

De algunas bases del Derecho penal español (*)

Prof. D. JOAN J. QUERALT
Departamento Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. *Concepto de Derecho penal*: 1) Derecho penal y medidas de seguridad. 2) Incomplitud de la definición. 3) Responsabilidad civil como Derecho penal.—II. *Los límites del «ius puniendi»*: 1) Planteamiento. 2) Fundamento político y funcional: A) Límites derivados del fundamento funcional: a) Intervención mínima. b) La protección de bienes jurídicos. B) Límites derivados del fundamento político: a) Límites derivados del estado de Derecho: el principio de legalidad: a') mandato de determinación; b') la ley orgánica. b) Los límites derivados del Estado democrático.—III. *Función del Derecho penal*: 1) La pena como prevención. 2) Consecuencias para la teoría del delito de la función preventiva de la pena.

I.—CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Es ya un lugar común dar inicio a la exposición de los aspectos fundamentales de la materia ofreciendo una definición de Derecho penal, definición que se toma de la acuñada por von Liszt (1): «Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas que asocian al crimen, como hecho, la pena, como legítima consecuencia» (2). También es un lugar común el afirmar (3) que esta definición es excesivamente estrecha, dado que en ella no tienen cabida las medidas de seguridad; reciente-

(*) Memoria presentada para la obtención de la plaza de Profesor titular de Derecho Penal (julio 1984); dado el estilo del escrito, que se ha mantenido inalterado, no se han incorporado recientes aportaciones bibliográficas como el *Derecho penal. Parte General*, de S. MIR PUIG, mi maestro; *Manual de Derecho penal español. Parte General*, de J. BUSTOS RAMÍREZ. Agradezco la ayuda financiera facilitada por el CSIC al concederme una beca de la Deutsche Forschungsgemeinschaft, a disfrutar en Bonn.

(1) Así, por ejemplo, MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 17; COBO/VIVES, *Derecho penal*, I-II, 1981, p. 29; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, 1981, p. 21; este autor atribuye a QUINTANO (*Compendio de Derecho penal*, I, 1958, p. 5) la habitualidad de la definición. Descripciones similares se hallan en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, I, 1977, p. 11 y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, 1981, p. 10.

(2) *Tratado*, I, 1971 (?), p. 5.

(3) Vid. los autores citados supra n. 2 en primer lugar.

mente, además, se acusa a esta concepción de incompleta en cuanto que sólo acoge el concepto objetivo del Derecho penal y no el subjetivo (4); por otra parte, está abierta la polémica sobre si los preceptos reguladores de la responsabilidad civil ex delicto integran el concepto de Derecho penal o no. A estas cuestiones, pues, se intenta dar respuesta en las líneas siguientes (5).

1) *Derecho penal y medidas de seguridad*

La estrechez de la formulación conceptual de nuestra materia, sin entrar a si ya lo era cuando se llevó a cabo la acuñación en cuestión (6), resulta hoy día a todas luces evidente; y tanto desde una perspectiva legal como de un cierto movimiento político-criminales (7). En efecto, desde el punto de vista estrictamente positivo, se ha superado la fase embrionaria de formulación en el Código penal de unas pocas y aisladas medidas de seguridad, para pasar a la elaboración de un cuerpo legal en el que, independientemente ahora de su consideración, se incluye una profusa panoplia de medidas tanto postdelictuales como predelictuales. Este hecho debe ser tenido en cuenta y, en efecto, ha sido tenido en cuenta por la doctrina.

Por lo que respecta a las medidas postdelictuales, y al margen de lo que se considere oportuno respecto a su sistema de formulación y aplicación (8), existe acuerdo absolutamente dominante en la literatura jurídico-penal española de que se trata de disposiciones de naturaleza criminal y que, como tales, han de incluirse en nuestro campo (9). Dos razones, a mi juicio, avalan la afirmación precedente, a saber: i) de no atribuirles carácter penal a las medidas de seguridad postdelictuales y sí, en cambio, naturaleza administrativa, quedaría sin explicar el porqué sí tienen el carácter propuesto las que se hallan reguladas en el Código penal; no podría aducirse en contra de esta posición el que la naturaleza jurídica de las instituciones viene dada

(4) COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 29.

(5) Se deja aquí de lado la cuestión atinente a la denominación de la materia; es en gran parte baladí y en ningún supuesto supone cambio de contenido; cfr., a este respecto, MIR, *Introducción*, 1976, pp. 18 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, pp. 36 ss.

(6) El que v. LISZT no tuviera en cuenta en su definición las medidas de seguridad es llamativo, dado que STROOS formuló su anteproyecto de CP suizo en 1893. Además, nuestros sucesivos CP contenían, aunque embrionariamente, medidas de seguridad curativas para los inimputables.

(7) Singularmente la (Nueva) Defensa Social en todas sus vertientes; cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 1981, pp. 1047 ss.

(8) Cfr. la exposición y crítica de los sistemas en QUINTERO, *Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal*, en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, 1980, pp. 573 ss. y, también, *Introducción al Derecho penal*, 1981, pp. 18 ss.

(9) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, p. 38; el mismo, *Adiciones al Tratado de JESCHECK*, 1981, p. 21; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 17 y s.; COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 30; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 47; QUINTERO, *Introducción*, 1981, pp. 16 s.; RODRÍGUEZ DEvesa, PG, ⁸1981, p. 10.

por la clase de norma en que se contienen (10), dado que esta concepción revela un formalismo pedestre y sumamente peligroso para la seguridad jurídica (11); por ello ii) ha de atenderse al *carácter material* de la medida y se ve que queda equiparada al de la pena: aflicción (12), restricción significativa de la libertad; este es el criterio que mantiene el legislador penal en lo referente incluso, entre otras, a las sanciones que puede imponer la autoridad gubernativa: son penas, aunque, a efectos penales, no tengan tal consideración (art. 26, 3.º CP).

Mucho más problemáticas se revelan, en cuanto a su inclusión en el concepto de Derecho penal, las denominadas medidas de seguridad predelictuales. Un significativo sector de la doctrina española considera que dichas medidas son de carácter administrativo y que, por lo tanto, deben quedar fuera de la órbita de la materia (13). Esta cuestión no se la plantea la doctrina alemana dado que requiere para la imposición de una medida de «aseguramiento y/o mejora», cuando menos, un *típo de injusto* (14). Dado que todavía las medidas predelictuales son derecho vigente (15), es de rigor pronunciarse sobre su naturaleza. Estimo por mi parte, que las medidas predelictuales, aunque incompatibles con un sistema penal civilizado (16), forman parte del Derecho penal. La cuestión estriba en anudar la imposición de una medida de esa clase a la demostrada (17) *peligrosidad criminal* que el sujeto en cuestión manifieste; es decir, que también estas medidas requieran, como presupuesto de aplicación, la peligrosidad referida a *delitos* futuros y no sólo a males indefinidos para la sociedad (18); de esta suerte, la me-

(10) Como, en general para las medidas administrativas, pretende MONTORO, *La infracción administrativa*, 1965, pp. 269, 272.

(11) Que tiene un indudable asidero constitucional en el artículo 9.3 CE; pero, además, otro precepto, el artículo 25.3 CE establece la prohibición a la Administración *civil* de imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad; y la medida es una sanción, desde el punto de vista material, e implica, en no pocas ocasiones, privación de libertad.

(12) Así, COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 31.

(13) Así, ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 1949, pp. 548 s.; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 42 s.; el mismo, *Adiciones*, 1981, p. 21; CEREZO, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 1982, p. 37 (aunque OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 46, n. 86, parezca incluirlo en el sector contrario); JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en Derecho español*, 1976, pp. 113 ss., 148 s. TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, 1981, pp. 113 s.; vid., también RODRÍGUEZ DEVESA, PG, 81981, pp. 10, n. 2, 126; poco definidos, por ulterior remisión, COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 30.

(14) Vid., por todos, JESCHECK, *Tratado*, 1981, pp. 18/19. Lo que no es seguro es que tales medidas, como medidas administrativas (policiales, municipales o bajo la rúbrica de beneficencia) no tenga una amplia o incontrolada vigencia.

(15) Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, p. 17; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 23 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 52/53; su admisibilidad no implica conformidad sino que son ampliamente atacadas. Tanto en el Proyecto de 1980 como en la Propuesta de 1983 desaparecen del arsenal punitivo.

(16) RODRÍGUEZ DEVESA, PG, 81981, p. 10, n. 2, cree que las medidas predelictuales no quedan incluidas en la terminología del art. 25.2 CE; MUÑOZ CONDE, por su parte, *Adiciones*, 1981, p. 21, considera que contravienen el mandato de seguridad jurídica.

(17) De que los estados «resulten probadamente» habla el art. 2 A) LPRS.

(18) Cfr. MIR, *Introducción*, 1976, p. 26; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 49.

dida predelictual se conforma como un adelanto de la pena (19), ilegítimo de todo punto de vista (20), que no es sino una forma grosera de «trampa de las etiquetas» (21), pero, precisamente por ello, manifiesta claramente su naturaleza penal. Además, y esto, al igual que los aspectos garantísticos en general, reviste la mayor importancia, no hay que olvidar que, de acuerdo a la legislación vigente (art. 8 LPRS), la imposición de una medida de seguridad es competencia exclusiva del Poder Judicial (garantía jurisdiccional); el hecho, pues, de la *juridicialización* del proceso de peligrosidad criminal pone bien a las claras la naturaleza penal y no gubernativa de las medidas de referencia (22). Es más, dado que en nuestro ordenamiento vigente no se contempla entre las obligaciones de la policía la imposición de medidas restrictivas de ningún tipo (23), con la salvedad de exigir fianza bastante al presunto reo de una falta que careciera de domicilio conocido (art. 495 LECr. (24), no cabe, desde luego, a *nivel legal*, plantearse la cuestión de las medidas predelictuales de carácter administrativo. A la vista de lo expuesto, creo acertada la inclusión de las medidas predelictuales en la descripción conceptual del Derecho penal; ello, además, supondrá dotarlas, a ellas también, de las mismas garantías que al resto de consecuencias jurídicas derivadas de la comisión, o probable comisión, de un hecho punible.

2) *Incomplitud de la definición*

Recientemente se ha objetado a la definición de von Liszt y, por ende, a quienes la comparten, con las modificaciones y/o actualizaciones a que se ha hecho acreedora, el que no se incluye en aquélla alusión alguna al *Derecho subjetivo* de castigar, sino que sólo abarca el denominado concepto objetivo de Derecho penal (25), lo cual ha venido ocurriendo tradicionalmente (26). Esta objeción entiendo que es

(19) Cfr. VIVES/COBO, *PG-I*, 1981, p. 31.

(20) Puesto que se castiga un carácter, no una conducta que haya infringido un mandato o una prohibición penales.

(21) Calificación que prefiero a la usual de «estafa»; proviene de KOHL-RAUSCH, *ZStW*, 1924, p. 33.

(22) En sentido similar, aunque menos rotundo, pero extrayendo significativas consecuencias, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 52.

