

Los límites del *ius puniendi*

M.^a DOLORES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesora titular de Derecho penal. Universidad de Murcia

En la hora actual, no parece viable la propuesta «abolicionista» del Derecho penal; en efecto, sólo de utópica puede ser calificada la posibilidad de prescindir de ese instrumento de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más intolerables a los bienes jurídicos que hace posible la pacífica convivencia ciudadana.

Además, puede tratarse de una utopía peligrosa y profundamente regresiva, aunque desde determinados sectores se haya presentado como una opción progresista. Como ha expresado Hassemer, con frase muchas veces repetida, «quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú» (1); obviamente se corre el peligro de que sea sustituido por cualquier otro sistema que —incluso— sea todavía peor, entre otras cosas, por significar menos garantías para los ciudadanos al carecer de la *formalización* que hoy informa todo el Derecho penal.

Así —afirma— «el control social jurídico-penal dice, públicamente y por escrito, con toda la precisión posible, antes de que se haya cometido la infracción concreta, cuál es la conducta que califica de desviada, cuál es la sanción con la que sancionará dicha conducta y cuál es la forma en que la impondrá, la autoridad que será competente para imponerla y las garantías o, en su caso, los recursos que se conceden... También establece un escenario en el que el acusado tiene la oportunidad de defenderse e intervenir, de repetir el discurso y de controlar si se respetan las normas establecidas para ello... Finalmente, sitúa el control social en un plano en el que, lejos del odio y de la carga emocional que a veces despierta el comportamiento desviado, dominan el distanciamiento, la tranquilidad y el equilibrio».

(1) Cfr. W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984, pp. 400 y s.

El Derecho penal existe porque sin él, es decir, sin la sanción de los comportamientos delictivos, la convivencia humana sería imposible; la pena es una condición indispensable para el buen funcionamiento de los sistemas sociales, una amarga necesidad a la que no parece posible renunciar en este momento histórico y quizá tampoco en un futuro inmediato (2).

Rechazada, pues, por utópica la pretensión de prescindir del Derecho penal hay que reconocer —sin embargo— que no pocos de los planteamientos hasta el presente indiscutidos se encuentran actualmente en franca crisis. De todas formas la crisis es algo inherente al Derecho penal en cuanto ejercicio de poder plasmado en un conjunto normativo, al menos desde la aparición del Estado moderno surgido de la Ilustración y que se enfrenta —fundamentalmente— al dilema de optar entre la libertad y la seguridad. Nos encontramos, en definitiva, ante una crisis de legitimación.

La tensión al respecto se ve incrementada frecuentemente por la evidencia de que en el ámbito científico se abordan construcciones de tipo garantista y limitadoras del poder punitivo del Estado en defensa de las libertades ciudadanas y, por el contrario, en las legislaciones penales se advierten no pocos rasgos autoritarios que cristalizan en un creciente intervencionismo punitivo. Se trata, en último término, de una concreta manifestación de lo que suele denominarse en el mundo de la ciencia política *estatalización de la sociedad* y que supone una progresiva injerencia en el terreno de los derechos individuales.

En cualquier caso, un Derecho penal construido sobre la dramatización de la criminalidad y que sacrifica todo a la contundencia y a la eficacia implica la quiebra de principios políticos hoy irrenunciables. Además, los beneficios sociales de tales planteamientos son mínimos y el precio a pagar excesivamente alto. Incluso, a la larga, un Derecho penal así concebido «perderá su fuerza de convicción» (3).

Está claro que el *ius puniendi* se puede fundamentar en muy diferentes opciones políticas y la propia historia del Derecho penal pone de relieve que se trata del menos neutral de los Derechos. Así, un Estado de corte totalitario y —por ello— negador de los derechos y libertades fundamentales, genera un Derecho penal ciegamente represivo; por el contrario, un Estado realmente democrático da paso a un Derecho penal respetuoso con los derechos y libertades de todos y moderado en las respuestas sancionadoras.

Así, pues, las leyes penales son el reflejo de una determinada forma de entender la sociedad y el Estado. Y la Constitución española

(2) Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, p. 121.

(3) Cfr. W. HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"», traducción de F. MUÑOZ CONDE, en *Estudios penales y criminológicos*, XV, Universidad de Santiago de Compostela, 1992, p. 198.

de 1978 establece un modelo limitador de la intervención estatal en la vida de los ciudadanos a través de un reconocimiento de los derechos individuales que condiciona todo el ordenamiento jurídico. El punto de partida es la proclamación de un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores supremos de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1-1). De ello se derivan una serie de principios que deben ser respetados por todos; por los ciudadanos y por los poderes públicos (tanto en el momento de elaboración de las leyes como en el de su aplicación), como precisa el artículo 9.1.

Además, en el prólogo del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales (art. 10.1) proclama el Texto constitucional que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

La legitimidad del *ius puniendi* estatal y del Derecho positivo que lo articula procede de la Constitución y —lógicamente— en la misma encuentra tajantes limitaciones, como corresponde a un Estado social y democrático de Derecho. De ello se deduce la imperiosa necesidad de que el Derecho Penal respete y no sólo formalmente determinados principios inspiradores de todo el sistema.

La doctrina española, sobre todo en los últimos años, ha mostrado una preocupación creciente por la catalogación de estos principios limitadores de la intervención punitiva y por su encaje en la órbita constitucional (4). Los repertorios que se han ofrecido, siempre crecientes en su contenido, aluden por ejemplo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima, de necesidad y utilidad de la intervención penal, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva, de proporcionalidad, de legalidad, de presunción de inocencia, de humanidad, *in dubio pro reo*, preventivo, de seguridad jurídica, de prohibición de penas inhumanas o degradantes, de igualdad ante la ley, de orientación de las penas privativas de libertad a la resocialización, etc. Creo que puede afirmarse al respecto que las clasificaciones son tantas como autores se han ocupado de las mismas.

En cualquier caso, es posible que —con ciertos matices— no le falte razón a Muñoz Conde cuando afirma que todos estos principios bien pudieran reducirse a dos fundamentales (el de intervención mínima y el de intervención legalizada del poder punitivo del Estado) y que no pocos de los antes aludidos no suponen más que aspectos

(4) *Vid.* por todos J. A. MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, pp. 217 y ss.

muy concretos o diversas formas de aparición de éstos (5). A veces, incluso, las discrepancias son exclusivamente de tipo terminológico.

