el bien) sino en el Derecho, específicamente en los derechos fundamentales tutelados por la Constitución Política del Estado.

La contrapartida de la reducción de la libertad es la garantía teórica de una convivencia social pacífica. Es para ello que las expectativas normativas juegan un rol fundamental. Gracias a las expectativas normativas se puede determinar cuál es el conjunto de derechos y deberes que tiene una persona en un contexto normativo concreto, el cual es de conocimiento de todos los interactuantes en la sociedad. El policía sabe que debe proteger al ciudadano cuando éste se encuentre en peligro por una acción criminal. El vendedor sabe que tiene la obligación de pagar impuestos por la transacción realizada. El transeúnte sabe que sólo puede cruzar una avenida por la franja peatonal.

A diferencia de la protección clásica de bienes jurídicos, la protección de expectativas normativas parte de la hipótesis de que las mismas pueden ser defraudadas. En buena cuenta, el ámbito de protección que se reconoce normativamente puede ser afectado; sin embargo, dicha defraudación viene aparejada con una reacción del ordenamiento jurídico, a través de un mecanismo comunicativo igualmente relevante (la pena).

Aquí es necesario hacer una distinción, la cual profundizaremos cuando nos adentremos en la determinación de la función de la pena. El objeto de tutela del Derecho penal, tal como lo hemos señalado, es la protección expectativa normativa, pues sólo a través de ella puede mantenerse el sistema comunicativo al interior de la sociedad. En ese sentido, lo que se busca con las normas penales es delimitar las esferas de libertad de los ciudadanos, a efectos de que

ellos puedan tener un mecanismo supraindividual de orientación que garantice la validez de sus conductas.

d) Ámbitos de validez de las expectativas normativas y las expectativas cognitivas

La persona tiene como principal fuente de orientación para la validez de su conducta a la norma. Es gracias a las expectativas normativas que la persona puede adecuar su accionar como conforme o no conforme a Derecho. Ello no obsta que, en la misma situación, también existan otras expectativas que deseen orientar la actuación de la persona y que, incluso, sean más determinantes que la norma jurídica (expectativas cognitivas). La diferencia entre ambas se da en el plano de actuación en las que una u otra son tomadas como punto de referencia.

En un esquema donde se tiene que determinar la validez de una conducta, entendiendo validez como una acción conforme o no al sistema jurídico, lo que importa es determinar el conjunto de derechos y deberes que tiene la persona en el contexto concreto donde se pretende asignar un sentido a la conducta. La realización de este proceso de imputación sólo toma como fuentes de referencia a las expectativas normativas.

La neutralidad de una conducta, y por tanto su validez conforme al ordenamiento jurídico, depende exclusivamente de que la actuación de la persona se hubiera dado dentro de la esfera de libertad que regía en un contexto determinado. Si un adicto a las drogas le paga 50 dólares a una persona por la compra de un paquete de marihuana, descubriendo luego que se trataba de orégano, entonces dicha conducta carecerá de protección por el ordenamiento jurídico. En la medida que el tráfico de drogas se encuentra prohibido, realizar una acción de compra en el marco de un contexto prohibido por la Ley es una acción que fácticamente puede ser realizada, pero que –al encontrarse prohibida– no forma parte del ámbito de transacciones protegidas por el ordenamiento jurídico. Por tanto, si bien es posible la compra de drogas, lo cual constituiría un ejercicio fác-

tico de la libertad, al no encontrarse permitida dicha acción, carece de protección por parte del ordenamiento jurídico. No existe deber jurídico quebrantado por realizar una transacción que se encuentra prohibida.

La expectativa cognitiva es expresamente excluida del proceso de determinación de la validez de una conducta, careciendo específicamente de relevancia para el ordenamiento jurídico. Ella tiene una gran relevancia, pero en un plano distinto, en el plano de la facticidad. En una situación concreta pueden convivir expectativas normativas con expectativas cognitivas y ambas pueden ser a la vez fuentes de referencia. Sin embargo, ambas en planos distintos, mientras la expectativa normativa sólo toma en cuenta el esquema de autorizaciones (*dürfen*), la expectativa cognitiva toma en cuenta los distintos escenarios posibles de actuación del otro –lo que incluye a la aplicación efectiva del Derecho– (*können*).

Por ende, en resumen, si el análisis que la persona realiza de la conducta ha de recaer sobre la validez de la misma, entonces su modelo de orientación es el de la expectativa normativa. Por el contrario, si el análisis que ella realiza no es la validez sino el lado fáctico (si acaecerá o no una conducta), entonces su modelo de orientación es la expectativa cognitiva. En el primer caso, el análisis es jurídico, por lo que la interpretación de la conducta se realizará sobre la base de las normas que determinan los ámbitos de validez ésta en un contexto jurídico concreto. En el segundo caso, el análisis es fenomenológico, por lo que la decisión sobre la propia acción y la confianza en el tercero, no tomarán como modelo de referencia sólo al Derecho, sino que a su vez pueden tomar otros factores que superan largamente a lo estrictamente jurídico.

D. Tareas pendientes

1. Reemplazar las funciones de la teoría del bien jurídico

La doctrina del bien jurídico tiene entre sus seguidores dos grandes ventajas: la función de sistematización y la función de garantía.

La primera permite la clasificación de los delitos al interior de un Código penal en función del bien jurídico tutelado. Es gracias a esta función que, todas aquellas conductas que signifiquen una afectación contra el derecho a la vida -por ejemplo- se incluyen dentro del capítulo de “Delitos contra la vida”. La segunda, al anclar la identidad entre la norma y el objeto subyacente a ella, obliga al legislador a que toda norma penal que cree posea un bien jurídico tutelado. De esta forma, cuando el legislador sanciona el homicidio, lo que se pretende proteger no es la afectación del derecho a la vida, sino a la vida en sí misma. Otro de los efectos de esta función es la consideración de que no todo bien jurídico es digno de tutela, sino tan sólo se tutelarán aquellos que puedan significar un daño a un objeto digno de tutela, mas no a una conducta o infracción inmoral.⁽¹²⁹⁾

Se le asigna a la teoría del bien jurídico una función crítica, la cual realiza una discriminación en torno a qué conductas deberían ser materia o no de protección penal. Básicamente, aquellas que atenten gravemente contra los bienes jurídicos más importantes en una sociedad (derivado de su relación con el principio de lesividad) y que otros ordenamientos jurídicos no pudieren proteger (derivado del principio de *ultima ratio*).

Partiendo de la teoría de que la protección absoluta de un bien jurídico es imposible, pues sólo puede aspirarse a la protección de la relación entre la persona y el bien, la misma que sólo abarca –en muchos casos- una parte –aquella que ha sido seleccionada por el ordenamiento jurídico- del bien jurídico subyacente. Al hacer esa disociación, al menos teóricamente, surge un problema vinculado a la aparente legitimidad del Derecho penal. Este sistema jurídico, al construirse sobre la base de estructuras ontológicas, permitía

⁽¹²⁹⁾ En el *common law* este concepto ha sido más desarrollado, vinculado al ámbito de la prevención, bajo la figura del “harm principle”. En la literatura inglesa, el referido principio ha sido perfectamente descrito por el pensador liberal John Stuart MILL, en: MILL, John Stuart, *On liberty*, Wildside Press, Rockville, 2008.

tener un objeto de referencia que constituía el eje de protección de la norma. Si el bien material o materializable no era posible de ser encontrado, entonces la protección penal sería, cuando menos, ilegítima.

Actualmente, de la mano con los nuevos fenómenos de criminalidad y los cada vez más constantes adelantos de las barreras de punibilidad,⁽¹³⁰⁾ se hizo necesaria una nueva reformulación de la teoría del bien jurídico, la misma que lo alejase de bienes jurídicos tangibles o ataques directos a los mismos. Es el caso de los denominados delitos de peligros, los cuales, en muchos casos, no tienen un bien jurídico tangible, ni personalísimo, sino que por el contrario protegen objetos abstractos. Se ha intentado legitimar estos delitos, desde una visión que los haga compatibles con la teoría del bien jurídico, afirmando que detrás de un bien jurídico colectivo (que es básicamente el protegido por los delitos de peligro), lo que se pretende es la protección clásica de bienes jurídicos individuales.⁽¹³¹⁾

De igual manera, existe un tema que –con la discusión en torno al medio ambiente– ha sido puesto en debate. Nos referimos a la protección autónoma, a través del sistema penal, de entidades fenomenológicas que han sido reconocidas como sujetos de derecho, sin que para esta protección sea requerido un interés humano subyacente. Ejemplos manifiestos de estos nuevos esquemas, cuya protección penal no requiere de un bien jurídico “humano”, son la protección penal del maltrato animal o la corriente “ecocéntrica” de protección del medio ambiente.

(130) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 63 y ss.

(131) En ese sentido: HASSEMER, Winfried, „Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre“. En: HASSEMER, Winfried, *Strafen in Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 160-169; HASSEMER, Winfried, „Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz“. En: HASSEMER, Winfried, *Strafen in Rechtsstaat, cit.*, pp. 186-187.

El avance del Derecho penal ha significado una crisis para la teoría tradicional del bien jurídico, pues al obligarla a reformularse constantemente, también la ha obligado a renunciar a muchos de sus otrora contenidos “duros”. Si bien el concepto de bien jurídico ha ido relativizándose con el tiempo, y el surgimiento de los fenómenos antes descritos, aún pretende mantener un núcleo duro en los llamados “bienes jurídicos individuales”. Ellos, por su carácter clásico y su correspondencia con un bien circunscribible y muchas veces materializable, todavía son utilizados como ejemplos paradigmáticos para sostener la teoría del bien jurídico en sus postulados tradicionales.

El desestimar la teoría del bien jurídico presenta a su vez un reto para el sistema jurídico penal, pues – pese a los postulados críticos sobre su coherencia y a su practicabilidad luego de los planteamientos esbozados- las funciones que el bien jurídico cumple en la sociedad son trascendentales. Por ello, si se pretende dejar de lado al bien jurídico, debe seguirse uno de los dos caminos. El primero es la renuncia total a las funciones, tanto de garantía, como de sistematicidad que tiene el bien jurídico. El segundo es tratar de conciliar la teoría que postulamos, buscando que la misma cumpla las funciones que otrora cumplía la teoría el bien jurídico.

2. *¿Un contenido material para la expectativa normativa?*

El ejercicio de los derechos fundamentales no permite una protección absoluta del bien material subyacente a la norma jurídica. Contrariamente, su real interés no es otro que el proteger tan sólo un ámbito determinado de dicha relación, cuyos contornos han sido delimitados por el ordenamiento jurídico. Entonces, si no es el objeto material subyacente el objeto de protección para el Derecho penal, ¿Cuál debería ser el objeto de referencia de la expectativa normativa? Antes de responder esta pregunta, es preciso respondernos otra mucho más importante: ¿es necesario un objeto de referencia? Y, si lo fuera, ¿Debería tratarse de un objeto material o de un objeto jurídico?

Toda norma jurídica en general, pero en especial las normas penales, presuponen la limitación de un derecho fundamental. Por ende, coherentemente con la exposición realizada en la primera parte, la limitación de un derecho fundamental precisa la existencia de una finalidad que sea constitucionalmente válida para legitimar dicha restricción. Por ello, el Derecho penal, en la medida que sus normas implican la restricción de la libertad personal, requiere de una finalidad constitucional para que tenga una validez constitucional.