(23) Con la salvedad quizá, siempre a nivel *legal*, del art. 101. 2.º LRL, por lo que hace referencia a la prevención y represión de la mendicidad; en ningún caso es legítima la expulsión de extranjeros del territorio nacional por resoluciones de los Gobernadores civiles: carecen de habilitación legal (ellos y el Ministro del Interior) y se practica sin procedimiento alguno que permita la defensa; cfr. a este respecto el severo varapalo del TC en S. de 8-6-1981 (BJC (3), 1981); además, la fundamental de 3-10-1983 (BJC (31), 1981).

(24) Pero, en cualquier caso, ha de procederse a la puesta a disposición de la autoridad judicial. Por otro lado, de hecho, una medida privativa de libertad la constituye la posibilidad de detención por actos contrarios al orden público: art. 12 LOP, máxime si se produce la puesta en libertad sin cargo alguno.

(25) Cfr. COBO/VIVES, *PG-I*, 1981, p. 29; antes ya ANTÓN, *PG*, 1949, p. 3, ofrece una definición subjetiva de Derecho penal.

(26) Cfr. COBO/VIVES, *loc. cit.*

aparente y no afecta al fondo del asunto; y éste, en verdad, es la delimitación del objeto, la delimitación de un sector del ordenamiento jurídico (de un subsistema dentro del sistema jurídico); y a este objetivo responde perfectamente la definición del Derecho penal en sentido objetivo. Cuáles hayan de ser los límites o el marco dentro de los que haya aquél de acontecer —el Derecho penal en sentido subjetivo— no es algo inherente al concepto de Derecho penal, por más que sea algo en extremo básico, si queremos conformar una teoría del Derecho penal que permita realizar los postulados del Estado social y democrático de Derecho en el sistema penal. En el orden conceptual, que es en el que se dilucida aquí la cuestión, sería mucho más relevante aludir al Derecho penal en sentido final, es decir, para qué sirve, cuál es la meta que se propone dicho sector del ordenamiento. Así las cosas, esta objeción ha de ser rechazada y, por lo tanto, me inclino por seguir definiendo en este punto el Derecho penal en sentido objetivo.

3) Responsabilidad civil como Derecho penal

Cuestión de mayor enjundia es la que interesa a la inclusión o no de la responsabilidad civil derivada de la comisión de una infracción penal. Pie para ello la da la, a todas luces dilatadísima, prescripción contenida en el artículo 19 CP: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente» (27); a mayor abundamiento, el artículo 1.089 CC establece que «las obligaciones nacen ... de los actos y omisiones ilícitos», es decir, de los delitos y faltas (28); ahora bien, el artículo 117 CP estipula que la responsabilidad civil —la obligación que nace del ilícito penal— se extinguirá como las demás obligaciones, de acuerdo a las prescripciones del Derecho civil; por si fuera poco, el artículo 1.092 CC afirma: «las obligaciones *civiles* que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal» (s. a.); dado, por otro lado, la regulación fragmentaria que dicho cuerpo legal efectúa de la institución de referencia (29), habrá que aplicar subsidiariamente el CC, ya que a ello obliga su artículo 4.3. El entrecruzamiento y remisión de normas llena de perplejidad al intérprete (30), máxime cuando la acción penal y la civil derivada de delito pueden ejercitarse, como es sabido, conjuntamente (art. 100 LECr.). Parece existir unánime acuerdo, empero, en que la naturaleza de la responsabilidad civil es civil (31). De hecho su

(27) Cfr. CÓRDOBA en CÓRDOBA y otros, *Comentarios al Código penal*, I, 1976, pp. 488/9.

(28) Cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 1970, p. 381.

(29) Así, MIR, *Introducción*, 1976, p. 26, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 58; RODRÍGUEZ DEVESA, PG, 1981, p. 965.

(30) Cfr. la exposición de posiciones que efectúa OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 59 s.

(31) Tanto entre los civilistas (Díez PICAZO, *Fundamentos*, 1970, pp. 381, 382, 394 s.; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil. Parte General y Derecho de obligaciones*, 1960, p. 990) como los penalistas: vid., sólo, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 61 ss.

incompleta, aunque directiva, regulación en la ley penal parece abonar esta tesis; no obstante, llama la atención un hecho significativo, la inusitada extensión de su regulación, tanto a nivel general como especial, de ciertas instituciones, si se tiene en cuenta su «civilidad». Antón (32) y Mir (33) han señalado una serie de efectos que tiene el daño o mal causado (34), como la mayor cuota de responsabilidad civil que los tribunales suelen imponer a los autores en relación con los otros responsables criminales (35), el inicio de haber ofrecido satisfacción a la víctima como una de las manifestaciones del arrepentimiento espontáneo o la necesidad de haber satisfecho en la medida de lo posible las responsabilidades civiles a fin y efecto de obtener la rehabilitación del condenado.

Estos *indicios* y algunos otros (36) demuestran que estamos ante una institución de carácter *civil*, aunque, en lo esencial, sean respecto al derecho privado derecho especial (37). Ello, empero, no es óbice, a mi juicio, para que en la definición objetiva de Derecho penal se haga mención expresa de la responsabilidad civil *como consecuencia que el ordenamiento jurídico-penal* determina, anudándola a la comisión de un tipo de injusto (38). Desde esta perspectiva, más que un instrumento de política criminal (39), se trataría de un instrumento de política jurídica, respaldada por la normativa procesal, en el sentido de tener presente junto al interés público lesionado el daño privado causado, cuya representación, incluso, puede llegar a ser asumida por un Órgano público sin necesidad de una especial excitación por parte del afectado (art. 108 LECr.). De las múltiples consecuencias jurídicas que una infracción penal pueda comportar (nulidades matrimoniales, determinación de la paternidad y correspondiente pensión de alimentos, inscripciones registrales...), la que, junto a la pena (o medida de seguridad), mayor incidencia cualitativa y cuantitativamente juega es, sin duda, la de la responsabilidad civil que, además, es generosamente recogida por el CP (40) y, en muchísima menor medida, por la jurisprudencia.

(32) Vid., *PG*, 1949, pp. 607 ss.

(33) Vid. *Introducción*, 1976, pp. 27 s.

(34) Aunque sea brevemente, hay que señalar que el término daño no es unívoco en los ejemplos aducidos tomados del articulado legal; por ejemplo, no es el mismo «daño» el que se alude en el art. 2.2 CP que el «daño moral» del art. 104 CP; por otra parte, daño, como sinónimo de mal, tiene un sentido, al igual que este otro término (MIR, *Lecciones de Derecho penal*, 1982, p. 211), eminentemente valorativos; piénsese, por ejemplo, en una rebelión militar y en el *daño* que puede producir, aun sin conseguir los delincuentes sus propósitos, en los sentimientos de los conciudadanos y en el crédito internacional del Estado.

(35) Que responde al planteamiento del art. 107 CP.

(36) El que la responsabilidad civil no se vea afectada ni por la remisión condicional ni por el indulto.

(37) Así, ÁLBALADEJO, *Instituciones*, 1960, p. 990, n. 4.

(38) Aunque no deba satisfacer la responsabilidad civil el causante del daño; piénsese en el auxilio necesario o en la obediencia debida; cfr. a este último respecto, mi *Obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, en prensa, § 14 VI.

(39) Como pretende MIR, *Introducción*, 1976, pp. 28, 29.

dencia. Esta incidencia casi constante, especialmente en los delitos contra personas físicas y jurídicas (no contra delitos de lesiones de bienes de titular difuso), y el que la responsabilidad civil exigida y recogida por el juzgador pueda llegar a revestir mayor importancia que la pena en sí misma considerada, son, a mi entender, los hechos que motivan que pese a su naturaleza civil se incluya la responsabilidad civil derivada de delito en la definición de Derecho penal en sentido objetivo. Así, cabrá definir este subsistema jurídico como el *conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones* (41) *reparatorias de carácter civil* (42).

II. LOS LIMITES DEL «IUS PUNIENDI»

1) *Planteamiento*

Dada la naturaleza del presente escrito han de pasarse prácticamente por alto algunos de los temas que tradicionalmente se analizan en estas ocasiones; así, la titularidad y razón de la misma del «ius puniendi», extremos que corresponden al Estado en la etapa histórica que vivimos. La causa de esta asignación hay que buscarla en la evolución que ha llevado a concentrar en manos del poder político público el ejercicio legítimo de la violencia (43).

Me interesa, en cambio, resaltar ahora el marco que limita el ejercicio de dicho *poder de castigar* que, contrariamente a lo que viene siendo costumbre, no lo tengo para mí como un derecho, sino como una *obligación* (44), si se ve el fundamento del «ius puniendi» en la protección de la sociedad y de los individuos que la forman evitando los ataques o puestas en peligro de bienes jurídicos, previniendo la comisión de delitos o faltas mediante el sistema de penas y/o medidas de seguridad. En efecto, si se toma el Estado tanto desde una perspectiva de filosofía política como estrictamente jurídica, nos hallamos ante un ente artificial, es decir, ante un ente creado —el grado de participación en su creación es aquí irrelevante— para solventar una serie de cuestiones; el Estado no es, pues, natural en el sentido de consustancial al ser humano como pueden serlo otras formas de agrupación social (45). Partiendo de esta concepción y llegados al momento

(40) Al incluir también los daños morales; otra cosa es la restringidísima actitud de los tribunales en cuanto a la fijación de los montos correspondientes.

(41) *Sancción reparatoria* ha de entenderse en el sentido que propone, entre otros, ZIPPELIUS, *Eniführung in das Recht*, 21976, p. 22 como garantía de efectividad del orden jurídico.

(42) Así, suscribo plenamente la propuesta final de MIR, *Introducción*, 1976, p. 29.

(43) Lo cual encuentra alguna excepción, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, al darle el doble fundamento público y privado; cfr., a este respecto, LUZÓN, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 58 ss. (79 ss.).

(44) En sentido similar, MIR, *Introducción*, 1976, p. 120.

(45) Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Introducción a la teoría del Estado*, 1980, pp. 139 ss., 165, haciendo especial hincapié en la emergencia del Estado de determinadas relaciones de producción.

actual en el que por hallarnos en un Estado social al Estado se le plantean exigencias, a la creación de sistemas de satisfacción de las mismas y a su instrumentalización no cabe calificar, sin hacer uso de una peligrosísima metáfora, de derechos subjetivos públicos del Estado: lo que por tal suele entenderse no son más, a mi juicio, que una serie de técnicas instrumentales al servicio de las necesidades comunes a cuya satisfacción responde la propia esencia y existencia del Estado.