Más adelante, y al examinar en concreto los límites exigibles al poder punitivo del Estado español, tendré oportunidad de ofrecer mi personal punto de vista al respecto. Ahora, me limitaré a señalar la dimensión estrictamente procesal de alguno de los principios que el afán de exhaustividad reinante en la materia ha ubicado entre los penales.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los límites a la libertad que establece el Derecho penal no son solamente límites a la libertad individual, sino también límites a la intervención estatal. Y precisamente el principio de legalidad (o de intervención legalizada) sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo del Estado.

Su consolidación actual es, por ello, el resultado de un largo proceso no siempre pacífico. A pesar de su tradicional formulación latina (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) no procede del Derecho romano, sino de un momento histórico muy posterior en el que confluyen una serie de circunstancias que lo hicieron posible. Supone que nadie puede ser castigado por la conducta realizada si ese hecho no está previamente descrito en la ley como delito. Las relaciones entre los individuos y el poder punitivo del Estado deben estar previamente previstas en la ley.

1. Orígenes, consolidación y crisis

Como es sabido, constituye un lugar común a no pocos estudiosos de esta problemática la referencia a la *Magna Charta* inglesa de 1215 —otorgada a los nobles por el Rey Juan sin Tierra— como el documento del que arranca el principio legalista. Sin embargo, la norma invocada no excluye expresamente el uso de la analogía o del Derecho consuetudinario, pero en su más íntima motivación se acerca al principio aludido porque consagra una limitación, de carácter marcadamente político, del poder del rey y de los jueces y —consecuentemente— estableció determinadas garantías de libertad. Sólo en este sentido, y a pesar de la índole aristocrática de la *Magna Charta*, puede ser considerada como un precedente del dogma legalista.

Hasta el siglo XVIII no habría de producirse la sustancial transformación político-social que, como subraya Beling, incidió de ma-

(5) Cfr. M. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1993, p. 66.

nera condicionante en este ámbito y en toda la fisonomía del Derecho penal (6): se cuestiona la arbitrariedad de los jueces utilizada al servicio de la represión y se postula la consolidación de la separación de poderes.

Nace, pues, en este momento histórico la concepción moderna del principio. Sobre todo en Italia se ha discutido si la primacía en su elaboración debe ser atribuida a Beccaria o a Feuerbach; en cualquier caso, lo que resulta indudable es que al segundo de los autores mencionados se debe la formulación técnica con el mencionado aforismo latino, que de tanta fortuna y difusión ha disfrutado desde entonces. El principio de legalidad representa una de las más serias conquistas de la época moderna y una segura salvaguardia de la libertad individual, hasta el punto de constituir uno de los fundamentales principios del Derecho penal moderno, al menos del configurado según cánones de índole liberal y al estilo continental europeo. La defensa de las libertades se construye sobre la inteligencia de que la intervención represiva es la excepción y la libertad la regla general.

El principio de legalidad nació, pues, no sólo como exigencia de seguridad jurídica (que permitiese el conocimiento previo de los delitos y de las penas), sino también —y sobre todo— como garantía de que el ciudadano no podía verse sometido por el sistema y por los jueces a sanciones no admitidas por el pueblo, habida cuenta que el establecimiento de las penas en la ley exigía la participación de la ciudadanía.

El dogma legalista es fruto del liberalismo político que, en un primer momento, inspiró *desde fuera* el nacimiento de un nuevo sistema penal. Posteriormente, como ya tuve oportunidad de indicar, la preponderancia de la dimensión técnica del principio propició su inserción *dentro* del sistema penal.

La crisis más seria del principio de legalidad aparece cuando se le despoja de contenido político y convierte en simple exigencia técnica. Así concebido no resulta demasiado incómodo para los dictadores y, por ello, se consagra también en los códigos de los Estados autoritarios.

En el Código penal franquista el principio de legalidad de los delitos y de las penas ofrecía prácticamente la misma fisonomía que en el hoy vigente en España. Con escrupuloso respeto del mismo se cercenaron inalienables libertades ciudadanas y se intentó eliminar a los políticamente discrepantes. Parece evidente que los efectos de garantía derivados del principio dependen, esencialmente, de la organización política en que el mismo se inserte. No basta que el poder se ajuste al Derecho; el origen de ese Derecho es determinante para

(6) Cfr. E. BELING, «Il significato del principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale», traducción de E. VITO, en *La Giustizia penale*, 1931, I, col. 319.

que nos encontremos —o no— ante un Estado realmente democrático (7).

Bien es cierto que si el principio puede aparecer como formalmente respetado en algunos sistemas totalitarios, otros —por razones obvias— lo eliminaron drásticamente. Al respecto, son frecuentemente invocados los ejemplos del Derecho penal ruso-soviético de la primera hora o el alemán nacional-socialista.

Otras crisis sufridas por el principio obedecen a planteamientos de signo bien diferente y responden, en opinión de Glaser, al carácter *cíclico* del mismo; se preconiza el relajamiento del estricto legalismo y para ello se invocan —precisamente— las mismas argumentaciones que dieron lugar a su nacimiento: la justicia, la libertad y los derechos de la ciudadanía (8).

En este sentido se ha destacado la Nueva Defensa Social cuyos principios están en franco desacuerdo con las fórmulas apriorísticas en que se basa el principio de intervención legalizada, hasta el punto de que, como afirma Rodríguez Mourullo, éste «queda privado de sentido» en el marco de la doctrina de la Nueva Defensa Social (9).

2. El principio de legalidad en España

La consagración del principio de legalidad constituye una constante del ordenamiento jurídico español a lo largo de los siglos XIX y XX, tanto en el ámbito constitucional como en el estrictamente jurídico-penal.

Las garantías tradicionalmente denominadas criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución se contienen —respectivamente— en los artículos 1, 23, 80 y 81 del Texto penal; reforzándose con las previsiones del artículo 2 la vigencia del dogma legalista.

También se limita la intervención punitiva del Estado en la propia Constitución de 1978, al garantizarse el principio de legalidad (art. 9.3) con carácter general, en cuanto exigencia de sumisión de todos los poderes públicos a la ley.