Como hemos referido, uno de los factores usados en la doctrina del *common law*, para dotar de contenido material al tipo penal y legitimar una intervención de esta naturaleza, es el llamado *Harm principle*. Según este principio sólo serían punibles, aquellas conductas que afecten directamente a los intereses primordiales de un individuo, entendiéndose por ello la causación de un daño. Este criterio proviene de una visión claramente liberal de la función del ordenamiento jurídico, la cual pone un énfasis evidente en la esfera de derechos y libertades personalísimos que han sido constitucionalmente reconocidos. Bajo la influencia de este principio, por ejemplo, se logró en Inglaterra la descriminalización del delito de homosexualidad y de la prostitución.⁽¹³²⁾ Se alegaba que, pese a que la conducta homosexual o la prostitución eran reprobadas por un sector de la sociedad, la misma no afectaba los intereses vitales de sus integrantes –vistos individualmente-. Por ello, la misma no podía ser punible, dado que la homosexualidad era una práctica consentida entre dos personas adultas, por lo que al punibilizarla se estaría afectando la libertad de un tercero por una conducta que no generaba un daño real a otra persona. Posteriormente, dicho mismo razonamiento fue traslada-

⁽¹³²⁾ Al respecto, el debate que provino en torno a la despenalización de la homosexualidad y la prostitución, tuvo una referencia académica muy conocida en el debate entre H.L.A. HART (HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963, pp. 13-16, pp. 19-24) y Lord DEVLIN (DEVLIN, Patrick, *The enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, *passim*).

do hacia Alemania que también descriminalizó dichas conductas, al igual que otros países.

Si bien el *harm principle* marca un punto de partida en la búsqueda de un objeto de referencia que determine qué conductas deberían ser o no punibles, no resulta –a nuestro entender– suficiente. Un claro desafío a la vigencia del *harm principle* lo tenemos en el delito de maltrato animal. Siguiendo el razonamiento de este principio, no debería ser punible la acción realizada por una persona que, en el ejercicio estricto de su derecho de propiedad, maltrata a su mascota causándole la muerte. Si bien existimos muchas personas que nos sentiremos desagradados con dicha acción, no podríamos –siguiendo el razonamiento de este principio– intervenir y criminalizar esta acción, pues la misma forma parte del ejercicio de un derecho legítimo de una persona sobre su propiedad, aunque dicho ejercicio nos pareciere desagradable. En la medida que no implica la afectación de un derecho individual de un tercero, entonces la acción podrá ser reprobada moralmente, pero no debería ser tutelada penalmente.

En el mismo sentido, tampoco siguiendo la lógica del *harm principle*, no debería penalizarse el delito de colaboración al suicidio. En la medida que una persona apoye a otra a causarse un daño deseado, aunque el daño implique su propia muerte, entonces dicha conducta tampoco sería punible.

A nuestro entender, como hemos adelantado al mencionar la necesidad de contar con una finalidad constitucional, la protección penal –entendiendo al sistema jurídico penal como un derivado del sistema constitucional– cobra sentido sólo si la protección no toma como referencia a un bien material, sino a un derecho fundamental.⁽¹³³⁾ En esa línea argumentativa, cuando el legislador crea un delito lo que busca es crear un límite a la afectación de un derecho fundamental. Así, cuando es creado el delito de homicidio, lo que en rea-

⁽¹³³⁾ En un sentido similar, aunque con fundamentación distinta: MÜSSIG, *Schutzabstrakter und abstrakter Rechtsgüterschutz; Zu den materiellen Konstitutionskriterien*

lidad se hace es delimitar la esfera de libertades del ciudadano, para que la misma no incluya una acción que pueda afectar el derecho fundamental a la vida de un tercero.

En este modelo, la norma penal no toma como referencia el objeto material subyacente, sino la tutela de un derecho fundamental, ante inferencias que pudieran afectarlo gravemente. De esa forma, el derecho penal protege la orientación normativa de una sociedad, la cual no se encuentra al libre arbitrio del legislador, sino que debe ser amparada en la protección de un derecho fundamental. Por ello, respondiendo a las preguntas iniciales, sobre si debe o no la orientación normativa tener un objeto de referencia, la respuesta será indudablemente afirmativa.

3. *La relación entre el Derecho penal y otros sistemas jurídicos sancionadores* a) Problemática

Habiendo esclarecido la necesidad de buscar un objeto de referencia, el cual cumpla la labor de sistematización y de garantía que cumplía el bien jurídico, y habiendo considerado que dicho objeto de protección son los derechos fundamentales, nos preguntamos: ¿Es acaso el Derecho penal el único sector del derecho sancionador existente? Nuestro ordenamiento jurídico nos señala *que el Derecho penal no es el único sector que el ordenamiento jurídico ha considerado como parte del sistema jurídico sancionador, entendiendo éste como el mecanismo a través del cual el ordenamiento jurídico reacciona contra la persona ante un ejercicio no permitido de su libertad. El otro sector es el Derecho administrativo sancionador, el cual también sanciona el ejercicio no permitido de la libertad.*

El Derecho sancionador estatal tiene distintas formas de reaccionar ante una acción.⁽¹³⁴⁾ Puede valerse del Derecho penal o del

sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129a und 321 StGB, cit., 1994, p. 234.

⁽¹³⁴⁾ Sobre las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: Vid. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011, pp. 42 - 45.

Derecho administrativo sancionador. Este último sistema jurídico abarca dentro de sí dos formas de reacción diferenciadas por el tipo de relación afectada con la acción: una relación de sujeción entre el funcionario público y la administración; y, otra relación colectiva entre el ciudadano y la sociedad. El primer sector está compuesto plenamente por las relaciones de sujeción existentes entre el funcionario público y la Administración Pública. Este supuesto ha sido conocido tradicionalmente como Derecho disciplinario, siendo el rasgo característico de éste la infracción de una norma que afecta directamente la función pública que ejerce el funcionario. Por ejemplo, el caso del policía que recibe una suma de dinero por no imponer una multa o el caso de un funcionario público que decide no presentarse a trabajar por una semana. Detrás de esta infracción se halla una afectación a una norma laboral que, por ser el empleador el Estado, tiene una importancia para la sociedad. Sin embargo, si desapareciera el factor estatal, nada la podría diferenciar de una sanción laboral. El segundo supuesto viene dado por las relaciones entre la colectividad y la Administración Pública. En este caso la infracción recae sobre una norma que afecta directamente a la colectividad. Un claro ejemplo de ello es el acto de contaminación ambiental que, sin llegar a ser delito, es sancionable, o la conducción en estado de ebriedad que constituye una infracción a las reglas de tránsito. Hasta este punto no existe un mayor debate en la doctrina.

Dentro de esta categoría pueden hallarse a su vez una o dos categorías, lo cual dependerá de la diferenciación que exista entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Por un lado, si atendiéramos a un criterio cualitativo⁽¹³⁵⁾ las normas admi-

⁽¹³⁵⁾ La idea de la distinción cualitativa tiene en GOLDSCHMIDT a su primer, y hasta ahora, más seguido defensor (GOLDSCHMIDT, James Paul, *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Carl Heymann, Berlin, 1902, *passim*). En nuestro país el debate sobre la materia no ha sido tan polémico, destaca en esta materia el aporte de GARCÍA CAVERO (GARCÍA CAVERO, Percy, “El principio de *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito

nistrativas en general se diferencian de las penales en el objeto de protección, por lo que ambos ordenamientos no concurrirían nunca, pues la protección pertenece a ámbitos distintos. De esta forma sólo existiría una categoría de normas en este sector. Por otro lado, si atendiéramos a criterios estrictamente cuantitativos, partiendo de la identidad de protección entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, ambos protegerían lo mismo, por lo que habría que establecer criterios cuantitativos para diferenciar ambos injustos. Finalmente, se encuentra una postura mixta, que es la que planteamos, que considera que el Derecho sancionador es único, pudiéndose expresar -en relación con la importancia del objeto de protección y la lesión del mismo, atendiendo al principio de *ultima ratio*- en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. De esta postura se desprenden dos ámbitos conceptuales: uno de concurrencia de normas y otro, de autonomía entre ambos subsistemas sancionadores.

b) Diferenciación cualitativa

La segunda teoría considera que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existe una diferencia de corte cualitativo. En buena cuenta, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador poseerían objetos de protección distintos. Siguiendo esta lógica el efecto sería la posibilidad de que una investigación administrativa y una penal puedan ser seguidas de forma paralela y sean aplicables sanciones independientes, dado que ambos procedimientos tienen fines distintos.

Para el sector de la doctrina que se adhiere a esta diferenciación, el Derecho penal tiene un objeto distinto al del Derecho administrativo sancionador. Por un lado, el Derecho penal tiene como objeto la re-estabilización de la vigencia de la norma, para lo cual se vale de la pena y de un proceso dotado de garantías para tal efecto. De allí

de infracción administrativa”. En: *El penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo*, Idemsa, Lima 2012, p. 175.)

que el destinatario de estas normas sea la persona, entendida como un ser racional orientado por derechos y deberes. Por otro lado, considera que el Derecho administrativo sancionador tiene como punto de partida al individuo que es el ser sensible movido por costes y beneficios. Por ende, el diseño del Derecho administrativo sancionador es menos rígido que el penal. Asimismo, la sanción no buscaría la reestabilización de la vigencia de la norma, sino el mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado.⁽¹³⁶⁾

Al respecto, siguiendo la pertinente crítica hecha por BAJO FERNÁNDEZ,⁽¹³⁷⁾ las críticas antes realizadas pueden ser claramente enmarcadas en el contexto de una crítica que “aparentemente” pretende dar criterios de diferenciación cualitativa; sin embargo, en realidad propone criterios formales de diferenciación.

Tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal comparten el mismo objeto de protección: la protección de expectativas normativas concretadas en objetos de protección. Ése es el caso del delito de contrabando, en el cual la diferencia entre la norma penal y la administrativa radica en el monto de lo evadido. Si supera una cantidad determinada es parte del Derecho penal, si no la supera será parte del Derecho administrativo sancionador. Sólo es posible esta diferenciación si es que se considerase que –independientemente de las características propias de cada sector del Derecho sancionador– se reconociera que tanto la norma administrativa y la penal protegen lo mismo, sólo que con intensidades distintas. La norma penal está reservada para graves lesiones o puestas en peligro del objeto de protección, mientras que la norma administrativa san-

⁽¹³⁶⁾ En sentido: GARCÍA CAVERO, “El principio de *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito de infracción administrativa”. En: *El penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo*, cit., p. 175.

⁽¹³⁷⁾ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”. En http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf, última fecha de consulta: 26 de diciembre de 2013.

cionadora se encuentra diseñada para afectaciones menos intensas. Precisamente, en atención a la reacción más fuerte es que se requiere que el proceso penal éste dotado de mayores garantías que el Derecho administrativo sancionador, lo que no obsta que el último también tenga las mismas garantías que el Derecho penal, sólo que las mismas pueden ser flexibilizadas.

De la misma opinión es el Tribunal Constitucional, quien en el caso Ramos Colque señala lo siguiente:

“[E]s necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.⁽¹³⁸⁾

c) Diferenciación cuantitativa

Finalmente, tenemos la diferenciación cuantitativa, que defendemos. Conforme a este esquema de diferenciación la norma administrativa y la norma penal comparten, en determinados ámbitos, el mismo objeto de protección. Sin embargo, existen ámbitos en los cuales cada uno tiene una plena autonomía.

En el primero, la diferenciación cuantitativa sólo será posible en caso de objetos de protección coincidentes y se base en criterios estadísticos. Como señalábamos en la introducción, producto del avance de la modernidad se ha ampliado el número de riesgos que pueden afectar a la persona o sus bienes. Para compensar el déficit de seguridad es que el legislador penal, en el caso de ciertos delitos, ha decidido adelantar las barreras de punibilidad y no esperar a la concreción de una infracción a la vigencia de la norma o la lesión efectiva de un bien, sino que ha de sancionar la mera generación de un riesgo para la misma. Para ello, sobre la base de criterios estadísticos, ha creado los

⁽¹³⁸⁾ STC. Exp. N° 2050-2002-AA, caso Ramos Colque, fundamento jurídico N° 8.

tipos penales denominados de peligro abstracto, los cuales se caracterizan por no haberse materializado en una lesión, sino por ser riesgos que potencialmente pueden convertirse en una lesión. Es importante señalar que este criterio de potencialidad es determinado de forma ex – ante por el legislador, quien ha de decidir cuándo una conducta se considera potencialmente peligrosa, lo que hará sobre la base de criterios técnicos.