Esta es, además, la concepción que respira el ordenamiento positivo español, cuando se ordena la imposición de una pena, de una medida de seguridad o se decreta la inocencia bajo, a su vez, pena por prevaricación caso de realizar dichas previsiones de modo ilegítimo. Si, hablando en términos típico-ideales (46), ésta no fuera la programación del Derecho positivo, no se explicaría el por qué del castigo del favorecimiento de los delincuentes (art. 359 CP), ya que, si se tratara de un derecho típicamente subjetivo del Estado, éste podría lícitamente dejar de perseguir a los delincuentes (47). El derecho al castigo, como tal derecho, es la manifestación de una necesidad del hombre socialmente relacionado y sólo él y la sociedad en la que se integra son sus titulares y cuyo ejercicio por parte del Estado adopta la *técnica instrumental* de Derecho subjetivo. De esta suerte, además, el ser el titular real del derecho a castigar un sujeto diferente al que lo ejerce, pueden hallar la razón de ser las *limitaciones políticas* y no meramente técnicas al ejercicio de dicho «*ius puniendi*»; sería ilusorio, y de ello la historia ofrece buenas y abundantes lecciones, pretender que el ejercicio mismo de un poder se limite por sí mismo; sólo los frenos «*sociales*», que en gran y decisiva medida son doctrinales, es decir, los límites extrapoder, pueden llegar a ser capaces de contener la tendencia expansiva cuantitativa y cualitativa del Estado que, a toda costa, pretende ser un ser en sí y para sí.

2. *Fundamento político y funcional*

También con la mayor brevedad ha de pasarse por este habitual apartado en el sentido formulado en su día por Mir (48). Y ha de efectuarse como requisito previo del que puedan desprenderse los límites reales al *ius puniendi*.

El fundamento del Derecho penal subjetivo es doble, como queda expuesto: funcional y político. Con el primero se quiere plasmar la

(46) Que, incluso a ese nivel, debe ser matizado por el *principio de oportunidad* que, sobre todo a nivel policial y de ministerio fiscal, es innegable.

(47) Al ser esto «*derecho*» irrenunciable, sucede algo parecido a lo que sucede con los derechos públicos subjetivos de los particulares: salvo expresa mención legal (entrada con consentimiento en el domicilio) el titular no puede disponer de ellos; lo cual demuestra que la forma de crear ciertas instituciones jurídicas es darle la apariencia de «*derechos subjetivos*», pero su indisponibilidad se encarga de poner de manifiesto su realidad. Cfr., en este sentido, SALAS, *Los decretos-ley en La Constitución y las fuentes del Derecho*, 1980, p. 1822 y STS 14-7-1981 (BJC (4), p. 274).

(48) Vid. *Introducción*, 1976, pp. 124 ss.

concepción del Derecho penal como *función* de la pena; si la misión de ésta es el mantenimiento de la indemidad de los bienes jurídicos (*rectior*, la contención de la delincuencia dentro de un nivel aceptable), el *ius puniendi* encontrará su razón en esa protección, es decir, en la prevención de los delitos y faltas, ya sea acudiendo a la sanción criminal o a la imposición de una medida cuando la peligrosidad criminal del sujeto se haya puesto de manifiesto. Esta función es hoy *communis opinio*, incluso entre sectores confesados retribucionistas (49); sobre este particular habrá que volver con más detenimiento.

Aquí se ha de centrar la cuestión en el *fundamento político* del *ius puniendi*. En su formulación se ha pasado de concebir al Derecho penal como la Carta Magna del ciudadano ante la ingerencia del Estado (concepción liberal) hasta la actual de intentar combinar adecuadamente la salvaguarda de la personalidad individual con las necesidades de defensa de la sociedad, del resto de los conciudadanos (concepción democrática), tras haber pasado un período de aguda crisis —no sólo en el Derecho penal—, por haber puesto excesivo énfasis incompensado en la lucha contra la criminalidad (concepción social) (50); el fundamento político, pues, ha corrido suerte similar a la del Estado mismo y es por ello que, sin negar la ventaja del Derecho penal social («intervencionista»), la lucha contra el delito, incluso adelantándose a su comisión (51), ha de ser llevada a cabo respetando tanto las garantías individuales como ser dirigida contra las conductas realmente nocivas y así tenidas por amplios consensos sociales. A este programa de política jurídica —y la dogmática que con él casa— se ha de llegar también, en nuestro ordenamiento, por la vía de la fundamentación constitucional, dado que en el frontispicio de nuestra norma básica y fundamental se ha consagrado la concepción de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) (52).

De esta suerte puede ofrecerse la siguiente propuesta (53):

A) Límites derivados del fundamento funcional

a) Intervención mínima

Surge en primer lugar la cuestión atinente a la *intensidad* de la protección que el ordenamiento ofrece, vía Derecho penal, a ciertos objetos jurídicamente relevantes; así, un exceso de utilización del Derecho penal le hace perder su razón de ser; se habla de que se ha acu-

(49) Cfr. últimamente, KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, en *La reforma del Derecho penal-2*, S. MIR, ed., 1981, p. 9. De otra opinión, BUSROS, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, 1982, p. 183: «La pena es sólo autoconstatación ideológica del Estado, de su sistema de valores».

(50) Así, por ejemplo, MIR, *Introducción*, 1976 p. 122.

(51) Pero, desde luego, desde mi perspectiva, no con medidas predelictuales, cuya única base, por muy anudada que esté al delito por *cometer*, es la prognosis no es forzosamente cierta; si el *in dubio pro reo* funciona en el Derecho penal, mucho más tiene que ser eficaz en el derecho de medidas.

(52) Intento ampliamente logrado en la obra de MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1982, *passim*.

(53) Así, MIR, *Introducción*, 1976, pp. 124 ss.

dido demasiado pronto al Derecho penal, que se le ha hecho perder su carácter de *ultima ratio*. En efecto, las relaciones intersubjetivas, las instituciones que ellas crean o de la que necesitan servirse o los objetos materiales en las que se incorporan o manifiestan pueden ser protegidos, en muchísimas ocasiones, sin acudir al sistema penal: si la satisfacción en la necesidad de protección que se obtiene por otras vías es bastante, no tiene sentido, pues, el recurso al Derecho penal: en fin, éste tendrá sentido si las demás instancias de política y control social han sido desbordadas; rige, en el fondo, un principio de *economía social*. Por ello el Derecho penal es de *naturaleza subsidiaria* (54). Además, esta concepción casa perfectamente con el Estado social: las intervenciones positivas pueden ser mucho más eficaces, y por ello preferibles, a la intervención negativa que la pena supone (55).

Intimamente ligado con lo anterior surge el denominado *carácter fragmentario del Derecho penal* (56), es decir, que la protección penal de los bienes jurídicos no lo es en toda su amplitud sino sólo en aquellos sectores de mayor relevancia social; lo que en su día se consideró un defecto el Derecho penal, hoy es alabado como una virtud (57). La combinación de ambos principios, el de subsidiariedad y de carácter fragmentario integran lo que se ha dado en denominar principio de *intervención mínima*. Pese, empero, a una tendencia a la descriminalización a nivel mundial (58), que ya ha llegado también a España (59), no deja de ser frecuente lo que se ha dado en denominar «la fuga hacia el Derecho penal» (60), a la que no son ajenas razones coyuntu-

(54) Vid., por todos, ROXIN, *Sentido y límite de la pena estatal*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1976, p. 21; pero como atinadamente matiza MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 60, la subsidiariedad no implica subordinación.

(55) Así, MIR, *Introducción*, 1976, p. 126; discutible resulta, empero, la afirmación de JESCHECK, *Tratado*, 1981, p. 73, n. 6, de que va más allá del carácter fragmentario el subsidiario, y que éste es más propio del Estado social; si bien el principio de subsidiariedad (con carácter general) corre paralelo al del Estado social, es, en todo caso, un límite al intervencionismo que esa forma de Estado representa.

(56) Calificación discriminatoria que efectuó BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, 21902, pp. 20 s. Ha desarrollado ampliamente este tema, MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en *Maurach-Fest.*, 1972, pp. 9 ss.

(57) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 72 s.

(58) Cfr. JESCHECK, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, en *La Reforma del Derecho penal*, S. MIR ed., 1980, pp. 15 s.

(59) Sobre todo durante los primeros años de la transición; ello hace que ya no sea cierto —o no lo sea tanto— el panorama, cabalmente tétrico pero perfectamente en su día ajustado a la realidad, dibujado por GIMBERNAT, *Reformversuche in Spanien?*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform* MADLENER/PAPENFUSS/SCHÖNE ed., 1974, p. 66, a quien sigue MIR, *Introducción*, 1976, p. 127, n. 249. De todos modos, el mantenimiento, por ejemplo, de las faltas en el CP, o que, pese a lo dilatado de la regulación, más de 50 artículos, la no protección total de la fe pública (delitos de falsedades), sean defectos, a mi entender, que se piensan mantener a la vista de los proyectos y propuestas, es preocupante.

(60) Cfr. ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo*, en *Problemas* 1976, p. 45.

rales o electorales (61). El momento de reforma que se vive en España desde el inicio de la transición ofrece una oportunidad única, que aún habrá de madurar, para abordar un programa penal que se ajuste a estas y otras directrices que se plantearán más abajo (62).

b) *La protección de bienes jurídicos*

La prevención de la indemnidad de los bienes jurídicos ha sido hasta aquí largamente reiterada y es hoy en día cuestión pacífica en la doctrina y en los propósitos de los legisladores. Sobre lo que no reina un acuerdo suficiente es sobre lo que hay que entender por bien jurídico, salvo en la evidente función de guía sistemática (63). Fagocitada, tras ser combatida, la teoría liberal, en origen, del bien jurídico por el nacionalsocialismo (64), se ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer un contenido a dicho concepto que sea capaz de limitar el poder punitivo del Estado. Lamentablemente no puede aquí entrarse a exponer el grado de espléndido desarrollo en que se halla actualmente esta polémica, relanzada a partir del Proyecto Alternativo. En todo caso tiene razón Hassemmer cuando afirma que la teoría del bien jurídico, al quererla globalizar, pierde en contenido y que, cuando se la quiere configurar en grupos de casos, pierde la noción general que debiera engarzar las subpropuestas obtenidas (65). Buscando su naturaleza en lo social, siguiendo a Liszt (66), las teorías inspiradas en el funcionalismo parecen haber encontrado amplia difusión, pero también se han convertido en blanco de no pocas críticas (67).

Lo que sí parece cierto es que ni las meras concepciones materiales (68), ni las ideales (69) ni las puramente funcionales al estilo de la dañosidad social (70) pueden, primero explicar qué es un bien ju-

(61) Vid., el mismo, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, en *La Reforma*, 1980, p. 88.

(62) En cualquier caso, la reforma penal española será un páramo frustrante, para la sociedad y para los delincuentes, si no se afronta una reforma radical y frontal de la Administración de Justicia y se dota de contenido —que evite recientes bochornos— a la Ley General penitenciaria, en lugar de rebajar sus problemáticos contenidos, vía su reglamento; cfr. a este respecto la crítica de ARROYO, *REDC*, 1983 (8), p. 35.

(63) Aspecto que ha de superarse: vid. ROXIN, *Franz von Liszt*, 1976, p. 47.

(64) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 255 s. (259).

(65) Cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 58 ss.

(66) Así, como propone MIR, *Introducción*, 1976, pp. 132, 144.

(67) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 341 ss.; TERRADILLOS, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, *RFDUC*, 1981 (63), pp. 134 s.

(68) El interés de vida de von LISZT; cfr. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962, p. 53.