Concretamente, en su dimensión penal, el principio aparece expresado en el artículo 25.1 del Texto constitucional: nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momen-

(7) Cfr. G. LANDROVE DÍAZ, «Funciones y fines del Derecho penal», en *Funciones y fines del Derecho (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia, 1992, p. 98.

(8) Cfr. S. GLASER, «Le principe de la legalité en matière penale, notamment en droit codifié et en droit contumier», en *Revue de Droit penal et de Criminologie*, 1966, p. 108.

(9) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, p. 776.

to de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. No pocas críticas ha recibido esta formulación del principio de legalidad. Y, en efecto, no recoge todas las vertientes del mismo; de forma clara sólo cabe deducir la irretroactividad de las leyes penales; el término «legislación» es equívoco; no se mencionan las garantías jurisdiccional o de ejecución, ni se alude a las medidas de seguridad. Pese a todo —se ha dicho— no parece seriamente discutible la afirmación de que en el Texto constitucional se establece una reserva absoluta de ley en materia penal (10).

Un paso más en la materia se ha dado por nuestra doctrina en los últimos años y después de un extendido debate: con base en el artículo 81.1 de la propia Constitución, se estima mayoritariamente que las leyes penales han de ostentar la condición de leyes orgánicas y no la de simples leyes ordinarias, es decir, que su aprobación, modificación o derogación exigirá mayoría absoluta del Congreso (11). El precepto mencionado exige el rango de ley orgánica para las materias relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y las penas —se afirma— suponen siempre una limitación de alguno o algunos de estos derechos.

Ni la doctrina científica ni la del propio Tribunal Constitucional dudan con relación a las normas que establecen penas privativas de libertad. El dilema puede surgir —y así se ha producido— con relación a otras penas. Por ejemplo las pecuniarias. A través de la referencia al arresto sustitutorio por posible impago de la multa se han evitado los posibles obstáculos a aquella solución, derivados de la evidencia de que la propiedad no aparece configurada en nuestro sistema como un derecho fundamental.

Así zanjada la cuestión de forma relativamente pacífica, añade Muñoz Conde una argumentación profundamente esclarecedora: cuando se reclama que todas las leyes penales sean aprobadas como leyes orgánicas no se están utilizando exclusivamente razones formales; «la ley penal —afirma— expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas» (12).

(10) Vid. G. LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, tercera edición, Madrid, 1989, p. 88.

(11) Vid. por todos la fundamental aportación de L. ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 26 y ss.

(12) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95.

No cabe ignorar, empero, que en los últimos tiempos se han planteado otras cuestiones periféricas a la aludida. Se entiende que no afectan al principio de legalidad ni a ningún derecho fundamental determinadas materias contenidas en el Código penal y que, por ello, pueden ser reguladas por ley ordinaria: la responsabilidad civil, su extinción o la cancelación de antecedentes penales. Estas exclusiones materiales del ámbito de la ley orgánica —se argumenta— responden a que ninguna de ellas tiene que ver ni con los presupuestos del delito o del estado peligroso ni con sus consecuencias penales, de modo que su posible incidencia sobre la configuración del comportamiento ciudadano tiene un efecto, en todo caso, secundario (13).

Como ha subrayado Silva Sánchez, en el debate español de los últimos años sobre el principio de legalidad ha predominado la perspectiva *formal*, relativa al rango que deben ostentar las disposiciones penales; ello es natural —afirma— ya que se trataba de examinar las consecuencias de la entrada en vigor e inicial aplicación de los preceptos constitucionales sobre el ordenamiento jurídico-penal (14), sin embargo el principal problema que ha de afrontar la realización práctica del principio de legalidad no es en la actualidad la determinación del alcance —ya aludido— de la reserva constitucional de ley orgánica en materia penal, a pesar de su incuestionable trascendencia.

Lo realmente decisivo es la *taxatividad*, en cuanto exigencia de precisión en las normas ya que su ausencia, además de privar de contenido material al principio de legalidad, elimina —o al menos disminuye— la seguridad jurídica exigida por el artículo 9.3 de la Constitución. Y este mandato de certeza o de determinación se dirige al legislador (imponiéndole la exigencia de una *lex certa*) y al juz-

(13) Vid. J. J. QUERALT, «Código penal y ley orgánica», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1992, pp. 49 y ss. y bibliografía allí citada.

(14) Cfr. J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 253 y s. En este sentido ha llegado a afirmar E. BACIGALUPO que el mayor acontecimiento jurídico ocurrido en España en los últimos años ha sido la sanción de la Constitución de 1978, es decir, la introducción de una norma fundamental de aplicación directa por los tribunales que implicó una transformación sustancial del sistema del orden jurídico; de un sistema jurídico en el que las leyes ordinarias eran consideradas como normas últimas se pasó a un sistema en el que las normas legales ordinarias deben reconocer sus límites frente a las constitucionales; ello tiene una especial repercusión en el ámbito del Derecho penal, pues todo su contenido afecta a derechos fundamentales, a los valores superiores del ordenamiento jurídico y a los fundamentos del orden político y de la paz social, pues sus normas inciden de forma decisiva sobre la libertad de acción y pueden afectar del mismo modo a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad («Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa», en *Revista del Foro Canario*, núm. 87, 1993, p. 11).

gador (prohibiéndole, sobre todo, la aplicación analógica de la ley y obligándole a ceñirse a la *lex stricta*).

Obviamente, el logro de la máxima taxatividad y la real vinculación del juez a los términos de la ley deben ser objetivos irrenunciables para el Derecho penal, al menos en un sistema democrático. Deben, pues poscribirse todas las normas penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible.

Como es sabido, el vigente Código penal español y a pesar de los retoques correctores sufridos en los últimos años —no siempre afortunados— contiene demasiadas «desviaciones» de tales planteamientos, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica.