Un ejemplo claro de estos delitos de peligro abstracto está en los delitos ambientales. En estas normas no se espera que se produzca la afectación al medio ambiente para sancionar la conducta, sino que se adelanta la barrera de punibilidad a un estadio previo: la generación de un acto contaminante que ponga el peligro al medio ambiente. Este peligro es cuantificado por una norma administrativa, la cual generalmente es el límite máximo permisible de contaminación, pues una vez superado este límite se considera que la conducta puede afectar al medio ambiente.

Como se observa, tanto en el Derecho penal (en el caso de los delitos de peligro abstracto) y en el Derecho administrativo sancionador (en lo referente a la protección de intereses colectivos donde se sanciona la puesta en peligro), el legislador -con una visión prospectiva- reprime una determinada acción sin necesidad de que la misma haya generado la afectación de un bien jurídico, siendo el nivel de peligro predefinido en la norma administrativa. De esta forma, tanto la infracción administrativa como la penal comparten un ámbito en el cual ambas protegen exactamente lo mismo. La diferencia está en la gravedad de la afectación al objeto de protección. Afectaciones intensas serán de competencia del Derecho penal, mientras que afectaciones leves serán de competencia del Derecho administrativo sancionador.

El presente modelo tiene como gran argumento a su favor el ser coherente con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Según este principio el Derecho penal es el último sector de control jurídico al cual se puede acudir para preservar la identidad normativa de una

sociedad. Sólo es posible acudir a él cuando estemos frente a objetos de protección vitales para la existencia y el desarrollo de la sociedad, y cuando la afectación a estos objetos de protección sea tan intensa que otros sectores del ordenamiento jurídico —que también protejan el mismo objeto— no puedan realizarlo de forma suficiente como para garantizar la vigencia de la norma.

De igual manera, esta diferencia sustantiva se traduce en una configuración más garantista para el proceso penal, en atención a que la limitación de derechos fundamentales que sufrirá la persona será más intensa que el procedimiento administrativo sancionador. Ello no implica que este último esté desprovisto de garantías derivadas del Derecho sancionador, como el principio de legalidad o culpabilidad, sino tan sólo implica que la interpretación que se realice de las mismas será mucho más flexible que en el ámbito procesal penal.

Un ejemplo de este criterio lo podemos ver en el delito de defraudación de renta de aduanas. En este supuesto, el objeto de protección es exactamente el mismo: las rentas que ha de percibir el Estado producto de los ingresos de mercancías. La diferencia entre la infracción administrativa y la infracción penal no es otra que el valor de lo defraudado. En buena cuenta, montos que superen el límite establecido por el legislador serán considerados un delito, y defraudaciones por debajo del monto serán una infracción.

Existen deficiencias legislativas en los cuales normas penales y normas administrativas se superponen. El caso paradigmático es el de la conducción en estado de ebriedad. En este supuesto, tanto la norma administrativa como la norma penal, protegen lo mismo: la seguridad en el tráfico. Sin embargo, el legislador, erróneamente, considera que conducir con más de 0.5 gr/l de alcohol en la sangre es una infracción administrativa y una infracción penal. Ello puede traducirse en un problema mayor, relacionado directamente al *non bis in idem*. Si la persona pagara la multa administrativa, entonces el Estado tendría vedada la posibilidad de imponerle una sanción penal,

pues estamos frente a una identidad de hecho (conducir en estado de ebriedad), persona (el infractor) y fundamento (la protección en la seguridad en el tráfico).

La solución a este problema no es de *lege lata*, sino de *lege ferenda*: debe modificarse la norma administrativa para que conducciones en estado de ebriedad con menos de 0.5 gr/l de alcohol en la sangre sólo consideradas como una infracción administrativa; o, reformar la norma penal y considerar que sólo será delito si supera una cantidad mayor que podría ser 1.0 gr/l de alcohol en la sangre.

Finalmente, no basta que el objeto de protección sea el mismo, sino que un requisito *sine queanon* para que pueda darse una diferenciación cuantitativa es que la conducta típica sea la misma en la norma penal y la norma administrativa.

Por ejemplo, esta diferencia puede darse en la defraudación de renta de aduanas, la conducción en estado de ebriedad, entre otras. En todas estas normas el supuesto de hecho de la norma penal y la norma administrativa es exactamente el mismo. Por ello, es necesario establecer una diferenciación entre ambos basada en la gravedad de la afectación o la puesta en peligro del objeto de protección. En la primera norma este criterio es el monto de lo defraudado y en la segunda el porcentaje de alcohol en la sangre.

El segundo punto a analizar, es cuando el Derecho penal pertenezca a ámbitos autónomos o exclusivos del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. Tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador tienen, en algunos casos, objetos de protección que no pueden ser tutelados por el otro sistema jurídico. El tutelar expectativas normativas que pertenezcan al ámbito administrativo, con normas penales, haría que la protección penal sea desproporcionada por exceso. Tutelar expectativas normativas del ámbito penal con normas exclusivamente administrativas, conllevaría a una protección que afecta el principio de proporcionalidad por déficit.

De esa forma, la expectativa normativa que inválida la afectación del derecho fundamental a la vida, no puede ser tutelada a través de una norma administrativa. Hacerlo, implicaría un déficit en la protección de este derecho fundamental, el cual tiene mucha trascendencia para la sociedad. En el mismo sentido, sancionar penalmente a un peatón por el sólo hecho de cruzar una luz roja, constituiría una afectación al principio de proporcionalidad, al carecer el objeto de protección de la suficiente entidad como para merecer una sanción penal.

La autonomía del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador se encuentra en relación directa con la importancia del objeto de protección para la sociedad. Si el objeto de protección es sumamente importante para la sociedad, entonces la protección que el mismo reciba será reservada al Derecho penal. Si el objeto de protección carece de esta relevancia excepcional, pero aún así es importante para la sociedad, entonces deberá ser considerado parte del Derecho administrativo sancionador.

4. Conclusión provisional

En esta sección hemos puesto en debate una serie de puntos que en la actualidad dependen de la concepción que se tenga del objeto de protección del Derecho penal. No es posible poner en duda el valor histórico que tuvo, en su momento, el concepto de bien jurídico que dependía de factores ontológicos. Sin embargo, un moderno Derecho penal, el cual se encuentre desarraigado de las estructuras ontológicas para asentarse en estructuras normativas, debe reformular dicho concepto.

Por ende, es que situamos nuestra teoría en este camino, en el cual el objeto de referencia deja de ser una estructura ontológica, para ser una estructura jurídica de raigambre constitucional. De esta manera, la función garantista del objeto de protección queda salvaguardada. Esta concepción tendrá, tal como lo hemos mostrado sucintamente, un enorme impacto en la forma como se analizan las actuales instituciones del Derecho penal.

UNIDAD IV: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

**JAKOBS, Günther, Derecho penal del enemigo, trad. Manuel Cancio
Meliá, Thompson/Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.**

Günther Jakobs
Catedrático emérito
de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Bonn

Manuel Cancio Meliá
Profesor titular
de Derecho Penal
en la Universidad Autónoma de Madrid

Derecho Penal del enemigo

THOMSON

CIVITAS

Primera edición, 2003



CIVITAS

PATROCINA LA REVISIÓN
DEL LÉXICO JURÍDICO DEL
DICCIONARIO DE LA
REAL ACADEMIA
ESPAÑOLA

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2003, by Günther Jakobs and Manuel Cancio Meliá

Civitas Ediciones, S. L.

Bárbara de Braganza, 10. 28004 Madrid (España)

ISBN: 84-470-2063-0

Depósito legal: M-39.602-2003

Compuesto en Printing'94

Printed in Spain. Impreso en España

por Printing'94. Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO *

Gunther Jakobs

* Título alemán: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

I. INTRODUCCIÓN: LA PENA COMO CONTRADICCIÓN O COMO ASEGURAMIENTO

Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio —Derecho penal del ciudadano— se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como per-

sona, al concedérsele en el proceso penal ¹ los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros. Quede esto dicho como primera consideración.

En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «Derecho penal del enemigo» *no en todo caso* pretende ser *peyorativa*. Ciertamente, un Derecho penal *del enemigo* es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes. Además, un *Derecho* penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Hechas estas reflexiones previas, comenzaré con la parte intermedia de los conceptos, con la *pena*.

¹ En lo fundamental; respecto de la incomunicación cfr. *infra* IV.

La pena es coacción; es coacción —que aquí sólo será abordada de manera sectorial— de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, *significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia*, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica², y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho.

Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad. Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este

² Cfr. al respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.^a edición, 1999, págs. 98 y ss.

efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, § 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo— hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1.º, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo³ peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal

³ Respecto de los conceptos «individuo» y «persona» *vid.* JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (nota 2), págs. 9 y ss., 29 y ss.

del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente, como habrá de mostrarse más adelante.

Lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad⁴ respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no cabe esperar nada de aquellos que buscan razón *en todas partes*, asegurándose a sí mismos tenerla *directamente* y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser. Sin embargo, la filosofía de la Edad Moderna enseña lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema.

II. ALGUNOS ESBOZOS IUSFILOSÓFICOS

Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se

⁴ La cuestión aparece primero en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss., 783 y ss.; *idem*, en: ESER *et al.* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss.; al respecto SCHULZ, ZStW, 112 (2000), págs. 653 y ss., 659 y ss.; en contra ESER, *loc. cit.* (*Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*), págs. 437 y ss., 444 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2001, págs. 205 y ss., 210 y ss.

determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción⁵, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos.

Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma ROUSSEAU⁶ que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: «al culpable se le hace morir más

⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en: *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, tomo 6, 1907, págs. 203 y ss., 231 (Einleitung in die Rechtslehre, § D).

⁶ ROUSSEAU, *Staat und Gesellschaft. «Contrat social»*, traducido y comentado por WEIGEND, 1959, pág. 33 (libro segundo, capítulo V).

como enemigo que como ciudadano». De modo similar argumenta FICHTE: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos»⁷. FICHTE atenúa tal muerte civil⁸ por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia⁹, pero no en el caso del «asesinato intencionado y premeditado»: en este ámbito, se mantiene la privación de derechos: «... al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado»¹⁰. Con férrea coherencia FICHTE prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal «no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad»¹¹. No procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el *sta-*

⁷ FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre, tomo primero, s.f., pág. 260.

⁸ Como en nota 7.

⁹ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 260 y ss. Dicho sea de paso: ¿un contrato con un sujeto expulsado de la sociedad civil, con alguien sin derechos?

¹⁰ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 278 y ss.

¹¹ *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), pág. 280.

tus de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder.

No quiero seguir la concepción de ROUSSEAU y de FICHTE; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

HOBBS era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión —junto al cual aparece, en igualdad de derecho (!) la sumisión por medio de la violencia— no debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorgani-

zación¹². De manera plenamente coherente con ello, HOBBS en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano¹³: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión¹⁴, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos»¹⁵.

Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es *de por sí* un enemigo, para HOBBS al menos el reo

¹² Cfr. también KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994, pág. 95: «El contrato fundamental es la forma conceptual dentro de la que hay que introducir la situación política empírica para ser accesible al conocimiento científico; constituye el esquema de interpretación bajo el que deben subsumirse los procesos históricos de fundación del Estado para poder ser comprendidos políticamente». *Idem*, en: *idem* (ed.), *Thomas Hobbes. Leviathan etc.* (Klassiker Auslegen), 1996, págs. 211 y ss., 213 y ss.

¹³ HOBBS, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, traducción de EUCHNER, 1984, págs. 237 y ss. (capítulo 28).

¹⁴ Sería más correcto decir: en la supresión fáctica; las instituciones no son susceptibles de rescisión.