(69) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG-1*, 1977, p. 276: «El bien jurídico no existe como tal en la realidad naturalística. El bien jurídico, en cuanto algo que vale, es decir, en cuanto a valor, es, como todos los valores, *irreal*» (s. a.); JESCHKECK, *Tratado*, 1981, p. 251; «valor ideal del orden social jurídicamente protegido» (s. o.).

(70) Así, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, pp. 350 ss.

rídico y, menos, por supuesto, intentar que esta institución sirva de límite al *ius puniendi*. Abundando en el terreno de lo social, creo que es necesario abandonar el idealismo de la filosofía de los valores, máxime si intentamos hallar formulaciones válidas a un Derecho penal que case con la pretensión del Estado social y democrático de Derecho. Así, no parece coherente con esta constelación político-jurídica el que el Derecho penal tenga como misión la protección de bienes ideales; no protege, a mi juicio, la vida en abstracto, sino cada una de nuestras vidas que son las únicas existentes. Sin embargo, esta concepción podría ser tachada de empiricoide, dado que otros bienes indudables en la doctrina mayoritaria como son la libertad, el honor, las instituciones políticas y su funcionamiento carecen de esa sensorialidad, con lo cual se vuelve a la vieja dicotomía entre bienes materiales y bienes inmateriales; de este modo podrán ser objetos jurídicos meros sentimientos morales, altamente respetables, pero a cuya protección no parece que el Derecho penal esté llamado, dado que no creo que le corresponda a tal ordenamiento la satisfacción de las conciencias. Así las cosas, veo como línea de trabajo e investigación, aquí modestamente indicada, el concebir la institución del bien jurídico como aquella *realidad empírica de la vida* (por lo tanto material y/o inmaterial) y *su valor funcional* para el Derecho (71) (la vida jurídica de la comunidad). Ello puede permitir la combinación de los ideales liberales garantistas más arraigados con una pluridimensionalidad de la interpretación jurídica no siempre en beneficio de los detentadores fácticos del sistema, obligando al compromiso constante, dadas las cambiantes correlaciones, especialmente en las materias más opinables y más viscerales (religión, moral sexual, sistema económico general...). De este modo, temas tales como las injurias, la blasfemia o el escándalo público podrían verse relegados hasta su casi desaparición de la escena *penal*, pero no de la civil (honor) o de la buena educación (religión, sexo) y otros, en cambio, podrían emerger, si además se diera la circunstancia de la voluntad política de salir del estado —siempre confortable— del papel mojado (orden socio-económico, terrorismo, delitos «del Estado» contra las libertades públicas, patrimonialización de los servicios públicos, etc....).

B) *Límites derivados del fundamento político*

Como queda ya expuesto, los límites políticos a la intervención del Estado en materia de sanciones y medidas de seguridad sólo pueden encontrar sede dentro de los márgenes del Estado de derecho y del Estado democrático, puesto que el social, empero, centra sus preocupaciones en la intervención. En el estadio actual de la Ciencia política se puede decir que con el Estado democrático se trata de encontrar unos límites materiales que, sin impedir la acción positiva del Estado, no suponga enajenarle la personalidad de los ciudadanos a los que se *debe y debe* su razón de ser.

(71) Así, MIR, *Adiciones al Tratado de JESCHECK*, 1981, p. 370.

a) *Límites derivados del Estado de Derecho: el principio de legalidad*

Evidentemente no va a descubrirse a estas alturas la importancia capital y la indeclinabilidad (72) del postulado acuñado, al mismo tiempo que nació el Derecho penal moderno, por Feuerbach. *Nullum crimen, nula poena sine lege* (73) me atrevería a decir que es algo que está en la mente de la inmensa mayoría de los habitantes del mundo occidental sin restricción alguna; otra cosa será que se entienda por crimen y por pena. Pero es precisamente en evitación de dislates (74) para lo que nace este principio limitador y el de protección de bienes jurídicos, única realidad que puede ser objeto de protección y, por ende, de constituir, dados el resto de elementos dogmáticos, un delito. De esta suerte, el principio de legalidad se liga al de *seguridad jurídica*.

En efecto, y tal como recoge nuestro CP, este principio de legalidad se manifiesta en una cuádruple garantía: garantía criminal (art. 1.1), garantía penal (art. 23), garantía judicial (art. 80) y garantía de ejecución (art. 81 y 1.º LOGP). Todo ello reforzado por el artículo 2 Código penal y coronado por los artículos 9.3 y 25.1 CE.

Ahora bien, dicho principio se articula aún más garantísticamente exigiendo que la ley sea previa, estricta y estricta (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*). Ello supone la interdicción de la retroactividad, el reconocimiento de la ley positiva como única fuente del Derecho penal y el establecimiento del mandato de determinación y exclusión de la analogía como forma de aplicar la Ley si ello perjudica al reo (*analogia in malam partem*) (75). Siendo todos estos aspectos sumamente importantes para la conformación de un Derecho penal eficaz y respetuoso con la personalidad de los ciudadanos, delincuentes o no delincuentes, creo que una somera exposición —la aquí requerida— ha de centrarse en dos cuestiones: el mandato de determinación y la reserva de ley orgánica para la regulación del sistema penal.

a') *Mandato de determinación*

Si bien el principio de legalidad (76) no tiene sólo la vertiente técnico-legislativa, sino que posee una irreductible fuerza política en

(72) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, 1981, 178, donde muestra el principio de legalidad en el ámbito nazi: «no hay delito sin pena», pero el fundamento de la sanción penal era «el sano sentimiento popular» (*op. cit.*, p. 175).

(73) De «Palladium de la libertad ciudadana» lo calificó MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, I, 21946, p. 140.

(74) Vid. algunos ejemplos en JESCHECK, *Tratado*, 1981, p. 175; recuérdese que entre nosotros abundan algunas perlas de trágico recuerdo; rememórense las condenas por rebelión militar a los militares leales al gobierno constitucional o la aún vigente redacción del art. 163 CP: «El que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación»; cfr. la crítica que este precepto merece en MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 31983, p. 547.

(75) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, 1981, p. 191, con abundante referencia del estado de la cuestión en la doctrina española.

(76) Que está garantizado para todo el ordenamiento jurídico por el art. 9.3 C.E.; vid., infra b).

cuanto bastión garantista contra los abusos penales del Estado, de modo que sólo podrán constituir ingerencias legítimas si están formuladas en una ley —acto normativo del Parlamento como representante de la soberanía popular— y que sólo tiene efectos a partir de su promulgación (77), si bien pues, es ello correcto, no lo es menos que supone sólo una limitación *formal*. Poco se dice, por contra, del contenido *material* de la ley penal; y lo que es más grave: quedaría burlado el edificio garantista sin dar entrada a una vinculación material del mismo. Esta concretización viene de la mano del principio de la *lex stricta*; en efecto, sin que en las configuraciones positivas se hallen contenidos con precisión y sencillez los criterios mínimos necesarios que el legislador considera imprescindible para hacer a un sujeto merecedor de una pena o de una medida de seguridad, de poco valdrá que la disposición sea previa y escrita; se habrá burlado una vez más la dignidad del ser humano.

El mandato de determinación topa con una serie de obstáculos sobre los que conviene efectuar alguna precisión. Así, nos encontramos que pueden plantear conflicto ciertos conceptos normativos, las cláusulas generalizadoras y la problemática de las medidas de seguridad. Por lo que se refiere a los *elementos normativos del tipo* (78), singularmente los referidos a valor (79), tales como la compensación racional de atenuantes y agravantes (art. 61.3.º CP), la nota de gravedad o levedad a que se hace referencia en multitud de delitos y faltas (80), paz pública (art. 246 CP), orden público (art. 248 CP), respeto debido a la memoria de los muertos (art. 340 CP), violentamente (art. 412 CP), pudor, buenas costumbres y escándalo (art. 431 CP), ha de señalarse que aquí se está en manos de las consideraciones que tienen a bien efectuar el juzgador; la única forma de intentar paliar esta grave quiebra de la seguridad jurídica es requerir incluso por vía

(77) El atribuir efectos anteriores a su promulgación a una ley es algo que contradice la lógica; sin embargo, al ser favorable la nueva regulación, en virtud del *principio de humanidad*, se aplica, incluso, de oficio por los Tribunales.

(78) Téngase en cuenta, por otro lado, que no es ni mucho menos decisiva la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos, puesto que, a fin de cuentas, los primeros remiten a un horizonte valorativo o de sentido; así, OTTO, *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 1976, p. 85.; cfr. también, ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, pp. 139 ss., 142, donde considera los conceptos normativos una variante de los indeterminados; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, pp. 70 ss. (76 ss.) donde efectúa una detallada exposición de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su aplicación, entre otras cosas, al concepto jurídico indeterminado de «orden público» (*op. cit.*, pp. 118 ss.).

(79) Cfr. ЯЕЧЕНЕК, *Tratado*, 1981, p. 365, que sintetiza el planteamiento de ENGISCH, *Die normative Tatbestandslemente im Strafrecht*, en Mezger-Fest., 1954, pp. 144 ss.

(80) En algunos de ellos se llega a la perplejidad; por ejemplo, el art. 237 contiene la «resistencia leve» y la «desobediencia grave»; calificativos distintos para acciones distintas con sujetos pasivos distintos, dado que a los meros funcionarios no se les puede desobedecer porque no pueden mandar; en contra de la opinión dominante (vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *PE*, 51983, pp. 531/2) RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, 81980, p. 843.

del recurso de casación (81), al Tribunal que exponga el razonamiento que le ha llevado a considerar si, y cómo concurre, el elemento de que se trate. Las cláusulas *generalizadoras* pueden ser objeto también de crítica si quedan desprovistas de contenido; así, por ejemplo, es censurable la expresión «de cualquier modo» que utiliza el tipo de escándalo público; no lo es, en cambio, por ser controlable, la expresión «u otro medio de difusión» contenida en el artículo 268 CP, puesto que, además, está precedido de otros términos que dan idea de lo que el legislador entiende por «medio de difusión»; no lo sería, por ejemplo, la divulgación oral, ya que se refiere a medios de difusión que utilizan un soporte físico (82).

La problemática en cuanto a las *medidas de seguridad* es aún mucho más inquietante. En primer lugar, es difícil establecer un concepto de peligrosidad criminal en tanto que pronóstico de que el sujeto va a delinquir; aún así, queda por dilucidar a qué grado de peligrosidad se está refiriendo la ley: no es lo mismo el ratero, condenado más de cuatro veces (art. 4 LPRS), que el manipulador a gran escala de sustancias alimenticias en mal estado a sabiendas de tal extremo; es algo inaudito privar a alguien de libertad, sin haberle probado un delito, por algo que ni es un delito ni está necesariamente unido a su comisión: vagancia, mendicidad, cinismo [(art. 2 B), 1.º, 6.º, 9.º LPRS] (83). La posibilidad teórica de admitir las medidas predelictuales [(supra I) 1], concibiendo la peligrosidad como criminal y anudándola a la pronóstico de comisión de un delito futuro, queda en estos casos, si se es consecuente, reducida a la nada. La razón de que no hayan sido derogadas estas y otras medidas predelictuales con ocasión de las varias reformas parciales del sistema penal tras 1975 no demuestra sino una conformidad del legislador —del titular fáctico del poder legislativo— con este estado de cosas.