Muchos son los ejemplos que pueden ser esgrimidos al respecto. Aludiré tan sólo a uno de los más llamativos. Con generalizado aplauso de la doctrina, la Ley Orgánica de 9 de junio de 1988 eliminó del artículo 431 del Código penal el hasta entonces denominado delito de escándalo público («el que de *cualquier modo* ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas...»); sin embargo, la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, incrementó hasta límites insospechados el recurso a fórmulas de aquel tenor. En efecto, el artículo 344 *describe* la conducta de los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, «o de otro modo» promuevan, favorezcan o faciliten, etc., y se castiga en función de que se trate o no de sustancias o productos que «causen grave daño a la salud»; según precisa el artículo 344 bis a), se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior cuando —entre otros supuestos— la cantidad de droga «fuere de notoria importancia»; idéntica agravación respecto de las penas previstas en este último precepto prevé el artículo 344 bis b) cuando las conductas «fueren de extrema gravedad».

II. PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

La idea de exclusiva protección de bienes jurídicos como principio legitimador —y limitador— del Derecho penal se ha convertido en una de las cuestiones más debatidas de nuestra ciencia, sobre todo desde que hace unos treinta años (15) se sintió la necesidad de elaborar un concepto de bien jurídico que sustentase teóricamente el movimiento decididamente despenalizador entonces iniciado.

Hoy, supone una garantía fundamental del Derecho penal y supone que éste sólo debe intervenir si existe una amenaza de lesión,

(15) Vid. P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962.

o de peligro, para concretos bienes jurídicos. El Estado no puede castigar (por su inmoralidad o desviación) conductas que no lesionen o pongan en peligro, al menos, dichos bienes.

Sin embargo, la mera existencia de un bien jurídico no es suficiente para justificar su tutela penal; es necesario que, además, ostente determinadas características que le hagan merecedor de la misma. Un Derecho penal realmente democrático sólo debe reaccionar ante los atentados más graves contra los más relevantes bienes jurídicos; ante las agresiones especialmente graves.

Se conecta así el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el carácter fragmentario del Derecho penal: la intrínseca gravedad de las penas impone su utilización, tan sólo, en aquellos supuestos de actuaciones especialmente nocivas para el colectivo social. Se invoca, pues, el uso más restrictivo posible del Derecho penal y un concepto político-criminal del bien jurídico que lo distinga —por ejemplo— de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y del Derecho. En el origen de la moderna formulación del concepto de bien jurídico se insistió, fundamentalmente, en este aspecto de la cuestión.

Hoy el problema no radica ya en la construcción de una teoría del bien jurídico, sino de una teoría del bien jurídico penalmente protegido (16). Sin embargo, la doctrina no desconoce la actual vigencia de las difundidas precisiones de M. E. Mayer sobre las características que deben concurrir en el bien a estos efectos: que sea merecedor de protección, que esté necesitado de protección y que resulte capaz de protección (17). Se alude, pues, a la importancia del bien y a la gravedad intrínseca del ataque al mismo y —también— a la idoneidad de su protección y a la falta de eficacia de otros medios de reacción previstos en el ordenamiento jurídico, menos drásticos que los punitivos.

En esta línea se mueve, por ejemplo, Mir Puig al examinar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en cuanto límite al *ius puniendi* estatal, si bien prefiere hablar de la «importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal» para que un bien jurídico pueda considerarse —además— un bien jurídico-penal (18).

La trascendencia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la severidad de las consecuencias propias y exclusivas del Derecho penal y es preciso, además, que no

(16) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 277.

(17) Vid. M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, segunda edición, Heidelberg, 1923, p. 23.

(18) Cfr. S. MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 162.

sean suficientes para una adecuada protección otros medios de defensa menos lesivos para los ciudadanos; si es suficiente la intervención administrativa o la civil —por ejemplo— no procederá elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. En el supuesto de duda razonable sobre el merecimiento o necesidad de la pena de una conducta debe optarse por la respuesta despenalizadora. En cualquier caso, la problemática de la protección penal de los bienes jurídicos es, sobre todo, una cuestión político-criminal (19).

Con inspiración evidente en planteamientos abordados hace ya muchos años fuera de nuestras fronteras (20), desde algún sector doctrinal español se pretende que el Derecho penal se limite a la protección de valores constitucionalmente garantizados, de modo explícito o implícito; es decir, que el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles ha de hallarse en la Constitución (21).

Tal criterio ha sido acogido con simpatía en nuestro país, si bien es sometido a ciertas matizaciones muy razonables. En efecto, tomar la Constitución como punto de referencia para decidir si nos hallamos ante un bien fundamental para la vida social que reclama protección penal supone una pretensión de ciertas garantías y refuerza —además— la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico; si bien es cierto que realidades que no hayan sido consagradas explícita o implícitamente en la Constitución deben quedar —en principio— ajenas a la protección penal, sería contrario al principio de proporcionalidad proteger penalmente todo ataque a bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos. Ello no quiere decir que el reconocimiento constitucional no deba tomarse en cuenta en orden a la tutela jurídico-penal de un bien; es preciso, además, tener presentes los principios político-criminales que inspiran de modo general el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (22).

Haciéndose eco de la inteligencia de que todo bien jurídico merecedor de protección penal debe tener, al menos, una cierta relevancia constitucional, se precisaba en la Exposición de motivos del *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal* de 1992 (precedente inmediato del Proyecto de 1994) que la selección de los bienes jurídicos objeto de tutela penal en su texto articulado «ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales»; fuera de

(19) En este sentido, *vid.* G. FIANDACA, «Il “bene giuridico” come problema teorico o come criterio di politica criminale», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1982, pp. 42 y ss.

(20) *Vid. por ejemplo* R. P. CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974, pp. 131 y ss.

(21) *Vid. por todos* F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política criminal*, 1991, pp. 5 y ss.

(22) En este sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *cit.*, pp. 273 y ss.; MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del «ius puniendi»*, *cit.*, pp. 163 y ss.

toda duda queda —se afirmaba— que los ataques a estos bienes, por la trascendencia de los mismos, entran «casi directamente» en el ámbito de lo punible; el marco constitucional —se concluía— es una «referencia inicial» que permite hacer la siguiente consideración: todos y cada uno de los bienes jurídicos que tutela el proyecto de Código penal encuentran una base constitucional y —lo que es más importante— no hay ni un solo delito en el mismo en el que no sea posible apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado.

III. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, *ULTIMA RATIO* O CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL

La protección de la convivencia ciudadana puede conseguirse —como queda dicho— sin necesidad de recurrir a la enérgica reacción punitiva. Es cierto que la presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto irrenunciable para legitimar el ejercicio del *ius puniendi*, pero —en un sistema democrático— ello no es suficiente.

Es preciso, además, que la intervención penal sea necesaria; que el Derecho penal se conciba como el último recurso (*ultima ratio*) a utilizar cuando no haya otros menos lesivos y —por ello— más idóneos para resolver los conflictos sociales. Al margen de estériles querellas terminológicas, ésta es la idea que se invoca cuando se alude a los principios de subsidiariedad, accesoriedad e intervención mínima, o se subraya el carácter fragmentario del Derecho penal.

La intervención punitiva resulta innecesaria en aquellos casos en que la solución del conflicto puede alcanzarse recurriendo a otros sectores del ordenamiento jurídico o, simplemente, a medidas de naturaleza económica, social o cultural carentes del alto grado de lesividad que el ejercicio del *ius puniendi* supone; en estos supuestos debe renunciarse a la intervención penal (23). Esquemáticamente ha llegado a afirmarse que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el propio Derecho penal.

La limitación de la respuesta jurídica más violenta frente a la conflictividad social es inherente a un Derecho penal realmente democrático y —con fórmula hoy ampliamente extendida— suele denominarse la «huida del Derecho penal». Por el contrario, la «huida hacia el Derecho penal», característica de los sistemas autoritarios,

(23) Vid. al respecto Arthur KAUFMANN, «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», en *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin-New York, 1974, pp. 89 y ss.

supone la falta de voluntad política o la incapacidad para desarrollar otras medidas alternativas a la represión.

Consecuentemente, de la lectura de un Código penal puede deducirse cuál es el signo de la estructura política del país de que se trate. Bien es cierto que —en no pocas ocasiones— las legislaciones constituyen un verdadero fraude, ya que la letra de la ley goza de una vigencia exclusivamente formal y encubre posiciones políticas inconfesadas e inconfesables. No faltan ejemplos históricos al respecto.

En cualquier caso, sobre las ideas de subsidiariedad, *ultima ratio* o carácter fragmentario antes aludidas debe construirse la decisión político-criminal de la esfera de lo típico. El proceso despenalizador, frecuente en la hora actual, es buena prueba de ello. Se prescinde así de la respuesta punitiva ante conductas que históricamente se ha entendido que la merecían (adulterio, blasfemia o imprudencias levísimas que plantean conflictos susceptibles de ser resueltos fuera del Derecho penal). También sirven aquellos planteamientos para abordar una ampliación perfectamente natural del ámbito de lo punible; es decir, para legitimar la criminalización de conductas nocivas para el colectivo social que necesitan hoy la amenaza penal, por ser ineficaces otro tipo de conminaciones. Con ciertos matices, suele citarse al respecto la problemática planteada por la adecuada protección del medio ambiente, la ordenación urbanística o el orden socioeconómico.

En la Exposición de motivos del *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1980 se contenían una serie de impecables reflexiones al respecto que, sin embargo, no se veían reflejadas en el texto articulado del mismo. En efecto, se afirmaba allí que el Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer determinadas ideas políticas o morales, sino —por el contrario— garantía que haga posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El sistema penal aspira a conseguir un marco mínimo de convivencia.

En un Estado social y democrático de Derecho como es hoy el español —se afirmaba— el Derecho penal debe aparecer como la *ultima ratio*, debe encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y de la paz ciudadana. Por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes más preciados de la persona y son las más drásticas con que cuenta el ordenamiento jurídico, el Derecho penal debe intervenir únicamente cuando resulten insuficientes otros remedios menos gravosos. Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se han de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir las penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas.

El principio de intervención mínima —se concluía— representa para el legislador una verdadera exigencia ética que los regímenes políticos dictatoriales acaban siempre quebrantando; por un lado, porque suelen utilizar el sistema penal como instrumento para eliminar o reducir al silencio al disidente político, criminalizando indebidamente la opinión discrepante; por otro, porque las dictaduras profesan una concepción autoritaria del Derecho penal que les lleva a exasperar la gravedad de la amenaza penal, en la que ven un remedio para reprimir todo aquello que no son capaces de resolver.

Pasados los años, otro texto prelegislativo español ya desechado insistía —también en su Exposición de motivos— en planteamientos semejantes, impecables desde el punto de vista teórico. Me refiero al *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal* de 1992, en el que se reproducía la idea de que el Código no debe proteger a los bienes jurídicos frente a cualquier ataque imaginable, sino únicamente frente a los que se considere más graves o peligrosos, sea por razones objetivas o subjetivas. Esto, «que se conoce como protección fragmentaria, se combina y complementa con el principio de intervención mínima».

Pero, también en este caso, tan prometedoras palabras aparecían desvirtuadas con frecuencia por el propio Proyecto en el que se mantenían no pocas opciones político-criminales que nada tienen que ver con aquéllas. Piénsese, por ejemplo, en las soluciones que el texto mencionado ofrecía respecto de la problemática de la voluntaria interrupción del embarazo, la insumisión, la eutanasia, los delitos contra el honor o el narcotráfico.

Como es sabido, en el Derecho vigente no faltan ejemplos de este divorcio entre los planteamientos político-criminales que se afirma suscribir y la realidad legislativa nacional. Uno de los más significativos viene representado por la dureza represiva que se reserva para los insumisos, es decir, para aquellos jóvenes que se niegan al cumplimiento del servicio militar obligatorio y de la prestación social sustitutoria del mismo. La conflictividad social generada al respecto es evidente y la solución no reside —para utilizar una fórmula muchas veces repetida— en lograr un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal.

Nuestro sistema ha recurrido al Derecho penal para resolver situaciones conflictivas que pueden —y deben— resolverse menos traumáticamente *extramuros* del ámbito punitivo. Apostar, en definitiva, por la huida del Derecho penal. Y este criterio se va abriendo camino con decisión en la doctrina española, que propugna la paralela creación de un ejército profesional. Así, los problemas suscitados por la objeción de conciencia al servicio de las armas se evaporaran y, con ellos, los derivados de la insumisión, «con naturalidad y sin vencedores ni vencidos. El empecinamiento en mantener un servicio

militar obligatorio no es la solución más inteligente, ni la más justa» (24).