¹⁵ HOBBS, *Leviathan* (nota 13), pág. 242 (capítulo 28); *idem*, *Vom Bürger*, en: GAWLICK (ed.), *Hobbes. Vom Menschen. Vom Bürger*, 1959, pág. 233 (capítulo 14, párrafo 22).

de alta traición. KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado ¹⁶, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana ¹⁷. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página ¹⁸ al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y

¹⁶ KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 273 y ss., 297; *vid.* al respecto KERSTING, *Philosophie* (nota 12), págs. 199 y ss.

¹⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 5), págs. 255 y ss. (1. Theil, 1. Hauptstück, § 8).

¹⁸ KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 341 y ss., 349 (2.º apartado, nota).

le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»¹⁹. En consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede «tratar», como anota expresamente KANT²⁰, «como un enemigo»²¹.

Como acaba de citarse, en la posición de KANT no se trata como persona a quien «me amenaza... constantemente», quien no se deja obligar a entrar

¹⁹ Al afirmarse *loc. cit.* (nota 18) que únicamente (pero al menos sí en este caso) puedo «proceder de modo hostil» contra quien «ya me haya lesionado activamente», ello se refiere a un delito en el «estado ciudadano-legal», de manera que «hostil» caracteriza a la producción de un mal conforme a la Ley penal, y no a una despersonalización.

²⁰ *Zum ewigen Frieden* (nota 18), pág. 349.

²¹ Esta afirmación, sin embargo, es contradictoria con la posición de KANT respecto del problema de la mentira, en el que KANT no tiene suficientemente en cuenta la dependencia del contexto (scil.: reciprocidad) de la personalidad practicada: *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 421 y ss. Sobre esta cuestión cfr. OBERER, en: GEISMANN y OBERER (ed.), *Kant und das Recht der Lüge*, 1986, págs. 7 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, págs. 89 y ss.; ANNEN, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung. Ein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1997, págs. 97 y ss.

en un estado ciudadano. De manera similar, HOBES despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, HOBES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio— y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad²², con base en el cual HOBES fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*²³. Pero en este derecho no se halla contenido en HOBES el reo de alta traición, en

²² Fundamental ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983.

²³ El fin de la obediencia es la protección; HOBES, *Leviathan* (nota 13), p. 171 (capítulo 21); *idem*, *Vom Bürger* (nota 15), págs. 132 y ss. (capítulo 6, párrafo 3).

KANT quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. *El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. *El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo* (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) *combate peligros*; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.

III. PERSONALIDAD REAL Y PELIGROSIDAD FÁCTICA

Queda por formular una pregunta: ¿por qué llevan a cabo HOBBS y KANT la delimitación del modo que se ha descrito? Daré forma de tesis a la

respuesta: ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal —rige— por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real.

Para explicar esta tesis comenzaré con algunas consideraciones acerca de lo que significa —*sit venia verbo*— el caso normal de la secuencia de delito y pena. No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado. Nadie ha desarrollado esto con mayor claridad que HOBBS²⁴, quien atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un *ius naturale* a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un *ius* así *denominado*, respecto del cual precisamente no se halla en correspondencia una *obligatio*, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar al otro sin causa alguna; es éste, como HOBBS constata expresamente²⁵, su *ius naturale*, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de

²⁴ *Leviathan* (nota 13), págs. 99 y ss. (capítulo 14).

²⁵ *Leviathan* (nota 13), pág. 99 (capítulo 14).

un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden.

Por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Para clarificar lo dicho imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado; es decir, se comporta de modo evidente de manera autocontradictoria, dicho de otro modo, opta, como cualquiera aprecia, por un mundo insostenible, y ello no sólo en el sentido de insostenible desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico: ese mundo es impensable.

Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho —de nuevo, uso esta palabra poco exacta— normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contractualismo ROUSSEAU y FICHTE, no a un enemigo al que ha de destruirse,

sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta a dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado —de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)— a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma²⁶.

Sin embargo, las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas —el autor pronuncia su propia sentencia ya por la inconsistencia de su máxima—, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera *completamente* contráfáctica, tampoco la personalidad. Intentaré explicar brevemente lo dicho, abordando primero la vigencia de la norma:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos

²⁶ Cfr. *supra* I.

de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real. Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados²⁷, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por esto que KANT argumenta

²⁷ Cfr. nota 3.

que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana²⁸.

Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.

Ya se ha mencionado el ejemplo de la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad. Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente

²⁸ Como en nota 17.

de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica²⁹, del terrorismo³⁰, de la criminalidad organizada³¹, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas»³², así como, en general, respecto de los «crímenes»³³, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la cri-

²⁹ Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29-7-1976, BGBl I, pág. 2034; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15-5-1986, BGBl I, pág. 721 (= respectivamente, primera y segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica, n. del t.).

³⁰ Artículo 1, Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (= Ley para la lucha contra el terrorismo, n. del t.) de 19-2-1986, BGBl I, pág. 2566.

³¹ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (= Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada, n. del t.) de 15-7-1999, BGBl I, pág. 1302.

³² Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (= Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, n. del t.) de 26-1-1998, BGBl I, pág. 160.

³³ Verbrechensbekämpfungsgesetz (= Ley de lucha contra el delito, n. del t.) de 28-10-1994, BGBl I, pág. 3186.

minalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente»³⁴. Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el

³⁴ KANT, como en nota 18.

estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.

A quien todo esto le siga pareciendo demasiado oscuro se le puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referencia a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización —la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano— y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Ahora bien, no se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la

categoría del delito no impone al Estado una atadura —precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona— que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal». De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios³⁵; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada.

Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el esta-

³⁵ JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss.

dio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21 StGB), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ³⁶ ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad ³⁷. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena».

IV. ESBOZO RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

En el Derecho procesal penal de nuevo aparece esta polarización; es fuerte la tentación de decir: evidentemente. Aquí no es posible exponer esto

³⁶ De tres a quince años de pena privativa de libertad frente a una pena de cinco a quince años, §§ 30, 212, 49 StGB.

³⁷ Respecto de la tentativa de participación, § 30 StGB, *infra* V.

con profundidad; al menos, se intentará llevar a cabo un esbozo. El imputado, por un lado, es una persona que participa, que se suele denominar «sujeto procesal»; es esto precisamente lo que lo distingue al proceso reformado del proceso inquisitorio. Han de mencionarse, por ejemplo³⁸, el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser ni engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones (§ 136 a StPO).

Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal³⁹, aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva (§§ 112, 112 a StPO); al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso —también participa en el

³⁸ Cfr. una enumeración más exhaustiva en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª edición, 1998, § 18.

³⁹ Respecto de los requisitos de un *deber* de participación como consecuencia de la personalización fundamental PAWLIK, GA 1998, págs. 378 y ss., con amplias referencias. ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (nota 38), asigna la necesidad de «soportar el desarrollo del proceso» a la coacción. Ello no resulta convincente: el proceso de por sí *es* el camino para la clarificación de la situación mediante un trato personal recíproco.

proceso una *persona* imputada, y por convicción—, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho —ésta ni oculta pruebas ni huye—, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§ 81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones (§ 100 a StPO), otras investigaciones secretas (§ 100 c StPO) y la intervención de investigadores encubiertos (§ 110 a StPO). Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.

De nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una

referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG). Ahora bien, éste sólo es el caso extremo regulado por el Derecho positivo. Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento —y sólo hasta el momento— no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros —¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.

V. DESCOMPOSICIÓN: ¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafacticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los

individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos⁴⁰.

Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo —prácticamente inabarcable ya— de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho. Intentaré ilustrar lo dicho con un ejemplo⁴¹ relativo a la preparación del delito: el Código penal prusiano de 1851 y el Código penal del *Reich* de 1871 no conocían una punición de los actos aislados de preparación de un delito. Después de que en la «lucha cultural» (*Kulturkampf*) —una lucha del Estado por la secularización de las instituciones sociales— un extranjero (el belga Duchsène) se hubiera ofrecido frente a altas instituciones eclesiásticas extranjeras (el provincial de los jesuitas en Bélgica y el arzobispo de París) a matar al canciller del *Reich* (Bismarck) a cambio del pago de una suma considerable, se introdujo un precepto que amenazaba tales

⁴⁰ KANT, como en nota 18.

⁴¹ Respecto de la historia del § 30 StGB cfr. *LK¹¹-ROXIN*, n.m. 1 previo al § 30.

actos de preparación de delitos gravísimos con pena de prisión de tres meses hasta cinco años, en el caso de otros delitos, con pena de prisión de hasta dos años (§§ 49.a, 16 RStGB después de la reforma de 1876). Se trata de una regulación que —como muestra lo poco elevado de las penas— evidentemente no tomaba como punto de referencia cómo de peligroso un enemigo puede llegar a ser, sino aquello que un autor ya ha atacado hasta ese momento al realizar la conducta: la seguridad pública. En 1943 (!) se agravó el precepto (entre otros aspectos) vinculando la pena a la correspondiente al hecho planeado; de este modo, el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy. Por lo tanto, el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no actuada, sino sólo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro⁴²; dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado

⁴² A pesar de que generalmente se considera que una delimitación clara de actos preparatorios y tentativa constituye un postulado de primera clase entre los propios de un Estado de Derecho, está ausente cualquier consideración crítica de la punibilidad de la preparación de delitos conforme al § 30 StGB, una punibilidad que —respecto de los delitos en caso de autoría e inducción— marginaliza casi por com-

por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo. Lo que en el caso de los terroristas —adversarios por principio— puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de *cualquier* delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo —la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación— es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al —presunto— terrorista, en el primero, cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.º, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo.

VI. PERSONALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA: ENEMIGOS COMO PERSONAS

La exposición no sería completa si no se añadiera la siguiente reflexión: como se ha mostrado,

pleto la relevancia del límite; de nuevo, cfr. una posición crítica al respecto en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), pág. 752.

sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real. En contra de esta posición se encuentra, sin embargo, en la actualidad la suposición corriente de que en todo el mundo existe un orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena. El Tribunal para la antigua Yugoslavia en La Haya, el estatuto de Roma⁴³ y el Código penal internacional⁴⁴ son consecuencias de esta suposición. Si se examina con mayor detenimiento la jurisdicción internacional y nacional que con ello se establece, se percibe que la pena pasa de ser un medio para el *mantenimiento* de la vigencia de la norma a serlo de la *creación* de vigencia de la nor-

⁴³ Publicaciones del *Bundestag* [Parlamento Federal alemán, n. del t.] 14/2682, págs. 9 y ss.

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley para la introducción de un Código penal internacional de 26-6-2002, BGBl I, pág. 2254.

ma. Esto nõ tiene por qué ser inadecuado, pero es necesario identificarlo y procesarlo teóricamente; a continuación se llevará a cabo un pequeño intento de resolver esa tarea:

Como es sabido y no necesita de referencia alguna, en muchos lugares del mundo ocurren vulneraciones extremas de derechos humanos elementales. Ahora bien, allí donde ocurren, estas vulneraciones tienen lugar porque los derechos humanos en aquellos lugares hasta el momento no estaban establecidos en el sentido de que fueran respetados a grandes rasgos; pues de lo contrario, también en esos territorios serían entendidas las vulneraciones como perturbaciones del orden establecido y serían penadas, sin que fuera necesaria una jurisdicción exterior. Por lo tanto, son algunos Estados —fundamentalmente, occidentales— que afirman una vigencia global de los derechos humanos, vigencia que es contradicha en el lugar de comisión de los hechos de manera radical y existosa al menos por parte de los autores. Ahora bien, el autor siempre niega la vigencia de la norma que prohíbe el hecho respecto de la conducta que él planea; pues de lo contrario no podría cometer el hecho. En consecuencia, parece que *en todo caso* —tanto en el caso de una vulneración de derechos humanos en cualquier lugar del mundo como en el supuesto base de un delito dentro del Estado— el autor se dirige contra la norma prohi-

bitiva y que la vigencia de la norma, afectada por ello, es confirmada en su intangibilidad por la pena. Sin embargo, esta equiparación supondría dejar fuera de consideración diferencias esenciales.