Estado de cosas que se agrava abundando en la vulneración de las garantías del principio de legalidad al establecerse medidas curativas de *duración indeterminada* (arts. 5, 5.º y 6.º LPRS, 65 CP) y que no se ven aminoradas (84) por el hecho de que el juez las pueda revisar

(81) Al igual que la violación del derecho a la no indefensión ha encontrado acogida en la jurisprudencia del TC —por ejemplo, STC 26-7-82 (RA-66, BJC 1982/18)— y va siendo asumido por el propio TS —cfr. DÍAZ PALOS, *Constitución y casación penal*, en *La Ley* 1983/2, p. 1238—, sería de desear que fuera controlable en casación la argumentación —que siempre debería existir— en cuya virtud el tribunal considera que se da el elemento indeterminado.

(82) Pero sí lo sería la expresión relativa a la apología de delito, tal como demuestra MUÑOZ CONDE, *PE*, 51983, p. 533.

(83) La cuestión se complica mucho más si cabe en relación con los menores de dieciséis años: se les puede privar de libertad, por un órgano no jurisdiccional (contrariamente a lo que creen QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de* 1983, 1983, p. 86), sin asistencia letrada ni comparecencia del ministro público por hechos que, o no son delito en ningún caso (fugas del domicilio familiar, p. ej.) o que de ser mayores de edad penal podría estar justificadas o ser impunes (excusas absolutorias, p. ej.); cfr. a este respecto, JIMÉNEZ, *El menor delincuente ante la Constitución*, *CPC*, 1983 (20), pp. 577 ss. (583 ss.).

(84) Pese a la garantía judicial que MIR, *Introducción*, 1976, p. 150/1, señala.

(revisión que no llega a la citada del CP para los menores), puesto que la peligrosidad puede no cesar nunca.

b') *La ley orgánica*

La promulgación de la Constitución Española de 1978 ha venido a dar carta de naturaleza constitucional al *principio de legalidad* (artículos 9.3, 25.1, 53.1, 81.1, y 86.1 CE): la ley penal ha de ser, como mínimo, una disposición emanada del poder legislativo, no se admite el decreto-ley ni el reglamento (85). Fuera de este mínimo consenso las opiniones son dispares, dividiéndose entre quienes consideran que el Código penal —y el resto de leyes del sistema penal— ha de tener rango de Ley orgánica (86) y quienes creen que ello no es necesario o no totalmente necesario y basta con que el CP tenga rango de ley ordinaria (87). Cuestión distinta es saber si el principio de legalidad penal se encuentra recogido o no en el artículo 25.1 CE; la respuesta tendencialmente mayoritaria es que dicho precepto es insuficiente para amparar por sí sólo la garantía en cuestión (88) y se nota, por otro lado, una cierta decepción ante la relativamente poca constitucionalización directa de aspectos penales ligados al principio de legalidad penal (89).

En la, hasta ahora, más exhaustiva investigación sobre el tema de la reserva de ley penal que la Constitución contiene, Arroyo mani-

(85) Claramentz, cfr. ARROYO, *REDC*, 1983 (8), p. 29, n. 57; vid. también BUSTOS, *Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria*, en *Las Fuentes del Derecho*, 1983, p. 112; menos tajantemente, BOIX, *El principio de legalidad*, en *La Constitución en el Derecho penal*, 1983, p. 70. Es partidario, en caso de urgencia del decreto-ley y en todo momento del decreto legislativo, RODRÍGUEZ DEVESA, *Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal*, en *Homenaje-Pérez Vitoria*, 1983, pp. 839, 840, respectivamente.

(86) Cfr. COBO/VIVES, *PG-I-II*, 1981, pp. 89 s.; MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, 1981, p. 159; el mismo, *PE*, 1983, pp. 532/3; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 318, n. 917; MIR, *Función*, 1982, p. 33, n. 35; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida y a la integridad personal*, en COBO y otros, *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982, p. 94; RODRÍGUEZ RAMOS, *Reserva de ley orgánica para las normas penales*, en *Comentarios*, I, 1982, pp. 299 ss.; ARROYO, *REDC*, 1983-(8), pp. 28 ss.; BOIX, *El principio*, 1983, pp. 64/5. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA, *Versión aberrante*, 1983, califica de «tortuosa e inexacta la interpretación del art. 81, apart. 1, de la Constitución» (p. 836); además, «el argumento en que se basa la llamada 'reserva de ley orgánica' es por demás deleznable» (*ibidem*); «falacia» (p. 838) y «grotescas anomalías» (p. 839) vuelven a ser calificativos de la modalidad de reserva de ley que aquí se mantiene y de los efectos de esa concepción.

(87) Cfr. CASABO, *La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código penal*, en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 288 ss.; CEREZO, *Curso*, *PG-I*, 1982, p. 121.

(88) Vid. COBO/VIVES, *loc. cit.*; OCTAVIO DE TOLEDO, *loc. cit.*; MIR, *loc. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESA, *Visión aberrante*, 1983, p. 837.

(89) Así, BUSTOS, *Las fuentes del Derecho penal*, 1983, pp. 109 ss.; ahora bien, el que los enunciados constitucionales no agoten, aparente o realmente, el tema de las garantías que afecta a una materia, no debe ser interpretado como necesariamente un descuido, sino como una *asunción* de los planteamientos anteriores en nuestra disciplina bastante elaborados y más progresivos que en otras áreas.

fiesta una serie de opiniones que, a mi juicio, son plenamente acertadas; y en un doble orden de cuestiones: rango legal y creación de un derecho público fundamental. En efecto, el tema de la sanción penal, *lato sensu*, es de la suficiente gravedad para que ocupe un lugar destacado dentro de la regulación constitucional en atención a los derechos que afecta: derechos fundamentales (libertad, honor (90), participación en asuntos públicos) y derechos no fundamentales (propiedad (91), profesión) (92) del que haya de ser condenado o sometido a una medida de seguridad, todo ello sin omitir el efecto estigmatizador, socialmente verificable de cualquier pena (93). Surge ahora la cuestión de si, pese a estar en el objetivo de la ley penal algunos de tales derechos, pueden entenderse que los códigos sustantivos, procesales y penitenciarios, son «desarrollo» de derechos y libertades públicas fundamentales en el sentido del artículo 81.1 CE. Ciertamente el sector administrativo (94) quiere diferenciar entre las expresiones «desarrollo»-«regulación»-«afectación» de/a dichos derechos básicos. Sólo la normativa de «desarrollo» debería ostentar el rango de ley orgánica; cuando, en cambio, una disposición legal regulara o afectara dicho ámbito, bastaría una ley ordinaria: éste sería el rango que merecería el sistema penal. Y ello porque «desarrollo», en este contexto, es entendido como formulación de un estatuto genérico y global de un derecho o libertad (95), lo cual es prácticamente imposible y desde luego no es el caso del CP (96).

Ante esta sorprendente solución, y a la vista del indudable *alcance político* que tiene el que a una determinada materia se reserve su legislabilidad a la ley orgánica, un importante sector doctrinal se inclina por considerar la trilogía terminológica expuesta como un mero juego de palabras (97); puesto que, además, no debe olvidarse que no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí (98). Y el Derecho penal, *lato sensu*, está en ello. Si esta es la más grave merma, deberá establecerse para ella la norma más importante tras la Constitución misma: la ley orgánica (99). Se plantea en inmediata conexión con esta cuestión de qué

(90) ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 26, alude aún a la interdicción civil, que ha sido derogada en la última reforma penal.

(91) ARROYO, *op. cit.*, *loc. cit.*, no menciona que uno de los Derechos afectados —aunque no una libertad pública fundamental— es la propiedad: la multa y el comiso.

(92) ARROYO, *ibidem*.

(93) Vid. ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 27.

(94) Vid. la exposición en el mismo, *op. cit.*, pp. 27 ss.; BOIX, *El principio*, 1983, pp. 64 ss.

(95) Cfr. ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 28.

(96) *Ibidem*.

(97) *Ibidem*.

(98) Cfr. ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 29; BOIX, *El principio*, 1983, p. 65.

(99) Con todo, ha de reconocerse que la política legislativa en materia penal no ha sido lo suficientemente coherente consigo misma ni con las tesis aquí expuestas; cfr. ARROYO, *REDC*, 1983 (8), por su parte, el TC en reciente sentencia (CC-333/83 de 23-2-84; vid. BJC-35 CI-18) sobre el carácter de ley orgánica

grado de reserva goza la ley orgánica, absoluta o relativa (100); si la reserva es absoluta no se admite en *ningún supuesto* legislabilidad vía legislación delegada o legislación (gubernamental) de urgencia. Sucede, empero, que por unas u otras razones, se presentan las denominadas *leyes penales en blanco*, cuyo principal obstáculo de admisibilidad en esta esfera es su *remisión a disposiciones de carácter reglamentario*: si no se admite que se pueda legislar con disposiciones con fuerza de ley (art. 161.1 a) CE), mucho menos podrá hacerse legítimamente vía reglamentos. Únicamente resulta admisible la remisión, manteniendo el grado de certeza propio de la garantía del principio de legalidad, cuando se trata de una necesidad de la técnica legislativa (101) y no de una mera conveniencia (102).

Consecuencia de todo ello, y de gran alcance jurídico político, que innova radicalmente el panorama normativo hasta ahora vigente, es la consideración que la reserva de ley (orgánica) tiene de *derecho público fundamental*, si, como se ha expuesto someramente, el art. 25.1 CE contiene la reserva de ley penal (103); en tal caso dicho precepto contiene un derecho fundamental que puede ser alegado en amparo por los particulares, amén de las otras vías de excitación del Tribunal Constitucional. Ello significa un *refuerzo estimable del principio de legalidad* y de la posición de los ciudadanos ante el más formidable medio de ablación y/o restricción de derechos fundamentales: la sanción penal (pena y/o medida de seguridad).

b) Límites derivados del Estado democrático

Estos límites se consideran reflejados en los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad (104). El

de la Ley de control de cambios, que ahora lo tiene, pero cuando se originó el procedimiento penal motivador del recurso no, deja la cuestión abierta incomprensiblemente; menos claramente aún STC de 8-3-1984 (BJC (36), 1981, p. 558).

(100) Cfr. la exposición de esta concepción doctrinal, y las consecuencias que de ello se deriva, en ARROYO, *REDC*, 1983 (8), pp. 31 ss.; aunque el que el «reglamento» de una Ley orgánica tenga que ser una ley ordinaria, no es compartible. En efecto, ello supone que la Ley orgánica es de mayor rango jerárquico que la ley ordinaria; soy más bien de la opinión contraria (cfr. exposición de las posturas en BUSTOS, *Las Fuentes*, 1983, p. 101 y, muy fundamentalmente, la contribución que FERNÁNDEZ, en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 31981, pp. 134 ss., aporta al tema): la diferencia entre ambos tipos de disposiciones está en la *materia* que les asigna la Constitución y en un *refuerzo del procedimiento*; por lo tanto, salvo previsión en contrario, las leyes orgánicas pueden ser desarrolladas por un reglamento; ahora bien, el problema, como siempre que se habla de reglamentos, está en la sujeción del ejecutivo al margen a que la Ley le obliga; pero no se olvide que los reglamentos son recurribles ante los tribunales ordinarios.