IV. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Con base en el principio de oportunidad (o de utilidad) el Derecho penal sólo puede —y debe— intervenir cuando resulte realmente eficaz para la prevención del delito y, por ello, resulta aconsejable renunciar a su intervención cuando sea político-criminalmente ineficaz, inadecuada o, incluso, contraproducente; en tales supuestos, deberá acudir a otros mecanismos que eviten tan indeseables consecuencias.

En último término, supone esta exigencia de utilidad una específica vertiente del principio de necesidad de la intervención punitiva.

Bien pudiera, por ejemplo, introducirse el mencionado principio de oportunidad en la persecución de los delitos que se imputan a la víctima de un chantaje. Con ello, al menos, se eliminaría uno de los obstáculos que impiden el justo castigo de los chantajistas, que se escudan —sobre todo en estos casos límite— en la evidente vulnerabilidad del chantajeado. En efecto, y por razones obvias, ha llegado a decirse que en estos casos la víctima teme al proceso más que el propio chantajista (25) y de ahí la elevada *cifra negra* que ofrece tan deleznable delincuencia.

Hoy, con la criminalización del chantaje a través de los tipos de amenazas condicionales (arts. 493.1.º y 494), en no pocas oportunidades se produce la antes aludida ineficacia de la intervención penal; precisamente, por no estar prevista en nuestro Derecho la aplicación del principio de oportunidad, para permitir la impunidad del sujeto pasivo de un chantaje que se ve amenazado con la revelación o denuncia de algún delito por él cometido, si denuncia al chantajista.

Paso que, sin embargo, sí se pretendía dar con el Proyecto de Código penal de 1992, al precisarse en su artículo 178.3 que si el chantaje consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Fiscal podría, «para facilitar el castigo de la amenaza», abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que el hecho estuviere sancionado con pena de prisión superior a *cuatro años*; en este último caso, el Juez o Tribunal podrían rebajar —simplemente— la sanción en uno o dos grados.

(24) Cfr. G. LANDROVE DÍAZ, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Valencia, 1992, p. 120.

(25) Cfr. H. VON HENTIG, «El chantaje», en *Estudios de Psicología criminal*, IV, segunda edición, traducción y notas de J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1964, p. 308.

Menos generoso al respecto se muestra el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994, que recorta la pretendida operatividad en la materia del principio de oportunidad: el Fiscal sólo podrá abstenerse de acusar (art. 167.3) si el delito con cuya revelación se amenace por el chantajista estuviere sancionado con pena de prisión no superior a *dos años*; de rebasarse este marco punitivo el juzgador podrá rebajar discrecionalmente la pena en uno o dos grados. La filosofía del precepto sigue siendo la misma pero se recorta la eficacia del principio al mencionarse la entidad de la pena de privación de libertad prevista para el delito cometido por la persona que sufre la amenaza chantajista.

En cualquier caso, tal previsión ha sido criticada por algún penalista (26) y, con especial severidad, desde determinados sectores de la magistratura: que para facilitar la prevención de la amenaza de revelar un hecho punible se abstenga el Fiscal de formular acusación por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, «se presta a toda una gama de posibilidades interpretativas, ninguna de ellas edificantes. Produce sonrojo contemplar cómo se puede implicar al Ministerio Fiscal en un juego de intereses inconfesables. La medida —se afirma— fomentaría la perversión y se presta a simular la situación de haberse producido las amenazas para obtener la impunidad de determinados hechos delictivos». Incluso llegan a invocarse razones de moral pública para solicitar la supresión del precepto de referencia en el futuro Código penal español (27).

V. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, que impone un tratamiento desigual para los supuestos que efectivamente lo sean entre sí, informa todo el ordenamiento jurídico, pero en el ámbito penal significa —en esencia— que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y que éste no puede ser sancionado con penas más graves que la propia entidad del daño representado por la infracción. Consecuentemente, no puede extrañar que al mencionado principio se vincule la idea de la *prohibición del exceso*.

La exigencia no es nueva. Por oposición a la hipertrofia represiva del antiguo régimen, ya proclamó solemnemente el artículo 12 de la Declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano, de

(26) Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, segunda edición, puesta al día por J. DÍAZ-MAROTO, Madrid, 1991, p. 132.

(27) Cfr. «Informe sobre el Anteproyecto de Código penal», elaborado por el Gabinete de Estudios y Documentación de la Asociación Profesional de la Magistratura, en *Cuadernos de Política criminal*, 1992, pp. 321 y s.

22 de agosto de 1795, que la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y *proporcionales* al delito.

Por medio del principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente y, así, se rechazan tanto el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad *abstracta*) como la imposición de penas (proporcionalidad *concreta*) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en su globalidad; obviamente, la mayor dificultad que plantea este principio radica en la necesidad de concretar tal relación valorativa y establecer que *ese* hecho merece *esa* pena, en abstracto y en concreto (28).

Así concebida la proporcionalidad su vinculación con los principios de intervención mínima o de exclusiva protección de bienes jurídicos resulta evidente, e incide tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad. Efectivamente, ha de atenderse a la gravedad del delito cometido, a la entidad del bien jurídico lesionado por el mismo y a la mayor o menor reprochabilidad de su autor. También la pena más leve debe ser preferida a la más grave si con ello se restablece satisfactoriamente el orden jurídico perturbado.

Como subraya prácticamente la totalidad de nuestra doctrina, el principio de proporcionalidad de las penas tiene rango constitucional en España. Se invocan al respecto, no sólo el artículo 1 de la Ley fundamental (que proclama el Estado de Derecho y declara la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico), sino también —entre otros— los artículos 15 (que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes), 17.2 (que impone que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos) y 17.4 (que obliga a fijar por ley un plazo máximo de duración de la prisión provisional).

Destacado por la jurisprudencia constitucional el valor constitucional del principio, la Sentencia 65 de tan alto tribunal, de 22 de mayo de 1986, ha señalado que el juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, al legislador. Ello no impide —se afirma— que la proporcionalidad deba ser tenida en cuenta por el juez en el momento de individualización de la pena, ni excluye que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad allí donde la ley señale penas desorbitadas (29).