En el supuesto base de un delito *en* un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado, y a éste se halla sometido el autor, también ya antes de su hecho. KANT formuló esto afirmando que en el «estado comunitario-legal» la «autoridad» tiene «poder» tanto sobre el autor como sobre su víctima⁴⁵. Por lo tanto, se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas normativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, éste aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición. Esta breve consideración ha de bastar respecto de la situación en *un estado de vigencia real del ordenamiento jurídico*, es decir, en el Estado en funcionamiento.

La situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos. No puede afirmarse de ningún modo que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo de un

⁴⁵ Como en nota 18.

postulado de realización. Este postulado puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado, del mismo modo que una pretensión jurídico-civil no se halla realizada sólo porque esté bien fundamentada. Dicho de otro modo: en esta medida, no se trata del *mantenimiento* de un «estado comunitario-legal», sino, con carácter previo, de su *establecimiento*. La situación previa a la creación del estado «comunitario-legal» es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso, no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito «comunitario-legal», y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código penal y al Código de procedimiento penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la *creación* de un orden del derecho a *mantener* un orden: el «ciudadano»

Milosevic es tan poco parte de *aquella* sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el «ciudadano» Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial «comunitario-legal», habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo.

VII. RESUMEN

1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos.

2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBS, KANT).

3. Quien por principio se conduce de modo

desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material —contradicción *versus* neutralización de peligros— encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal.

5. Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.

6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.

UNIDAD IV: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Los principios constitucionales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 153-180.

Enrique Bacigalupo

*Principios
constitucionales
de derecho penal*



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by

EDITORIAL HAMMURABI S.R.L.

Talcahuano 481 - 4º piso

1013 - Buenos Aires

Tel.: 382-3586

Fax: (54-1) 382-4745

Impreso en febrero de 1999

en los talleres gráficos

Gama Producción Gráfica

Martín Rodríguez 545

Ciudad de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina

Printed in Argentina

edición rústica

ISBN 950-891-036-4

CAPITULO VII

El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas del proceso

Las teorías jurídicas están estrechamente vinculadas a la estructura jerárquica del sistema normativo. La introducción en el orden jurídico español de un catálogo de valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 1º y 10.1, *CE*) y de derechos fundamentales adquiere una relevancia en la elaboración de los conceptos dogmáticos de las ramas ordinarias del derecho desconocida hasta la sanción de la Constitución.

El principio de culpabilidad constituye, en este sentido, un ejemplo paradigmático. En el derecho penal anterior a 1978 este principio no tenía una importancia trascendental. Su aplicación y su contenido dependía de su *reconocimiento* por el legislador. Esto se pone de manifiesto en la discusión en torno a si el derecho penal español había sido estructurado sobre la base del *versare in re illicita*¹. La discusión no partió del principio de culpabilidad, sino de la ambigüedad de los términos de los textos legales del Código Penal².

Por el contrario, en un sistema en el que la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con principios supe-

¹ Rodríguez Muñoz, notas a la edición castellana *Strafrecht, ein Lehrbuch* de Mezger (*Tratado de derecho penal*), 3ª ed., 1957, t. II, p. 27 y siguientes.

² Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del derecho penal*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1982-1, ps. 61 y ss. y 74 y siguientes.

riores, es decir, constitucionales, existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal que se manifiesta en dos direcciones distintas. Por un lado existe un *efecto irradiante* de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico, que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores³. Por otro lado, la interpretación de los textos legales se debe realizar de *acuerdo con la Constitución*, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la Constitución⁴.

El sistema desde 1978 aumentó considerablemente la complejidad de la tarea cotidiana de la administración de justicia, dado que el conocimiento de los textos legales y un entendimiento posible de los mismos no era suficiente para llevarla a cabo. Como contrapartida se garantizaba una aplicación más racional del derecho vigente.

— § 33 —

El Tribunal Constitucional ha reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad. En la *STC 65/86* vinculó el principio de culpabilidad con la exigencia de adecuación entre la medida de la pena y la gravedad de la culpabilidad. En ella dijo el Tribunal que: “Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad”.

En la *STC 76/90* se vinculó el principio de culpabilidad con la exigencia de dolo y culpa. Y en la *STC 150/91* se sostuvo que: “La

³ Jarass - Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1989, art. 1º, 21.

⁴ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., 1988, p. 29 y siguientes.

Constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal” y que: “no es constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”.

El Tribunal Constitucional no ha dicho hasta ahora de dónde deriva este principio “estructural” del derecho penal. En la *STC* 65/86 sólo sostuvo que una pena no adecuada a la culpabilidad no podía ser considerada como un “trato degradante” en el sentido del art. 15 de la *CE*. Sin embargo, es evidente que existen tres puntos de apoyo indudables en la Constitución que fundamentan el rango constitucional del principio de culpabilidad. En primer lugar la *justicia* como “valor superior del orden jurídico” (art. 1º, *CE*) y en segundo lugar de los “fundamentos del orden político” (art. 10, *CE*) que garantizan la *dignidad de la persona* y el *libre desarrollo de la personalidad*. Precisamente de estos dos últimos derechos ha deducido el Tribunal Constitucional Federal alemán el principio de culpabilidad. La notoria similitud de la Constitución española y la Ley Fundamental alemana en este punto permite tomar en consideración los precedentes del Tribunal Constitucional Federal alemán expuestos en reiteradas sentencias⁵. El valor *justicia* determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor. La *dignidad de la persona* requiere que las personas sean un fin en sí mismas y que *no sean utilizadas como medio* para obtener otros fines. El *libre desarrollo de la personalidad* presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción, y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución⁶.

⁵ *BVerfGE*, 6, ps. 389 y 439; 9, ps. 167 y 169; 20, ps. 323 y 331; 28, ps. 386 y 391; 50, ps. 125 y 133.

⁶ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª ed., 1988, p. 164 y siguientes.

De las citadas sentencias del Tribunal Constitucional español se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los *presupuestos de la pena* y, además, en el marco de la *individualización de la pena*, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. El principio de culpabilidad, por lo tanto, va mucho más lejos que el modesto art. 5º del Cód. Penal, en el que sólo se hace referencia al dolo y a la imprudencia como presupuestos de la pena.

— § 34 —

En el primero de los sentidos, en el de los presupuestos de la pena, el principio de culpabilidad impone que la pena sólo sea aplicada si, en primer lugar, el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprenderla y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión. En segundo lugar exige que el autor haya obrado con dolo o culpa y que el error, inclusive sobre la antijuridicidad, sea relevante⁷. Desde la reforma de 1983 (arts. 1º y 6º *bis a*, Cód. Penal) estos efectos del principio de culpabilidad han sido reconocidos en la ley penal de una manera no totalmente satisfactoria, pero, de todos modos, aceptable. En gran parte, los errores del legislador de 1983 han sido reiterados por el de 1995, cuando no los ha agravado. Concretamente, la excesiva y poco plástica atenuación de la pena para el *error de prohibición evitable* (art. 14. 3º, Cód. Penal) constituye un impedimento para el pleno desarrollo de esta pieza fundamental de principio de culpabilidad. Para evitar atenuaciones injustificadas en ciertas ocasiones, la jurisprudencia recurre al equivocado camino de invertir, en materia de error de prohibición, la carga de la prueba,

⁷ Cfr. en este último sentido la sentencia de la Corte Costituzionale italiana 364/88.

sin tener en cuenta que el error no constituye una excepción procesal (por ejemplo similar al pago), sino un elemento que niega uno de los presupuestos de la culpabilidad⁸. No obstante, la situación jurídica en esta primera fase de los efectos del principio constitucional de culpabilidad sobre el derecho ordinario, se puede considerar cumplida, aunque necesitada de retoques.

En el segundo de los sentidos, en el referente a la individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Dentro del marco penal legalmente determinado los tribunales deben fijar la pena en un punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad del autor. Dicho gráficamente: si el tribunal debe aplicar la pena de un homicidio dentro de la mitad inferior del marco penal abstracto del art. 138 del Cód. Penal, tendrá que hacerlo de una manera proporcionada a la gravedad del reproche que corresponda al autor, es decir, vinculado por esta gravedad del reproche.

Mediante esta doble influencia en el derecho penal el principio de culpabilidad aspira a cumplir una función de singular trascendencia: sólo mediante esta vinculación de la pena con la existencia de un reproche y de la gravedad de la pena aplicable con la gravedad del reproche es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena⁹. En la medida en que la pena no se utilice para perseguir fines preventivos, deberá ajustar su gravedad a la de la culpabilidad. En este sentido dice Roxin¹⁰: “sin perjuicio de la renuncia a toda idea retributiva, hay un elemento decisivo de la teoría retributiva que debe tener lugar en

⁸ Bacigalupo, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, CGPJ, 1997, p. 123 y siguientes.

⁹ Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine Strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1961, ps. 15 y ss. y 127 y ss.; ver también Roxin, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1992, t. I, p. 41; críticamente: Jakobs, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 7.

¹⁰ Roxin, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1992, t. I, p. 41.

las teorías preventivas de la unión: el principio de culpabilidad como medio para limitar la pena”. Dicho con otras palabras: se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito, aunque ello pudiera ser justificado por necesidades preventivas (especiales o generales). De todo esto surge la necesidad de una aclaración: el principio de culpabilidad no se dirige sólo al legislador, imponiéndole renunciar a determinadas soluciones legislativas que lo contradicen (por ejemplo: *versari in re illicita*; penas relacionadas con la forma de ser de una persona, etc.), sino también y muy especialmente al juez, que debe establecer la gravedad de la culpabilidad (individualización) para adaptar el marco penal a la sanción aplicable al delito cometido.

— § 35 —

¿Cómo pueden llevarse a la práctica las premisas que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias antes comentadas? En particular: ¿Cómo repercute en el derecho penal vigente la *prohibición de “determinar las penas en atención a la personalidad del reo”* y la *exigencia de hacerlo “según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”*?

a) A primera vista el Código Penal parece tener un sistema de reglas para la individualización de la pena que sería incompatible con el contenido del principio de culpabilidad definido en las sentencias antes citadas. En este sentido la regla primera del art. 66 dice que, si no concurren atenuantes y agravantes, la pena se debe imponer “en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, lo que parece ser exactamente lo que la STC 150/91 ha dejado claramente fuera de consideración, es decir la determinación de la pena según la personalidad del reo. Sin embargo, la reforma de 1995, al reemplazar la “personalidad del delincuente”, por sus

“circunstancias personales” ha reducido ya considerablemente la posibilidad de fricciones entre el texto legal y el principio constitucional, dado que las circunstancias personales tienen un carácter accidental que es precisamente lo contrario de la personalidad, que indica un aspecto sustancial y permanente de un individuo. En el concepto de “circunstancias personales” caben aquellas que son determinantes de la situación de una persona que pueden incidir en una mayor o menor gravedad de su comportamiento. Consecuentemente, la regla primera del art. 66 del Cód. Penal no contiene ya una referencia a la personalidad del autor, sino a las circunstancias en las que la personalidad se encontraba en el momento de ejecutar la acción. De esta manera el nuevo concepto legal permite considerar dos clases de circunstancias personales: las atenuantes del art. 21 del Cód. Penal y las agravantes de carácter personal (en el sentido del art. 65.1, Cód. Penal) contenidas en el art. 22 del Cód. Penal, que se pueden llamar *nominadas* y otras *innominadas*, que no están expresas en dichos artículos, pero que deben responder a la misma idea básica que inspira a las nominadas. Es evidente que no tendría ningún sentido que si concurren las circunstancias de los arts. 21 y 22 del Cód. Penal la pena se deba graduar de acuerdo con una idea, pero que, si no concurren, la pena se determine por otros criterios. La nueva fórmula legal, sin superar la falta de claridad que en su día introdujo la desafortunada regla cuarta del art. 61 del Cód. Penal de 1973, ha reducido en algo la tensión que existía en el sistema de individualización de la pena y ya no permite una interpretación basada puramente en la idea de la prevención especial.