(101) Cfr. ARROYO, *REDC*, 1983 (8), p. 34.

(102) *Ibidem*.

(103) Que es doble: penal y administrativa; así, ARROYO, *REDC*, 1983-(8), pp. 25 s.; entiendo que, dentro de la administrativa, se incluye la disciplinaria; en contra, BUSTOS, *Las Fuentes*, 1983, p. 107.

(104) Así, MIR, *Introducción* 1976, p. 151; en sentido similar, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 335.

primero de ellos ya ha sido examinado en el apartado anterior y aquí hay que volver a insistir en que el Derecho penal democrático debe conminar con una pena la eventual lesión o puesta en peligro de bienes cuyo ataque implica un ataque real y serio contra la subsistencia de la sociedad (105); más allá de este extremo, habrá de calificar de ilegítimo el poder punitivo del Estado.

En los parámetros de la democracia, entendida como garantía efectiva de participación y tutela de los ciudadanos, es donde encuentra su asiento el principio de *proporcionalidad* (106), que aunque nació con objeto de limitar las medidas de seguridad (107), es de aplicación a todo el ordenamiento jurídico, especialmente en las relaciones entre el Estado y los particulares en materia de ablación o restricción de derechos (108). La sede de su aplicación reside en el *injusto*: a mayor gravedad del hecho, mayor pena; pena que, sólo en atención al nivel concreto de motivabilidad del sujeto activo en relación con la que se atribuye al hombre medio, podrá ser atenuada en el momento de determinar la culpabilidad. Esta idea preside nuestro ordenamiento positivo cuando, para la primera gran discriminación entre infracciones, delitos y faltas, el artículo 6 CP califica a los primeros como aquellos que tienen asignada pena grave y a las segundas como aquellas otras a las que se responde con pena leve (109); así, también salvo alguna político-criminalmente justificada excepción (art. 360 CP), el delito doloso siempre está más penado que el imprudente, aunque afecten a idéntico bien jurídico (art. 565, *in fine* CP) (110). Este principio de proporcionalidad quiebra a mi modo de ver cuando a delitos, que a no negar son graves, tienen penas igualmente importantes como son, por ejemplo, el homicidio, la violación, la castración y la falsificación de moneda (111); tengo para mí que, por desagradable que sea, no es lo mismo matar a un hombre que castrarlo o violentar a una mujer que matarla; su relación con la falsificación de moneda sólo cabe verla en un desmedido sentido de la soberanía emisora que equipara esta infracción a la de lesa patria.

(105) Es evidente que no constituye un límite nítido, pero sí flexible, cuya fijación dependerá de las concepciones imperantes en una determinada sociedad y de las que los *juristas* en ella insertos establezcan.

(106) Principio que, por demás, fuera del Derecho penal también se considera propio del Estado democrático; así, MERTEN, en *Aktuelle Probleme des Polizeirechts* (Merten ed.), 1977, pp. 92 s.

(107) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, 1981, pp. 34/5.

(108) Así, ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, p. 58; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 70. Cfr., además, mi *Obediencia debida*, en prensa, § II D), en donde se afirma que la proporcionalidad preside las respuestas y estímulos entre el Estado y los particulares (y *viceversa*) en los supuestos normales, es decir, no punibles, aunque sean lesivos.

(109) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al CP*, I, 21976, pp. 194, 199.

(110) Castigar ambas manifestaciones de injusto con la misma pena sería sumamente perturbador; cfr. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho penal* (citado aquí por la 1.ª ed. inalterada, en este aspecto, respecto a la segunda), 1976, pp. 75 s.; MIR, *Función*, 21982, pp. 74 ss. (75/76).

(111) Equiparación que desaparece en la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Si, como queda expuesto, la proporcionalidad se entabla entre el injusto y la reacción estatal, quiere ello decir que el volumen de respuesta (la pena) ha de venir condicionado, cuando menos en su límite superior, por la lesión que en el injusto se acota: *el injusto contiene todas las notas relevantes y necesarias para la adjudicación de la pena*, adjudicación que se aplicará si se puede atribuir el hecho al autor, establecida su normal motivabilidad; o lo que es lo mismo, *la culpabilidad no puede suponer un posible incremento de la pena típica* (112). Por lo tanto, superar el marco típico de la pena como ha sucedido hasta la reciente reforma de 25-6-1983 era largo, criticable en grado sumo (113), por no casar con los parámetros que cabe deducir del concepto de Estado democrático. Pero, dado que al delincuente puede imponérsele una medida de seguridad postdelictual por haber sido reiteradamente condenado (art. 4 LPRS), es posible resulte burlada la proporcionalidad en la reacción estatal dado el eventual recargo de hasta cinco años que la medida de seguridad puede suponer; aquí surge de nuevo la «trampa de las etiquetas»: mediante una artimaña semántica se incrementa el tiempo de privación de libertad de un sujeto.

De este hecho hay que extraer una serie de importantes *conclusiones*, a saber: i) el juez que aplica el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho tiene que tener presente en todo momento que también la proporcionalidad tiene su fase procesal (114) y, por ello, no se ha de tratar desmesuradamente ningún supuesto; la peligrosidad, por otro lado, no se constata por el hábito criminal sino por la gravedad de las infracciones y, si éstas no lo son, no debe procederse a la imposición de medida alguna; la pena debe cumplir su función (re)socializadora por sí misma (115); ii) sólo cuando la pena no pueda imponerse por falta de culpabilidad, en el sentido de normal motivabilidad, será lícito acudir a la imposición de una medida de seguridad (*principio de subsidiariedad*), dado que tal medida está requerida para la protección de bienes jurídicos y ha de ser impuesta acudiendo también a los parámetros de la proporcionalidad (116); en los casos de los semiimputables ha de seguirse el sistema vicarial, tal como ha sido introducido no de modo muy claro y satisfactorio en la reciente reforma del CP (117). Pero como propuesta de *lege ferenda* hay

(112) Igualmente, MIR, *Función*, 21982, p. 91.

(113) Cfr. MIR, *La reincidencia en el Código penal*, 1974, pp. 537 ss.

(114) Cfr. MIR, *Introducción*, 1976, pp. 160 s.

(115) Sobre las precauciones con que ha de ser abordada la problemática de la (re) socialización, cfr. LUZÓN, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 52 ss.; MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en *La Reforma*, 1980, *passim*.

(116) Si se está a la busca de la «pena justa» es lógico que la medida que, si bien presupone un delito, no está anudada a criterio de culpabilidad alguno, se adecúe al mandato de proporcionalidad; vid. LUZÓN, *Medición*, 1979, pp. 43 s.

(117) Como reconocen QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal*, p. 81: «B) La duración del internamiento de los plenamente inimputables. Es este un punto que no ha quedado claro tras la Reforma». La limitación temporal de la medida de curación para el inimputable ha de ser el que ofrece el marco de la pena *imponible* (p. 82, s. a.).

que dar un paso más: ha de irse hacia la *supresión de la imposición conjunta de pena y medida de seguridad*, incluso vicarialmente, salvo para los semiinimputables; en efecto, tomadas seriamente ambas respuestas penales ante el delito, ambas responden, en fase de ejecución, la pena y por su propia naturaleza la medida, a criterios de prevención especial, entendida ésta como se quiera; si ello es así, la imposición conjunta de ambas es absurda, y sólo sustentable teóricamente por un retribucionista puro (la pena es la realización de la justicia = el saldo de la culpabilidad) (118), que fuere, además, algo cínico: «realizo la justicia con la pena y prevengo especialmente con la medida, puesto que al ser el hombre portador de dignidad ello impide que sea instrumentalizado por la pena», si en cambio, se parte de planteamientos preventivos, salvo la excepción aludida, carece de sentido someter al delincuente al doble tratamiento en teoría (re) socializador: si la pena ha fracasado es por sus propias insuficiencias; si la medida fuera a tener éxito —dentro de los parámetros político-limitativos en que se efectúan estas propuestas— debería ser impuesta sin esperar a la ejecución de la pena y sustituyéndola plenamente; pero éste no es el caso. Sólo con una reforma seria y con un replanteamiento en profundidad de las respuestas penales y las previas de política social cabría abrigar esperanzas de éxito en la *lucha eficaz y digna* contra ciertas modalidades delictivas y contra ciertas tipologías criminales. Entre tanto, la acumulación reiterada de respuestas, igualmente ineficaces las nuevas y las viejas, no produce sino el descrédito del sistema y, por tanto, la respuesta visceral (a nivel de calle, de legislador y de juzgador), que será injusta por desproporcionada.

III. FUNCION DEL DERECHO PENAL

1) *La pena como prevención*

Establecido el concepto y los límites del Derecho penal se entra en un aspecto nuclear de la materia cual es el fin del sistema penal; y éste no es otro que el de la función de la pena (119). Ello se debe a que el punto central de toda la construcción del Derecho penal gira en torno al concepto de pena y/o medida de seguridad; y, muy fundamentalmente, la *teoría dogmática del delito*, que no es sino la construcción de los *mínimos* que una conducta humana ha de reunir para lesionar o poner en peligro un bien *jurídico* y, por ende, suscitar la intervención punitiva estatal.

Nadie niega hoy que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (120), incluso desde perspectivas claramente retribucionistas (121). Pero para proteger bienes jurídicos ha de podersele

(118) Tal como he propuesto traducir la expresión «chuldausgleich»; vid. ROXIN, *El desarrollo*, 1980, p. 84.

(119) Así, MIR, *Introducción*, 1976, pp. 61, 90.

(120) Por todos, ROXIN, *El desarrollo*, 1980, pp. 84, 85 s.

(121) Vid. KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, 1981, p. 9.

atribuir al Derecho penal una *función preventiva*, extremo este que no acaba de ser adoptado hasta sus últimas consecuencias, pese a haber sido reconocida la mayestática futilidad de la concepción retributiva de la pena (122); sin embargo, ello no supone ni la plena realización del principio de prevención y ni siquiera se le considera mínimamente positivo (123). Se le echa en cara a la prevención que puede degenerar en terror penal (124), que no tiene límites sino el de su propia satisfacción (125) y que puede vulnerar el principio de culpabilidad (126); en fin, que atenta contra la dignidad del hombre, pues lo instrumentaliza (127). En cambio, se objeta que ello no es así y que la prevención, general y especial, es la aplicación racional del sistema penal, que en ella encuentra su plena funcionalidad (128).