Penas desorbitadas que —por otra parte— no escasean en nuestro Derecho positivo como se ha destacado hasta la saciedad, sobre todo en los últimos tiempos.

(28) *Vid.* al respecto SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit. p. 260.

(29) *Cfr.* M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, tercera edición, Valencia, 1990, pp. 71 y s.

Uno de los más llamativos ejemplos viene determinado por la escalada represiva hace años iniciada en materia de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988, de reforma en este ámbito, posibilitó el castigo de los que «de otro modo» promuevan, favorezcan o faciliten el ilícito tráfico, y la agravación de las sanciones en el supuesto de que la cantidad de droga «fuere de notoria importancia» o las conductas de «extrema gravedad». Expresiones todas que —como ya indiqué antes— suponen una flagrante vulneración de las más elementales garantías propias de un Estado de Derecho. Lo que ahora me interesa subrayar es que todo ello permite, en determinados supuestos, imponer penas que pueden llegar hasta la reclusión mayor en su grado mínimo (el marco penal abarca la privación de libertad entre cuatro meses y un día y veintitrés años y cuatro meses), es decir, una sanción reservada tradicionalmente en nuestro Derecho para los delitos contra la vida. No sólo nos encontramos ante una de las penas *arbitrarias* características de otros momentos históricos, sino que ello representa una grave violación del aludido principio de proporcionalidad y trastoca toda la escala de valores del propio Código penal (30).

Otro significativo ejemplo de vulneración del principio de proporcionalidad se encuentra en los últimos textos prelegislativos españoles respecto de la conducta de los insumisos. En efecto, ya el *Proyecto* de 1992 se movía en esa línea de exasperación represiva: el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas o a la referida prestación rehusare, sin causa legal, este cumplimiento sería castigado «con la pena de prisión superior a dos años y hasta tres años» (art. 583.1). Marco penal que suponía una pena *grave* (art. 30 del propio proyecto), derivándose de ello una serie de consecuencias no menos graves; por ejemplo, la imposibilidad de alcanzar los beneficios de la condena condicional (art. 81.1.º) o la sustitución de la pena de prisión por la de arresto de fin de semana o multa (art. 88.1).

Incluso, en el párrafo 2 del mencionado artículo 583 se establecía que, además, en estos casos sufriría *siempre* el sujeto la pena de «inhabilitación especial para el derecho de acceso a la función pública por tiempo de seis a diez años». En la actualidad, la inhabilitación absoluta abarca, tan sólo, el tiempo de la condena, según precisan los artículos 135 bis i) del Código penal y el artículo 2.3 de la paralela Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984.

(30) Cfr. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «¿Qué resuelve la reciente reforma del Código penal en materia de tráfico de drogas?», en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 1989, pp. 263 y 269.

No puede extrañar, en suma, que las enmiendas de diversos grupos parlamentarios hayan incidido en la regulación que de esta problemática abordó el Proyecto de 1992. Por ejemplo, el Grupo Parlamentario Vasco propuso —simplemente— la supresión del artículo 583 porque «la conducta que se tipifica como delito en dicho precepto ni genera un rechazo social mayoritario, ni genera una jurisprudencia punitiva uniforme y constituye el objetivo legítimo de diversas organizaciones políticas y sociales». El CDS se inclinó por una suavización del rigor de las penas previstas para las distintas tipicidades; en concreto, respecto del art. 583 consideró suficiente la «pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a veinticuatro meses». El Grupo Parlamentario Catalán se limitó a proponer la supresión del último párrafo del artículo mencionado: «no debe imponerse en estos supuestos la inhabilitación especial para el acceso a la función pública» (31).

Ello no obstante, los redactores del *Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994 han ido todavía más lejos: llegan a preverse penas de inhabilitación *absoluta* (incluyendo cualquier empleo o cargo en las administraciones, entidades o empresas públicas estatales, autonómicas o locales o en sus organismos autónomos) por tiempo de diez a catorce años, multa de doce a veinticuatro meses y una sorprendente privación del derecho de conducir vehículos de motor y de la tenencia y porte de armas de ocho a diez años. Además —y por si todo ello fuera poco— se pretende imponer al insumiso la «pérdida de la posibilidad de obtener cualesquiera subvenciones, becas o ayudas públicas por un tiempo de diez a catorce años». Eso sí, una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar (art. 595).

Al menos, en el *Proyecto* de 1994 han desaparecido del repertorio de penas previstas para los que se nieguen al cumplimiento de la prestación social sustitutoria las de privación de los derechos de conducir vehículos de motor y tenencia o porte de armas (art. 507).

VI. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Conocida es la problemática suscitada sobre el principio de culpabilidad (*nullum crimen nulla poena sine culpa*). Naturalmente, hoy no puede discutirse seriamente que en un Estado social y democrático

(31) En el *Informe* del Consejo General del Poder Judicial sobre el texto que habría de convertirse en el Proyecto de 1992 se opta por la vía del eufemismo; en efecto, respecto de la penalidad allí prevista para los insumisos, se afirma lacónicamente: «no siempre la dureza de las penas resulta eficaz en la práctica» («Anteproyecto del Código penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 11, 1992, p. 247).

de Derecho se impone la apuesta por un Derecho penal de culpabilidad. El problematismo al respecto tiene otras características. En efecto, se ha llegado a afirmar que el principio de culpabilidad no puede ser reducido a la consideración de uno más entre los límites del *ius puniendi* estatal, ya que representa la «síntesis» de las varias finalidades del propio Derecho penal (32) e informa todo el sistema de la teoría jurídica del delito.

En cualquier caso, el principio de culpabilidad se ofrece hoy como el resultado de un dilatado proceso histórico y supone notables garantías para los ciudadanos y límites estrictos para la intervención punitiva del Estado. Como esquemáticamente ha destacado Quintero Olivares, significa «tratar diversamente lo doloso y lo culposo; no castigar lo fortuito; perseguir el equilibrio entre el hecho y la pena; impedir que el modo de ser, o de vivir, o el carácter del sujeto, puedan influir en la reacción penal; intentar valorar cuál ha sido su vida y qué opciones se le ofrecieron, para entender cuál es su concepción de la realidad, aunque todo ello se haga de acuerdo con parámetros discutibles, pues en todo caso es mejor eso que renunciar a intentarlo» (33). Se vincula así el principio, entre otros, a los de proporcionalidad y necesidad de pena.