Aclarado lo anterior, no cabe duda de la posibilidad de una total compatibilidad entre el principio de culpabilidad y el sistema legal de la individualización de la pena¹¹. En efecto las agravan-

¹¹ Sobre la relación de las fases de determinación e individualización y el principio de culpabilidad, Bacigalupo, en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 557 y ss.; Pérez del Valle, *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Cobo del Rosal (coord.), 1997, p. 46 y siguientes.

tes personales y las atenuantes nominadas expresan circunstancias que revelan la mayor o menor culpabilidad del autor y, consecuentemente, sirven para una primera fase de la individualización, consistente en establecer un *marco penal* “individualizado” en relación a la gravedad de la culpabilidad, en ciertos casos de una manera *indirecta* a través de la mayor o menor gravedad de la ilicitud (por ejemplo en algunas eximentes incompletas, art. 21. 1ª, Cód. Penal).

Pero allí no termina la función de la culpabilidad: también en la segunda fase, de fijación del punto correspondiente dentro de la mitad superior o inferior, o dentro del grado, los tribunales deberán recurrir a factores de la individualización que permitan concretar definitivamente la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad. Ejemplificativamente: si la pena del homicidio se debe imponer en la mitad inferior del marco legal previsto en el art. 138 del Cód. Penal, el punto en el que se fije la pena se debe ajustar también a la gravedad de la culpabilidad.

b) Una vez aclarado que las fricciones entre el texto legal y el principio de culpabilidad, entendido en el sentido de la *STC* 150/91, son más aparentes que reales y que, en todo caso, resultan fácilmente superables con el nuevo texto de art. 66 del Cód. Penal, se debe plantear una segunda cuestión, la de su realización técnica. ¿Cómo es posible distinguir la pena establecida “en atención a la personalidad” y la pena determinada “según la culpabilidad del autor en la comisión del delito”? Para ello se requiere una *fórmula dogmática operativa* que sea capaz de garantizar los resultados perseguidos.

Tal propósito sólo se puede lograr mediante un *concepto “puro” de culpabilidad por el hecho*. Ello requiere excluir de las consideraciones sobre la culpabilidad las que ponderen en forma general la personalidad como objeto del juicio de reproche¹². Concreta-

¹² Stratenwerth, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 29; en el mismo sentido Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine Strafrechtlich-rechtsphilosophische*

mente, el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como a la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito). En esta línea intentan avanzar las SSTs del 24/6/91 y 28/10/91 en las que se procura definir los elementos determinantes de la gravedad de la culpabilidad, estableciendo que ésta dependerá de la gravedad de la ilicitud¹³, de las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad (especialmente las que se vinculan con la mayor o menor comprensión que puede generar el comportamiento del autor) y, por último, el mayor o menor disvalor ético social de los motivos que impulsaron al autor (la mayor o menor correspondencia de los valores del autor con los del ordenamiento jurídico).

Como es claro este programa jurídico-penal puede conducir directamente a una antinomia entre la pena adecuada a la culpabilidad y a la pena requerida por la personalidad, es decir, por la prevención especial. Probablemente no sea tan considerable la antinomia con la prevención general, dado que cuanto menor es la culpabilidad del autor menor son los requerimientos de la ratificación de la validez de la norma. Pero esta antinomia, que está en la base de todo sistema de doble vía, se resuelve por la primacía del principio de culpabilidad. En la práctica esto significa que entre la pena adecuada a la prevención y a la pena adecuada a la culpabilidad existe una relación que no es excluyente. La gravedad de la culpabilidad determina el límite máximo de la pena, pe-

Untersuchung, 1961, p. 261: "toda consideración de circunstancias ajenas a la culpabilidad es una renuncia al principio (de culpabilidad)". Al parecer en contra de este concepto: Díez Ripollés, en *LLespañola*, ejemplar del 30/4/93. También en otra dirección: Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1976, t. V, p. 239 y ss.; Mezger, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 272, que incluyen un elemento caracterológico en el juicio de culpabilidad.

¹³ La cuestión es controvertida: Haffke, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, 1984, edit. por B. Schünemann, p. 205, sostiene que la correlación mayor ilicitud mayor culpabilidad es una ficción.

ro no obliga —como en la concepción de Kant— a la aplicación de la pena adecuada a la culpabilidad. Por debajo de este límite es posible observar exigencias preventivas que, inclusive pueden determinar una reducción de la pena adecuada a la culpabilidad. Dicho de otra manera: la retribución de la culpabilidad, que proviene de las teorías absolutas, sólo determina el límite máximo de la pena aplicable al autor, sin excluir la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas, proveniente de las teorías relativas, hasta el límite fijado por la culpabilidad.

— § 36 —

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo el principio de culpabilidad no ofrece dificultades en lo concerniente a los presupuestos de la pena (dolo, culpa, capacidad de culpabilidad, error). Ya han sido mencionados los problemas de la supuesta prueba del error de prohibición, que constituyendo el mayor obstáculo al principio de culpabilidad en este ámbito, no determinan una frustración total de sus objetivos, dado que, en la práctica no conducen a soluciones insoportables.

Por el contrario, en el marco de la individualización de la pena existen problemas que todavía no han encontrado una solución satisfactoria. Tres grandes cuestiones han sido campo de discusión en torno a los alcances del principio de culpabilidad: la reincidencia, la reparación de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y el arrepentimiento y la reparación. A través de ellas se percibe que la jurisprudencia (y en parte un sector de la doctrina) tienden, por un lado, a admitir la *culpabilidad de carácter* (en el caso de la reincidencia) y a reducir excesivamente la *compensación de la culpabilidad* cuando tienen lugar después del delito hechos que la reducen, al menos, en parte.

a) La *reincidencia* es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometi-

do, como las restantes contempladas en el art. 22 del Cód. Penal. La repetición del comportamiento delictivo tiene un significado de sintomatología caracterológica. Es indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de su peligrosidad. Como lo subraya Haffke¹⁴, “la investigación profunda y sutil de la personalidad del autor conducirá, según todos los conocimientos disponibles sobre el autor reincidente, previsiblemente a afirmar que su culpabilidad por el hecho debe ser, por regla, atenuada”¹⁵. La agravación de la pena fundada en la reincidencia sólo se puede fundamentar en la personalidad del reo, precisamente en lo que la *STC* 150/91 *excluye* como fundamento legítimo. En este sentido, la sentencia mencionada comparte puntos de vista que hoy merecen la adhesión clara de los penalistas más modernos. Ejemplo de ello son las opiniones de Köhler¹⁶ quien sostiene que “especialmente criticable es una individualización de la pena basada en un pronóstico de conducta”. Y agrega, luego de subrayar la inseguridad de la llamada “investigación de pronóstico”, que “por esta razón se excluye penar o aplicar medidas de seguridad a una persona con miras a hechos más o menos supuestos, pues ello significa negarles su libertad”¹⁷. Las nuevas tendencias parten de una crítica de las teorías instrumentales o preventivas de la pena, que permite arropar la premisa básica de la *STC* 150/91: “Las teorías preventivas, se afirma, descansan en la racionalidad técnica del modernismo. La trasposición de esta forma de pensamiento en las teorías jurídico-penales preventivas fascina, ante todo, por su racionalidad final —aparente— (...) pero desconoce en la base el principio jurídico de la libertad general”¹⁸.

¹⁴ Haffke, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, 1984, edit. por B. Schünemann, p. 208; cfr. también: Frosch, *Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB*, p. 105 y siguientes.

¹⁵ Otro punto de vista en Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, nros. 17-26, p. 486.

¹⁶ Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 589.

¹⁷ Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 589.

¹⁸ Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 44.

La *STC* 150/91, sin embargo, parece, al menos a primera vista contradictoria, dado que termina negando lo afirmado en su propia premisa básica. En efecto, por un lado excluye la legitimidad de fundamentar la pena y su medida en la personalidad del autor y por otro admite la reincidencia como una circunstancia agravante legítima, no obstante que los conocimientos actuales (y no actuales) sobre ella indican que sólo puede tener fundamento en la personalidad del autor y no en una mayor culpabilidad. El Tribunal Constitucional dice que la Constitución no ha consagrado, a pesar de que la culpabilidad sea un principio estructural básico, un determinado concepto o una determinada doctrina de la culpabilidad (fundamento jurídico 4º, *a*). Pero lo cierto es que la propia sentencia excluye un concepto fundado en la “culpabilidad de la personalidad”. Sus argumentos, por lo demás, son eficaces contra las argumentaciones del juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, sobre todo en lo referente a la imposibilidad de prever las consecuencias de sus actos que la agravante de reincidencia determinaría para los ciudadanos, pero lo cierto es que esos no son los únicos argumentos que avalan la posible inconstitucionalidad de una aplicación automática de la agravante del art. 22.8ª del Cód. Penal. Sobre todo el Tribunal Constitucional no ha percibido la dimensión del problema en orden al principio *non bis in idem*. En la *STC* 150/91 se dice que “es claro (...) que con la apreciación agravante de la reincidencia (...) no se vuelve a castigar el hecho anterior, o los hechos anteriores (...), sino única y exclusivamente el hecho posterior”. Lo que en realidad es claro es lo contrario: el hecho posterior se castiga nuevamente *una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida* (!) o se castiga lo que el propio Tribunal Constitucional considera incompatible con la Constitución: la personalidad (peligrosa) del autor.

Sin embargo, a pesar de su debilidad argumental, la *STC* 150/91 admite una interpretación positiva, si se pone el acento hermenéutico en el fundamento jurídico 4º, *a*), pues en verdad lo que en ella se afirma rotundamente es que la agravante de reincidencia puede ser compatible con la fundamentación de la pena

en la culpabilidad por el hecho, siempre que la pena resultante no se fundamente en la personalidad¹⁹. El resto de la sentencia sólo contesta, con mayor o menor fortuna, los argumentos del juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido la *STC* 150/91 viene a coincidir con la del Tribunal Constitucional Federal alemán de 16/1/79²⁰ en la que se dice: "(...) La regla (del § 48, *StGB*) no contradice el principio constitucional de culpabilidad, en la medida en la que no dice que aquellos que resultan nuevamente punibles a pesar de las condenas anteriores, siempre será más reprochable, sino que amenaza al autor, bajo ciertas circunstancias, con una pena agravada, si cabe formularle un reproche de culpabilidad elevado en relación a sus condenas previas. Si éste es o no el caso (...) deberá investigarlo el juez del hecho de oficio".

De estas consideraciones surge una conclusión que no ofrece ninguna duda. La *STC* 150/91 desautoriza la línea jurisprudencial de algunas sentencias del Tribunal Supremo español que entienden que la agravación "se justifica por fines de prevención general y especial de la delincuencia" y que esto eleva la culpabilidad porque "el que a sabiendas comete por segunda o más veces un hecho criminoso (...) asume su culpabilidad con todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes" (*STS*, 18/1/91), o que se puede apoyar en la "personalidad del delincuente" (*SSTS* del 5/11/90 y 5/12/90), o en "una mayor peligrosidad social" (*STS* del 13/11/90).

Por el contrario, la *STC* 150/91 no afecta la validez de otra línea jurisprudencial que sostiene que no cabe una agravación automática de la pena cuando se dan los presupuestos contenidos en el art. 22.8ª del Cód. Penal, sino que es preciso comprobar que la pena resultante no supere la gravedad de la culpabilidad (*SSTS* del 6/4/90; 5/10/90; 26/12/90; 22/4/91 y 6/5/91). Esto significa, en la práctica, que no cabe excluir la aplicación de la mitad

¹⁹ Otra interpretación: Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, p. 646.