En primer lugar, ha de señalarse que el temor a la prevención general, bien mirado, no es el temor a su desmedimiento, sino hacia el propio sistema penal. Hay que volver a reiterar que la pena y/o la medida de seguridad es una reacción de poder inusitadamente formidable; ello lo demuestra la ya aludida huida hacia el Derecho penal que es mucho más patente en los sistemas dictatoriales y totalitarios tan cercanos a nosotros en el tiempo y en el espacio; en tales sistemas de derecho —donde el ordenamiento jurídico es una mera técnica operativa que puede suplirse por la razón de la violencia en cualquier instante— poco interés tiene argumentar teórica y/o empíricamente si la pena (y la medida de seguridad) cumplen una función retributiva o preventiva; en estos órdenes basta con cargar la mano, lo cual supone sólo un problema práctico al que al jurista no le es dado entrar, puesto que no se resuelve ni en la Facultades ni en los Palacios de Justicia; ante el sótano, el Derecho queda desplazado; desconocida la *dignidad del hombre* (129) poco sentido tiene hablar del adiós a Kant y Hegel, dado que es sumamente dudoso no ya que los titulares del sótano los hayan leído, sino simplemente que sepan leer.

Presupuesto, pues, la dignidad del hombre tiene sentido hablar precisamente de la pena como prevención y no como retribución. En efecto, la retribución sólo es empíricamente aceptable *si se acepta también empíricamente el libre albedrío*; esto, hasta la fecha, está indemos-

(122) Vid. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Teil*, 41971, p. 77, y la evolución que, a este respecto, señala ROXIN, *El Desarrollo*, 1980, p. 89.

(123) «La prevención general por sí sola produce más perjuicio que beneficio» sentencia JESCHECK, *Tratado*, 1981, p. 103.

(124) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena*, REDUC, monográfico 3, 1980, pp. 143 s.

(125) Cfr. CEREZO, *Culpabilidad y pena*, en *Problemas fundamentales de Derecho penal*, 1982, pp. 180/1.

(126) Así, con toda claridad, STRATENWERTH, *El futuro del principio de culpabilidad*, 1980, p. 121.

(127) La crítica más intensa en este sentido, vid. BADURA, *JZ*, 1964, pp. 339, 342/3.

(128) Así, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 32.

(129) Cfr. GIMBERNAT, *Tiene un futuro*, 1976, p. 64, quien centra terceramente la discusión: el respeto por el ser humano y no un sacrosanto principio de culpabilidad es lo que permite sostener un Derecho penal civilizado.

trado. Es más, indeterministas puros casi ya no quedan: la inmensa mayoría de la doctrina adscrita en este ámbito acepta la enorme condicionabilidad en que el ser humano se halla inmerso, aunque, por pequeño que sea, mantiene un resquicio de libertad de voluntad (130). Tengo para mí que la superioridad del hombre sobre el resto de los entes de la naturaleza reside en que todavía no sabemos, y quizá nunca lleguemos a saberlo, cual es su proceso de determinación; pero de ahí a considerarlo desvinculado de las leyes de la causalidad sin ningún argumento empírico —metafísicos hay muchos y muchas vejaciones cometidas en su nombre— media un abismo que en un discurso que pretende tener cierto grado de controlabilidad intersubjetiva no creo que sea coherente salvar. Los partidarios del injusto culpable como manifestación del libre albedrío albergan la sospecha de que a quienes sustentan la tesis contraria (la sujeción del hombre también a las leyes de la causalidad) les es imposible una fundamentación razonable de sus asertos. Sin embargo, sólo un determinismo mecanicista y simplista hasta lo pintoresco es lo que los partidarios del libre albedrío pueden encontrar que case con esa sospecha. No creo que nadie en su sano juicio sustente que el comportamiento del hombre sea susceptible de ser determinado con carácter general y de modo constante por una voluntad también humana y a su vez, por contra, no susceptible de determinación alguna. Dos son los obstáculos que a esa pretendida libertad del determinador se oponen y que parecen desconocerse constantemente (131): la teoría de la cibernética de la comunicación y la inteligencia del hombre.

En verdad, las modernas formulaciones del fenómeno social de la comunicación al que se aplican para su estudio y desarrollo técnicas cibernéticas implican el análisis cuantificado y cuantificable de los mensajes (aquí las normas, las exigencias sociales), de los canales en que ellos acontecen y de los estímulos de respuesta y recepción de la emisión y de la respuesta bi y/o multisubjetivos; ello tiene como consecuencia que ante la demanda social de seguridad y la necesidad de autoafirmación (132) del Estado como sujeto jurídico autónomo (la superestructura) se creen (sin saber si fue primero el huevo —la norma— o la gallina —la necesidad de protección—) una cadena de estímulos y contra-estímulos interimplicantes en la que tiene lugar la formulación de los conceptos normativos (sociales y jurídicos) formulados por los sujetos socialmente relevantes, tanto en dirección jerárquica de supra y subordinación, como horizontal de coordinación, creándose canales privilegiados o deprimidos, permanente o transitoriamente, a modo de malla de intercomunicación intersubjetiva e intergrupala e interinstitucional (133): la cantidad e intensidad de los vec-

(130) Así, por ejemplo, KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, 1981, pp. 15 s.

(131) Obstáculos que parece desconocer con su panegírico a la libertad, el mismo *op. cit.*, pp. 16 s.

(132) Esta necesidad de autoafirmación la ven BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Pena y Estado*, en BUSTOS, *Bases Críticas para un nuevo Derecho penal*, 1982, pp. 143 s.

(133) Con el entramado que se propone queda de manifiesto que la inter-

tores de los mensajes, así como de los sujetos (re) emisores, hace, al menos con la teoría del conocimiento de que hoy se dispone, que sólo los muy optimistas pueden desentrañar todos y cada uno de los múltiples *cofactores* que inciden en la adopción de una *decisión personal*, y en su puesta (o *no*) en práctica; únicamente puede aventurarse, sin temor a ser tachado de delirante, una serie de tendencias o constantes en un determinado tiempo y lugar, pero con el valor que cabe atribuir a este tipo de estadísticas, que se refieren a un conjunto de seres, pero que son inoperativas a nivel individual; podremos saber aproximadamente el número y clase de delitos que van a cometerse en un período de tiempo —como sabemos el número de víctimas que cada año va a cobrarse la circulación vial—, pero no sabemos *quien* va a delinquir o a ser torero; en *conclusión*: sólo conocemos muy fragmentariamente y de modo especulativo ciertos procesos psicológicos individuales y sociales; pero ese desconocimiento no nos da pie para afirmar el libre albedrío y menos aún para, en base a su hasta ahora indemostrada existencia, *fundamentar nada menos que el castigo penal*. Esto sí que contradice la dignidad humana.

Aludía más arriba a otro aspecto que suele ser olvidado: la inteligencia del ser humano; de esta cualidad el conocimiento es un factor fundamental. Pues bien, a medida que el hombre en concreto más conocimientos tiene, más se verá obligado, a fuer de racional, a obrar conforme a esos conocimientos, con lo que se reduce el ámbito de indeterminación; de este modo, en frase de Engels, *libertad* se concierte en *necesidad*. Con ello se puede llegar a una conclusión extraña: sólo los locos y los niños serían seres plenamente libres al gozar de muchos menos condicionantes intelectuales (y emotivos). Pero no es a éstos a quienes se les impone pena alguna, sino, por el contrario, al resto de sus conciudadanos; ello me induce a pensar que el libre albedrío no es más que, en el mejor de los casos, una metáfora para poder castigar sin mala conciencia, pues castigar a quien sólo obró como podía obrar es algo muy cruel. Sea como fuere, la inteligencia es el otro factor determinante en la selección de procesos que interesan tanto al legislador como al particular y, en la medida en que se pretende actuar razonablemente, la inteligencia discrimina los estímulos desfavorables a los intereses de los sujetos. Y esto rige para todos los sujetos, incluido el legislador, que no puede sustraerse ni a la (re) emisión de estímulos ni a su análisis ni consecuente formulación bajo el manto de ley en una sociedad concreta en un tiempo concreto.

Si, como aquí, se rechaza la retribución por inútil a conciencia, por

acción social es en gran medida jerárquica, pero también, y más en una «sociedad abierta», esa interacción tiene una gran difusión horizontal; ello da pie a considerar como más democrática la fundamentación de la pena como función de prevención que como retribución de la culpabilidad, puesto que la mera realización de la justicia es algo que por ser abstracto —y, por tanto, pues, por definición— no es susceptible de participación. Con la prevención castigamos todos un poco —lo que nos obliga, también, a «resocializar» todos un poco—; con la retribución castiga alguien, quizá muy justo, pero muy lejano y al que no se tiene acceso.

suponer el indemostrable libre albedrío y por no cumplir el fin de protección, no queda más que decantarse por la *prevención*. Ello ha de ser así dado que de este modo se pone en práctica la misión del Estado democrático y social de derecho en materia penal; en efecto, el Estado social obliga a los poderes públicos a garantizar condiciones de vida suficientes para el desarrollo satisfactorio de las necesidades y personalidad humanas; una sociedad en la que el delito se enseñoreara haría imposible de raíz la necesaria paz que es el sustrato de aquellas exigencias; por ello, el Derecho penal ha de intervenir y prevenir la comisión de delitos mediante la *conminación penal, la imposición de la pena amenazada y su ejecución* (134). El Estado democrático garantiza que ello tendrá lugar y dentro de los parámetros culturalmente aceptados, fundamentalmente la *igualdad* de trato (que supone, además, tratar desigualmente los casos desiguales) y la *proporcionalidad*. Pero, se objetará (135), la necesidad de pena lleva a la desproporción entre el injusto y la culpabilidad, por exceso o por defecto y a desconocer el principio de culpabilidad, único capaz de evitar el terror penal (136).

A la primera de las objeciones, la desmesuración de la prevención general, ha de responderse que tal vez no van dirigidas a una prevención general consciente de los límites dentro de los que se mueve; ello es así debido a que se parte de una *premisa que es discutible*, a saber, que *lo que es más reiterado es lo más peligroso con independencia de su gravedad*. Este prejuicio, consciente o subliminal, no es ajustado a la realidad que tiene presente el CP; en efecto, si antes aludía a la proporcionalidad entre injustos y penalidades y que esta relación está recogida en líneas generales en nuestro principal texto punitivo, los delitos más frecuentes, los delitos contra la propiedad (137), son los que salvo períodos históricos caracterizados por desconocer qué es la dignidad de la persona, pese a considerarla portadora de valores eternos —olvidando, quizá, los terrenales y pasajeros—, son los que reciben una punición media baja, incluso baja; en cambio, los delitos contra ciertos aspectos de la libertad, tanto de obrar como de voluntad, están proporcionalmente menos penados. Esto no significa que se desconozca la prevención general, sino que ésta no recibe sus límites

(134) Se sigue la metódica de la teoría dialéctica de la unión (ROXIN, *Sentido*, 1976, p. 20), pero no se da a cada fase los contenidos que le asigna este autor, pese al gran éxito obtenido (cfr., en este sentido, el diagrama que ofrece HAFI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 1980, pp. 90 y 91). Igual que aquí, un amplio sector doctrinal, también en España, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 36 ss.; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 76 ss.; LUZÓN, *Medición*, 1979, pp. 56 ss., con referencias bibliográficas relativas a la situación alemana.

(135) Vid., portodos, CÓRDOBA, *Culpabilidad y pena*, 1977, pp. 44 s.

(136) Pero lo decisivo no es ese principio de culpabilidad, sino la constante demostración de que la pena es necesaria; así, LUZÓN, *Medición*, 1979, p. 39; el que los peligros no vienen de la prevención, sino de quien la utiliza, lo recuerda MUÑOZ CONDE, *Culpabilidad y prevención general*, en *Derecho penal y ciencias sociales*, S. MIR ed., 1982, p. 168.

(137) Delitos no violentos contra la propiedad (!).

de ella misma, *ex machina*, sino que son los *planteamientos culturales* de una determinada sociedad de la que cabe extraerlos.

Ni el principio de prevención ni el de culpabilidad se limitan por sí mismos; la prueba la tenemos en que históricamente han sido declarados culpables los menores, los enajenados e, incluso, los animales. El denominado principio de culpabilidad (138), ni aun basado en la doctrina, indemostrada, del libre albedrío, es capaz de establecer los límites a que tal o cual sujeto, titular de un injusto, sea castigado plena o parcialmente o quede sin pena; más bien, es a la inversa: *la conquista de que una serie de sujetos queden sin pena, o se les imponga atenuada, debido a causas que perturban su normal motivabilidad por el Derecho, es lo que constituye el principio de culpabilidad*. Así, pues, este principio no es más —ni menos— que un *criterio limitativo normativo* a la prevención general, que nada tiene porqué ver con la retribución o las teorías mixtas (139).

También podía ser cierto que el principio de *prevención* desembocara en un *terror penal*; no sólo es posible sino que en no pocas ocasiones así ha sido (140). Pero ha de tenerse en cuenta un aspecto que se acaba de señalar: los principios son limitadores del poder punitivo del Estado en la medida que la sociedad quiere y es capaz de ello; esta voluntad y esta capacidad están directamente ligadas al sistema político vigente en una comunidad. Achacar, por ejemplo, los males a la prevención que indudablemente pretendían los decretos de bandidaje y terrorismo en España, o que el hurto —hasta 25-6-1983— pudiera ser castigado con reclusión menor, es notoriamente improcedente. La prevención no puede autolimitarse; esa limitación vendrá de la mano de la proporcionalidad, del principio de culpabilidad o de otros semejantes enumerados o aún por formular; las características de un objeto no puede limitar al propio objeto, sino que las limitaciones tendrán que venir de fuera del mismo. Sin embargo, el Derecho penal de un Estado de Derecho, social y democrático de Derecho, *debe* tener la función de prevención, función de prevención que es consustancial al Derecho penal, pero que al serlo de un tal Estado se verificará exclusivamente dentro de los márgenes y con las condiciones que hasta ahora se han venido señalando. En suma, *si existe terror penal es porque existe terror político*; el terror penal es un instrumento y en quien lo maneja está el culpable de la dilatación ilegítima de la prevención tanto general como especial.

Suelen, por último, añadir los críticos antiprevencionistas (141), un postrer argumento que parece ser definitivo: con la prevención se

(138) Vid. la excelente exposición de STRATENWERTH, *El futuro del principio de culpabilidad*, 1980, pp. 99 ss., 109 ss., intentando demostrar la indeclinabilidad y superioridad de éste respecto de la prevención.

(139) Cfr. MIR, *Lecciones*, 1982, p. 280; de opinión inversa, ahora, también, LUZÓN, *Medición*, 1979, p. 46.

(140) Así, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11969, p. 242; GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad*, RFDUC, 1980, p. 149.

(141) Vid. BADURA, *JZ*, 1964, pp. 339 s.

utiliza al hombre, cuando el hombre es un fin en sí mismo; con la prevención se confunde al hombre con un objeto de los derechos reales (142). Este es un argumento que proviene directamente de Kant y, por ser de quien procede, tiene un gran predicamento y es tomado al pie de la letra. Pero, para sortear este importante escollo, habrá que saber qué entiende la prevención por instrumentalización. Si esta instrumentalización se compara con otras podríamos llegar a conclusiones sorprendentes; así, por ejemplo, en una cultura que está sustentada sobre el lucro y la producción incesante de bienes y servicios (para los economistas crecer menos que el año anterior es estancamiento) y donde unos hombres, la inmensa mayoría, vende su fuerza de trabajo para ponerla al servicio de otros (el patrón, el Estado, el bien común..., tanto da) la instrumentalización, aunque sea para salir de la crisis, me parece evidente; a los héroes, a los sabios, a los triunfadores, se les pone como modelos y se les empuja a que ellos mismos insten a los demás a seguir su ejemplo: esto también es instrumentalización; los bomberos, los policías, los médicos, los catedráticos..., también son instrumentalizados: se les exige algo para que sirvan a los demás. Podrá objetarse entonces que existen instrumentalizaciones e instrumentalizaciones; ello es cierto y con esta posibilidad es suficiente. Me temo que Kant acudiera a una metáfora para repudiar algunos de los usos de la Prusia Oriental de sus días. Es cierto que existen instrumentalizaciones que, tras la Ilustración, nos parecen incasables con la dignidad humana, prácticas que despersonalizan al ser humano y lo codifican; así, el uso de capirotas, la picota, la pena de muerte, ciertos «tratamientos» de prevención especial. Pero, que el legislador conmine una conducta peligrosa para la indemnidad de un bien jurídico con una pena, que se juzgue al transgresor del mandato o prohibición, que la pena se cumpla con arreglo a Derecho y que de todo ello tenga noticia el público, no me parece una instrumentalización degradante del delincuente; sujeto que, por otra parte, para la inmensa mayoría de la sociedad, pese a la influencia en ciertos casos de los medios de comunicación, no es más que una cara anónima que nada nos dice; lo único que puede llegar al público con cierta nitidez es la seriedad del sistema penal (143); con lo cual su instrumentalización a nivel personal es mucho menor que la que sufren otros seres. Problema diferente será el de la estigmatización que sufrirá el condenado cuando quiera

(142) Vid. el texto completo de KANT en BADURA, JZ, 1964, p. 339.

(143) De ahí que si ello es así, la prevención general se convierte en *positiva* (HASSEMER, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, en *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, pp. 132 ss.), *compensadora* o *integradora* (ROXIN, *La determinación de la pena a la luz de los fines de la pena*, en *Culpabilidad, prevención y Derecho penal*, 1981, pp. 101, 103, respectivamente). Esto es criticado por LUZÓN, *Medición*, 1979, pp. 35, 38 ss. Le asiste la razón al entrever en las posturas de ROXIN ciertos aspectos moralizantes e, incluso, retributivos (*op. cit.*, pp. 36, 98 s.); pero creo que está en lo cierto MIR, *Función*, 1982, p. 32, si en sus matizaciones se ve la necesidad de que la prevención que corresponde al tipo de estado diseñado en la Constitución se basa en una amplia dosis de consenso.

(re) integrarse a la sociedad; pero el mismo problema lo tendríamos si se considera la pena como retribución de la culpabilidad; la estigmatización, como queda dicho, permanece en el exterior del marco del sistema penal, pero en tanto que consecuencia social ha de ser tenida en cuenta por dicho sistema.

2) *Consecuencias para la teoría del delito de la función preventiva de la pena*

Las construcciones de carácter general, y muchas veces (aparentemente) especulativas, suelen sucumbir a su inoperancia, propia o debida a sus formuladores. Si algo, además de lo expuesto, tiene de positivo concebir la función del Derecho penal como función de prevención de la indemnidad de los bienes jurídicos es su trascendencia en la teoría del delito. Como *primera consecuencia* puede establecerse la *corrección sistemática* del finalísimo —la de sus presupuestos no es, en cambio, aquí compartida—. En efecto, la inclusión del dolo y la imprudencia en el tipo (subjetivo) de injusto está plenamente acertada, dado que si el fin de la norma es la prevención, su interés radicará en motivar a los sujetos a que no lesionen o pongan en peligro intencionadamente un bien jurídico de forma voluntaria y consciente (dolo) o a que de forma voluntaria se emprendan acciones peligrosas contra dichos bienes sin las debidas precauciones (imprudencia) (144).

En segundo lugar, ha de señalarse que desde una óptica preventiva el punto de mira de la norma protectora de la sociedad lo constituyen la evitación de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos por parte de *conductas externas finalmente dirigidas* por sujetos que han sido motivados por dicha norma; no se trata, pues, de evitar resultados, sino de evitar el *peligro de lesión*. En efecto, los estados de cosas por lamentables y perjudiciales que sean no pueden ser evitados salvo que provengan de un sujeto motivable mediante normas; así las cosas, en donde la norma ha de incidir es en el proceso de motivación a fin de evitar el tipo de conducta potencialmente peligrosa (145). Lo que sucede es que, para ciertos delitos, así los de la imprudencia o de peligro concreto, el resultado es la *prueba*, dados los demás requisitos, nunca por sí solo, de que la conducta era peligrosa. En otros delitos, como los tipos de imperfecta ejecución (146), la no verificación del resultado, cuando el delito es de resultado, claro está, podrá poner de manifiesto, aunque no siempre (147), una menor peligrosidad de la acción y, en consecuencia, podrá proceder a la atenuación, facultativa o no, en relación a la pena que correspondería de haberse consumado el delito.

Por último, ha de señalarse el aspecto quizá más importante me-

(144) Así MIR, *op. cit.*, pp. 74 ss.

(145) Cfr. el mismo, *op. cit.*, p. 47/8, 62 s., 76 s.

(146) Lo cual puede comportar, *de lege ferenda*, la inclusión de la construcción de la tentativa inacabada.

(147) Cfr., el mismo, *op. cit.*, p. 66.

todológico y sistemáticamente hablando. Se trata de que la prevención que se deriva como función del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho implica que se tome en consideración a la hora de delimitar el alcance del injusto el momento en que el sujeto se dispone a realizar su acción u omisión lesivas para la indemnidad de un bien jurídico; se trata, en suma, de abordar el tema de la antijuridicidad desde una *perspectiva ex ante*, una perspectiva que es ajena a la concepción retributiva de la pena y causalista de la teoría del delito (148). Así, el momento de incidencia del mandato y prohibición penal habrá de ser aquel en el que el sujeto se dispone a realizar la conducta que el Derecho desea evitar y prevenir, y eso únicamente puede ser llevado a cabo eficazmente *ex ante* (149).

Otros institutos como el del error de prohibición, que, según esta construcción, debe operar como exclusión de la antijuridicidad y no de la culpabilidad (150), y la tentativa inidónea pueden ser optimizados bajo la perspectiva *ex ante* (151).

(148) Cfr. el mismo, *La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*, ADPCP, 1983, pp. 7, 8, 10.

(149) Cfr. el mismo, *Función*, 21982, p. 64; antes ya, GIMBERNAT, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios penales*, 1976, p. 97.

(150) Cfr. MIR, *Función*, 21982, pp. 83 s.

(151) Cfr. el mismo, *Lecciones*, 1982, p. 142.