²⁰ *BVerfGE* 50, ps. 125 y ss., 134 y 136.

inferior del marco penal abstracto aunque concurra la reincidencia, sin una previa valoración del hecho y la determinación de la culpabilidad del autor. Es decir: si el autor formalmente reincidente ha obrado en el nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyen la exigibilidad del comportamiento adecuado a derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia. Sin perjuicio de ello, la reincidencia podrá ser considerada en todo caso para decidir sobre la posibilidad de aplicar penas alternativas a la privación de la libertad, cuando lo permita la ley, a los efectos de los sustitutivos penales (art. 80 y ss.), sobre todo para decidir la suspensión de la ejecución en el caso del art. 87 del Cód. Penal, en lo que el Tribunal debe atender a “la peligrosidad criminal del sujeto”. En estos supuestos no se trata de la determinación de la cantidad de pena, sino de modalidades de la ejecución que son independientes de la gravedad de la culpabilidad.

Este último punto de vista ha sido objeto de discusión en la doctrina²¹. En esta discusión merece una especial consideración el punto de vista de Mir Puig²², quien admite que el sentido admonitorio y el añadido de rebeldía del autor previamente condenado como fundamento de la reincidencia, hace que esta agravante “aparezca como rechazable en el Derecho Penal que aconseja la Constitución”²³, pero sostiene que a partir de la STC 150/91 la agravante de reincidencia se debe aplicar obligatoriamente²⁴. En realidad, la aplicación obligatoria (en verdad “formal”) o sometida a las exigencias del principio de culpabilidad no fue nin-

²¹ En principio han apoyado este criterio: Zugaldía, en *Estudios de jurisprudencia*, n° 3, 1992, p. 67 y ss.; Borja Jiménez, en “Revista General de Derecho”, n° 558, p. 1135 y ss.; en lo referente al carácter no automático de la agravante: Díez Ripollés, en *LLespañola*, ejemplar del 30/4/93.

²² Mir Puig, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, n° XLVI, 1993, p. 1139 y ss. con mayores referencias bibliográficas.

²³ Mir Puig, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, n° XLVI, 1993, p. 1145.

²⁴ Mir Puig, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, n° XLVI, 1993, p. 1149.

guna de las cuestiones discutidas por el Tribunal Constitucional en aquella sentencia, dado que —como se dijo— el Tribunal se limitó a rechazar los argumentos del juez que propuso la cuestión de inconstitucionalidad sin analizar la alternativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: constitucionalidad sometida al respeto del principio de la culpabilidad (por el hecho). Consecuentemente, no cabe deducir de la *ratio decisionis* de la STC 150/91 nada respecto de la solución dada en la STS del 6/4/90 que admite la constitucionalidad, pero la condiciona a la no vulneración del principio de culpabilidad. En realidad la STC 150/91 deja abierta la vía técnica por la cual se deben compatibilizar las exigencias del principio de culpabilidad con la agravante de reincidencia, sin pronunciarse sobre su aplicación formalista. Más aun: no dice el Tribunal Constitucional que la aplicación “formalista” sea la única compatible con la Constitución.

Por el contrario, la tesis básica de la STS del 6/4/90 ha sido puesta en duda aisladamente por considerar que aumenta el arbitrio judicial y compromete la seguridad jurídica y el principio de legalidad²⁵. Ambos argumentos son erróneos. El arbitrio judicial no resulta en modo alguno extendido, dado que siempre se trata de que el juez determine la gravedad de la pena conforme a la gravedad de la culpabilidad. Si esto se admite en general no se explica en qué consiste el aumento del arbitrio judicial. En lo que concierne al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, la crítica resulta especialmente inconsciente. El principio de legalidad, en tanto derecho fundamental, no puede operar nunca *contra* el ciudadano y, por lo tanto, no se lo puede invocar para limitar el principio de culpabilidad. Dicho de otra manera no existe ningún conflicto de derechos fundamentales pues ambos principios generan derechos fundamentales a favor de los ciudadanos. La idea de derechos fundamentales contra el ciudadano, que es la base de la crítica comentada, desconoce evidentemente el origen

²⁵ Cfr. Jareño Leal, en “Poder Judicial”, n° 22, 1991.

histórico y democrático de los derechos fundamentales y resulta verdaderamente insólita²⁶. La STC 41/97 viene a desautorizar expresamente la tesis criticada: “la Constitución —dice el Tribunal Constitucional— no otorga ningún derecho a obtener condenas penales” (fundamento jurídico 4º); y agrega: “en el proceso penal las garantías constitucionales de una de las partes —el imputado— adquieren un especial relieve en sede de amparo constitucional, mientras que, como tal, la potestad pública de imponer penas que se ventila en él no es susceptible de amparo”. Como se ve, estas son consecuencias procesales que se derivan de la concepción de los derechos fundamentales como derechos que no pueden ser ejercidos en nombre de la sociedad (o del Estado) contra el ciudadano. El lógico corolario de este punto de vista es la “inviabilidad de anular en esta sede (Tribunal Constitucional) una sentencia de pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza” (STC 41/97, fundamento jurídico 6º).

b) La cuestión de la *compensación de la culpabilidad* es posiblemente la contrapartida de los problemas de la reincidencia, dado que no se refiere al pasado, sino a las modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho. Se trata de una cuestión relacionada con la extinción de la culpabilidad o con su reducción parcial. Es una problemática tradicional de la teoría de la culpabilidad y está implícita en su carácter *cuantificable*. *Precisamente por ser cuantificable, la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria.*

En el pensamiento penal moderno la concepción de la culpabilidad como una entidad cuantificable reconoce un punto de partida básico en Kant que definió la culpabilidad (*Verschuldung*) co-

²⁶ También carece de razón la crítica de B. Garzón Real -A. Manjón Cabeza, en “Actualidad Penal”, n° 1, 1991, p. 7 y ss., basada en la confusión de la individualización legal de la pena con la judicial. Críticamente al respecto de estos autores: Pérez del Valle, *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Cobo del Rosal (coord.), 1997, p. 51, nota 41.

mo *demeritum*²⁷ y señaló que éste podía tener diversos grados: “subjettivamente el grado de la capacidad de imputación (*imputabilitas*) de las acciones es de apreciar según la magnitud de los obstáculos, que hubieron de ser superados en su realización” (...) “cuanto menor es el obstáculo natural, cuanto mayor es el obstáculo fundado en el deber, mayor será la imputación de la infracción (como culpabilidad)”²⁸.

La doctrina posterior llegó a considerar que la *cancelación* de la culpabilidad (*Tilgung der Schuld*) merecía un capítulo especial dentro de la teoría del delito²⁹. En la doctrina moderna de la individualización de la pena la posible compensación de la culpabilidad (al menos en parte) es el fundamento de la relevancia de ciertos aspectos de la conducta del autor *posterior* al hecho, sobre todo de la reparación³⁰. Afirma Jescheck en este sentido que “también la conducta posterior del autor puede permitir sacar consecuencias respecto de su culpabilidad (...)” y que “la reparación del daño y los esfuerzos de un acuerdo con el lesionado pueden operar como atenuante”³¹. El Código Penal ha recogido esta idea en las atenuantes del art. 21.4ª y 5ª del Código Penal.

La compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una *compensación socialmente constructiva de la culpabilidad*, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada, como en el caso del art. 21.4ª y 5ª del Cód. Penal ya citados. Pero también cabe hablar de una *compensación destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, co-

²⁷ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 30 (citada según la edición de W. Weischedel, *Kant Werke in Zwölf Bänden*, 1956, t. VIII, p. 335).

²⁸ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 29 (citada según la edición de W. Weischedel, *Kant Werke in Zwölf Bänden*, 1956, t. VIII, p. 334).

²⁹ Köstlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Strafrechts*, 1848, p. 626 y ss.; Hälschner, *Das preussische Strafrecht*, 1858, t. II, p. 477 y siguientes.

³⁰ Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª ed., 1985, p. 239; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, ps. 20 a 63; Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 898 (en la 4ª ed., § 83, III).

³¹ Cfr. Jareño Leal, en “Poder Judicial”, n° 22, 1991.

mo consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad: *el prototipo* de la compensación destructiva de la culpabilidad *es la pena*, cuyo cumplimiento *extingue* la culpabilidad por compensación total. La idea de compensación de la culpabilidad en un sentido destructivo ha sido tenida en cuenta por el legislador al ordenar en los arts. 58 y 59 el abono para el cumplimiento de la pena de todas las privaciones de derechos que haya sufrido el acusado durante el proceso (privación de la libertad, art. 58.1; privación de derechos, art. 58.2). *Expresamente* el legislador se ha referido a la *compensación* (en sentido parcial) en el art. 59 del Cód. Penal en los casos de distinta naturaleza de las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta.

La compensación socialmente constructiva, por su parte, de la culpabilidad se manifiesta, como se dijo, especialmente en los casos de la conducta posterior del autor prevista en los nros. 4 y 5 del art. 21 del Cód. Penal. La STS del 23/3/93 ha establecido en este sentido que dichas atenuantes tienen su fundamento en el arrepentimiento y la reparación. La jurisprudencia había eliminado las exigencias relativas a la contricción del autor (cfr. SSTs del 22/4/94 y 8/11/95, entre otras), pero mantuvo el punto de vista de la compensación de la culpabilidad (STS del 3/11/88). En estos casos el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño causado o favoreciendo su propia persecución, y ello determina ya una ratificación de la misma que permite compensar una parte de su culpabilidad. Dicho en terminología kantiana: el autor ha hecho más de lo que el derecho le exige, pues la reparación espontánea del mal no constituye un deber antes de la condena, y, por lo tanto, su acción constituye un *meritum*, que reduce, por compensación, el *demeritum* de la culpabilidad³².

La compensación destructiva de la culpabilidad tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pe-

³² Mir Puig, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", n° XLVI, 1993, p. 334.

na. *Estos males pueden ser jurídicos o naturales*. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetraplégico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo). “En estos casos, dicen Jescheck y Waigend³³, se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva”. En tales supuestos, la sanción sería una “tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 2.I de la Ley Fundamental”³⁴.

La idea de una distinción entre *poena forensis* y *poena naturalis* proviene de Kant³⁵, aunque ya aparecía en Hobbes³⁶, quien la denominaba “*pena divina*”: “Dado que ciertas acciones —decía Hobbes— están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando, por ejemplo, una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí misma, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación a la persona no integran el concepto de ‘pena’, ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a DIOS, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina”.

Kant —por su parte— aclaraba que ni la *poena forensis* ni la *poena naturalis* “pueden ser impuestas como mero medio para favorecer otros bienes, en favor del propio delincuente o en favor de la sociedad civil, sino que se infligen porque se ha delinquido; pues la persona no puede nunca ser manipulada como mero me-

³³ Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, (hay traducción castellana de J. L. Manzanares Samaniego, 4ª ed., 1993), p. 862.

³⁴ Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 863.

³⁵ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, citada según la edición de W. Weischedel, *Kant Werke in Zwölf Bänden*, 1956, t. VIII, p. 453.

³⁶ Hobbes, *Leviathan* (1651), citado según la edición alemana de Iring Fetscher, 1984, p. 238.

dio para los propósitos de otro y mezclada con los objetos de los derechos reales”³⁷.

Los males jurídicos son básicamente las consecuencias del proceso penal que van más allá de lo que el autor debe procesalmente soportar como consecuencia del hecho punible³⁸. En España esta cuestión se ha presentado en relación a las *consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas de un proceso penal* (art. 24.2, CE). En tales supuestos el acusado ha sufrido como consecuencia del delito una lesión en su derecho a ser juzgado dentro de un tiempo razonable y por lo tanto, “mediante los anormales perjuicios del procedimiento que el autor ha tenido que soportar, ya ha sido —en parte—, penado”³⁹. De aquí se deduce que esta lesión jurídica debe ser abonada al acusado en la pena que se le aplique, pues de lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad, en tanto éste exige una correspondencia proporcional entre el delito cometido y las consecuencias negativas que el mismo tenga para el autor.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo Federal alemán⁴⁰: “De acuerdo con lo antedicho el sobreseimiento no es el medio adecuado para dar cuenta de una lesión de la pretensión del acusado culpable a un desarrollo rápido del proceso penal; por el contrario ello debe tener lugar en la individualización de la pena. Sólo en el momento de pronunciar sentencia queda establecida la medida y la extensión de la culpabilidad, co-

³⁷ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, citada según la edición de W. Weischedel, *Kant Werke in Zwölf Bänden*, 1956, t. VIII, p. 453; en la dogmática actual la *poena naturalis* tiene también significación en diversos temas: cfr. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, nros. 17-26, p. 486.

³⁸ Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 897 y ss. dedican un capítulo especial, dentro de la individualización de la pena, a las anormalidades procesales que operan compensando (parcialmente) la culpabilidad del autor.

³⁹ Jescheck - Waigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 898.

⁴⁰ Cfr. *EBGHSt* (Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán, en causas penales — Colección oficial—), t. 24, p. 242.

mo para poder ser tomada en consideración como criterio seguro en relación a la cuestión de la exigibilidad de las demoras". Esta solución, concluye el *BGH*, se debe llevar a cabo a través de los medios que la ley contiene para reducir proporcionalmente la pena (por compensación de la culpabilidad). Este punto de vista ha sido, asimismo ratificado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*)⁴¹.

Y en sentido similar lo ha hecho el Tribunal Supremo español en su *STS* del 14/12/91 en la que vino a sostener que la compensación destructiva de la culpabilidad es de significación análoga a la compensación constructiva de la misma, dado que compensa (en parte) la culpabilidad. Ello posibilita la aplicación de una atenuante de análoga significación, dado que se trata de circunstancias que operan *ex post* compensando parcialmente la culpabilidad por el hecho en el sentido de las valoraciones ya contenidas en la ley penal respecto de otras consecuencias procesales soportadas por el acusado (art. 58, Cód. Penal).

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo se inclinó por considerar que esta solución, siendo correcta *de lege ferenda*, no lo era *de lege lata*, razón por la cual el Tribunal Supremo y los tribunales del Poder Judicial sólo podían solicitar que el Ejecutivo ejerciera el derecho de gracia en favor del condenado que había sido juzgado en un proceso de duración exagerada⁴². No obstante ello, la *STS* del 2/4/93 insistió todavía en la compensación de la culpabilidad con base, además, en el art. 1º de la *CE*, dado que, se dice, si la justicia es uno de los valores superiores del orden jurídico los tribunales deben computar en las penas aplicables los males injustificados que el procesado haya sufrido en el proceso por el funcionamiento anormal de la justicia.

La atenuación de la pena en los casos de dilaciones indebidas fue objeto de consideración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Eckle", *STEDH* del 15/7/82. El Tribunal Eu-

⁴¹ *BVerfG*, en *Neue Juristische Wochenschrift* ("NJW"), 1993, p. 3254.

⁴² Cfr. por todas la *STS* del 1/10/92.

ropeo de Derechos Humanos estima en el fundamento jurídico 67, refiriéndose a la sentencia del *BGH* citada más arriba, que en la medida en que la Convención forma parte del derecho de los *EEMM*, nada impide a este país (la República Federal Alemana) reparar la violación de la misma y, particularmente, la violación del art. 6, § 1. “*Este Estado (Alemania)* —dice la *STEDH*— *dispone también en un medio de reparación que, a los ojos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede revelar apropiado para ello: según una jurisprudencia firmemente establecida del Tribunal Federal de Justicia, al fijar la pena el juez penal debe tener en cuenta la superación eventual del ‘plazo razonable’ en el sentido del art. 6, § 1*”.

En la *STC* 35/94 del 31/1/94 el Tribunal Constitucional español trató la cuestión de las dilaciones indebidas y la posibilidad de atenuación de la pena sin tomar en consideración la *STEDH* citada en la que la atenuación de la pena (por compensación de parte de la culpabilidad) fue vista como un procedimiento adecuado de reparación. Por el contrario, de manera cuanto menos sorprendente, ha dicho, en un *obiter dictum* que “la dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia con la que éste haya finalizado, ni tampoco —como pretendía el actor en el proceso *a quo*— la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de eventuales dilaciones” (fundamento jurídico 5º). La afirmación del Tribunal Constitucional español se basa en un error de concepto dogmático. El Tribunal supuso que “entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad” existe una “desconexión” y que por ello “no cabe extraer de aquéllas (las dilaciones indebidas) una consecuencia sobre ésta” —la responsabilidad— (fundamento jurídico 5º). En verdad, como se ha visto, lo que ocurre es todo lo contrario: como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal alemán⁴³ lo

⁴³ *BVerfG*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (“*NJW*”), 1993, ps. 3254 y 3255.

que existe es una conexión entre la responsabilidad (mejor sería decir la culpabilidad) y la pena de tal forma que ésta resultaría desproporcionada si no se tuviera en cuenta, en la individualización de la pena, que el autor ya ha tenido que soportar la lesión de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional español, por el contrario, entendió que la conexión, negada respecto de la culpabilidad, se daba en relación al indulto y a la remisión condicional de la pena. En tal sentido dice la *STC 35/94* las dilaciones indebidas “deberán repararse por la vía de la responsabilidad del art. 121 de la *CE*” y que “tampoco cabe descartar la aplicación de otras medidas legalmente previstas para paliar los efectos del retraso producido, desde la petición de indulto, hasta la remisión condicional de la pena” (fundamento jurídico 3º). En esta solución los errores antes señalados se ponen claramente de manifiesto. Es evidente que la pena impuesta sin considerar la lesión del derecho fundamental y la vulneración de éste constituyen dos lesiones jurídicas independientes. La sola reparación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede reparar la infracción del principio de culpabilidad, toda vez que una pena que carece de legitimación por no haber tenido en cuenta la compensación de la culpabilidad sólo puede ser reparada por la aplicación de una pena legitimada por su correspondencia con la gravedad de la culpabilidad. El Estado no puede aplicar penas ilegítimas a cambio de una indemnización, si todavía es posible reducir la pena adecuadamente.

En consecuencia, cabe preguntar ¿cuál es la *conexión* entre las dilaciones indebidas y el indulto? De acuerdo con el art. 11 de la ley del 18/6/1870 el indulto se debe basar en “razones de justicia, equidad o utilidad pública”. Las razones de justicia y equidad se dan cuando la pena resultante no es justa ni equitativa, es decir, cuando la gravedad de la pena supera la gravedad de la culpabilidad. Por lo tanto, mediante el indulto lo que correspondería es adecuar la pena a la gravedad de la culpabilidad subsistente después de computar la lesión del derecho fundamental sufrida en el proceso. Es evidente que no existe ninguna razón para que sea el

Poder Ejecutivo y no el Judicial el que lleve a cabo este juicio, si como por regla ocurre, el Tribunal de la causa no necesita reducir la pena más allá de lo que le permite la ley. Por lo demás, aquí se revela que es falso lo afirmado en la *STC 35/94* en relación a la supuesta desconexión entre “ilícito y responsabilidad” con las dilaciones indebidas. Si fuera así no se explica cómo se podría remitir al indulto por razones de justicia y equidad como forma de reparación de la lesión de dicho derecho fundamental.

Ciertamente el indulto —como se vio— cabe cuando la reducción o inejecución de la pena es de “utilidad pública”. ¿Cuál es la conexión entre las dilaciones indebidas y la “utilidad pública”? En realidad ninguna, dado que, la utilidad de la pena, es decir la prevención, no depende de si el proceso duró más o menos de lo debido. La renuncia a la ejecución (total o parcial) de la pena se explica por razones de utilidad pública cuando no existan razones de prevención general o especial que puedan justificar la ejecución de la pena resultante. Pues bien: las dilaciones indebidas del proceso no pueden eliminar ni reducir en ningún caso la necesidad de la prevención general⁴⁴. Las expectativas sociales respecto de la vigencia de la norma vulnerada no dependen de que el proceso haya durado un tiempo razonable. La conmoción de la confianza en la vigencia de la norma que produce un asesinato no desaparece cuando el proceso contra el autor ha tenido una duración excesiva, sin que —de todos modos— haya operado la prescripción. La norma del derecho penal material ha sido vulnerada y debe ser ratificada, aunque el proceso haya tenido más duración de la razonable. De las dilaciones indebidas, por lo tanto, no se pueden derivar consecuencias para la prevención general, porque, en este contexto, tales dilaciones carecen de la menor conexión con el indulto basado en la ausencia de necesidad preventivo general.

⁴⁴ Sobre la prevención general ver: Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1982, p. 285 y ss. y 295 y ss.; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, nros. 17-26, p. 6 y siguientes.

Más clara todavía resulta la carencia de toda conexión si las dilaciones indebidas se refieren a la prevención especial. En efecto, es obvio que la excesiva duración del procedimiento no puede tener ningún efecto respecto de la peligrosidad del acusado: no la disminuyen ni la aumentan, pues la personalidad peligrosa es totalmente ajena a la duración del proceso. Pero, si lo tuviera, ¿qué razón existiría para que el juicio sobre las necesidades de prevención especial, una cuestión esencialmente penal, queden fuera de la competencia del Poder Judicial?

No menos sorprendente es el reenvío, que se hace en la *STC* 35/94 a la remisión condicional de la pena. No sólo porque ésta únicamente es aplicable a las penas que no superen los dos años (art. 88, Cód. Penal) sino porque la suspensión condicional no se puede acordar más que cuando se dan sus presupuestos y entre éstos no se encuentra la excesiva duración del proceso.

En suma: la *STC* 35/94 niega la conexión de las dilaciones indebidas con la gravedad de la pena, precisamente, allí donde ésta existe según un difundido consenso doctrinario y jurisprudencial comparado; por el contrario afirma tal conexión donde ésta no existe (en el indulto por razones de utilidad pública y en la remisión condicional de la pena).

De todos modos, lo cierto es que lo único afirmado por la *STC* 35/94 es que una atenuación de la pena no se puede derivar, en el caso de dilaciones indebidas, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la *CE*, pues, según surge del fundamento jurídico 1º del Antecedente 3º de la misma, el objeto del recurso de amparo era la denuncia de una vulneración del art. 24.1 de la *CE*. El Tribunal Constitucional español, por lo tanto, no ha comprobado todavía si no abonar en la pena la parte proporcional a lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es compatible con el principio constitucional de culpabilidad, dado que la cuestión todavía no le ha sido planteada.

La situación a la que ha conducido la jurisprudencia es preocupante: la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas carece, en la práctica, de reparación por parte del Poder

Judicial y sólo resultaría reparable si el Poder Ejecutivo discrecionalmente lo estima procedente. Dicho en otras palabras: en el proceso penal el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas se ha convertido en un derecho fundamental respecto del cual no rige el art. 117.1 y 3 de la *CE*, dado que la reparación de las vulneraciones del mismo no puede ser decidida por jueces y magistrados y éstos, en todo caso, no podrían hacer ejecutar lo juzgado cuando comprobaran dilaciones indebidas. La cuestión afecta sin duda a la estructura de la división de poderes.

— § 37 —

El estudio realizado procura mostrar de qué manera inciden en la elaboración de los conceptos dogmáticos los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1º y 10.1, *CE*) y los derechos fundamentales. Una construcción de conceptos dogmáticos que conduzca a resultados incompatibles con estos valores y derechos carecerá de toda legitimidad metodológica. Dicho de otra manera: los resultados a los que se llegue mediante determinados conceptos dogmáticos deben ser confrontados con su repercusión sobre los derechos fundamentales y los valores superiores del ordenamiento jurídico.