Consecuentemente, el principio de culpabilidad significa que la pena sólo puede basarse en la constatación de que al autor de la conducta típica y antijurídica se le puede reprochar personalmente la misma —la pena presupone culpabilidad— y que, además, la respuesta sancionadora no puede superar la medida de la culpabilidad (34).

Es, pues, un principio incompatible con un Derecho penal construido sobre la criminalización de la responsabilidad objetiva o basado en la peligrosidad del autor. Ha llegado a decirse que el principio de culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad del ser humano: la imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del hombre como un mero instrumento para conseguir fines sociales (en este caso preventivos), con lo que ello significa de grave atentado para su dignidad (35).

A pesar de los denodados esfuerzos ofrecidos por amplios sectores doctrinales obsesionados con la idea de encontrar una referencia

(32) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 262.

(33) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte general*, segunda edición, Madrid, 1989, p. 390.

(34) Vid. por ejemplo H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, traducción de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, Granada, 1993, p. 19.

(35) Cfr. J. CEREZO MIR, *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, Universidad de Zaragoza, 1993, p. 16.

constitucional de todos los principios vigentes en nuestro Derecho penal, hay que reconocer que —de modo expreso— el principio de culpabilidad no ha sido recogido en la Constitución española, ni en las declaraciones de derechos suscritas por España que (de acuerdo con el artículo 10.2 de la propia Constitución) deben ser respetadas en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce el Texto constitucional.

En otros países la búsqueda de una relevancia constitucional del principio también ha planteado no pocos problemas, a pesar de una mayor expresividad en la materia de los respectivos textos fundamentales. Es el caso —por ejemplo— de Italia, cuya Constitución precisa en su artículo 27 que *la responsabilità penale e personale*; en aquel país es hoy mayoritaria la inteligencia de que el precepto invocado supone, en sentido estricto, la consagración del principio de culpabilidad y no sólo como en otros momentos se ha entendido, la prohibición de exigir responsabilidad criminal por los hechos ajenos (36).

En España, y desde hace ya varios años, goza de cierta difusión la idea de que el principio de culpabilidad se deriva de la proclamación del Estado social y democrático de Derecho y de la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución). Esta solución, importada en gran medida de la ciencia alemana, resulta de escasa trascendencia práctica, habida cuenta que la forma más característica de lesionar el principio culpabilista o sus consecuencias viene constituida por las resoluciones judiciales y éstas sólo son atacables a través del recurso de amparo cuando lesionan derechos y libertades reconocidos —exclusivamente— en los artículos 14 a 29 de la Constitución; el reconocimiento de un principio que no puede hacerse efectivo en los casos más significativos de sus posibles violaciones carece de todo valor (37).

Por ello, precisamente, se ha tratado de fijar el rango constitucional de las *consecuencias prácticas* que se derivan del principio de culpabilidad construyendo el reconocimiento de cada una de ellas en derechos fundamentales cuyo contenido las alcance implícitamente. Así, la proscripción del *versari in re illicita*, la exigibilidad de conducta distinta a la realizada, la relevancia del error o la proporcionalidad de las penas se vincularían al principio de legalidad, proporcionalidad o igualdad, entre otros.

Con este planteamiento —que tiene mucho de subterfugio— se evidencia la confusión reinante acerca del precepto o preceptos de

(36) En este sentido, *vid.* por ejemplo T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, pp. 218 y s.

(37) Cfr. E. BACIGALUPO, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», en *La Ley*, 1982, 2, p. 940. En términos semejantes, J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, tercera edición, Valencia, 1993, p. 244.

la Constitución que consagren el principio de culpabilidad, en cuanto límite del *ius puniendi* estatal.

Incluso, cuando se pretende derivar del principio de culpabilidad el límite de la pena en el ámbito de la individualización judicial suele vincularse esta garantía al artículo 15 de la Constitución, que plasma —entre otras— la exigencia de proporcionalidad de las penas.

Resulta sintomático al respecto la deliberada ambigüedad que adopta nuestro Tribunal Constitucional en la *Sentencia 150 de 4 de julio de 1991*: «la Constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal *de autor* que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». No seré yo quien discuta que la exigencia de culpabilidad constituye un principio básico de nuestro sistema penal, en el que no tiene cabida un Derecho penal de autor, pero estimo que tan alto tribunal en la sentencia invocada debió haber aludido al precepto concreto de la Constitución que —sin duda, como allí se afirma— consagra el principio de culpabilidad.

En cualquier caso, en la Exposición de motivos del *Proyecto de Código penal* de 1992 se calificaba al principio de culpabilidad de «garantía nuclear del sistema penal propio del Estado social y democrático de Derecho», por lo que se impone la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva, «como ya sucede en el Código vigente desde la Reforma de 1983». Es cierto que después de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983 ha mejorado la situación al respecto (38), pero la erradicación de la responsabilidad objetiva de nuestro Código penal es una tarea todavía no concluida.

VII. PRINCIPIO DE HUMANIDAD

La expresa referencia al principio de humanidad puede parecer a un observador de superficie rigurosamente innecesaria cuando se invoca su vigencia con relación a un sector del ordenamiento jurídico que trata de resolver los conflictos más graves que pueden producirse entre los seres humanos. Sin embargo, no faltan ejemplos históricos —alguno muy cercano en el tiempo— de sistemas penales inhumanos y crueles. El proceso de humanización del Derecho penal está plagado de estancamientos y, también, de espectaculares retrocesos.

(38) Vid. J. CEREZO MIR, «Principales reformas del Código penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad», en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, pp. 83 y ss.

El principio de humanidad, por lo que supone de respeto a la dignidad de las personas, extiende su influencia a momentos anteriores a la fase de ejecución de las penas, sin embargo, es frecuente —y también lógico— que se vincule a las consecuencias de la intervención penal; es decir, que se plantee como una exigencia de humanidad *de las penas*, a pesar de que —correctamente entendido— el principio de humanidad debe ser el principio rector de todo el Derecho penal y de la Política criminal (39), una barrera infranqueable en la hora actual.

No cometeré la ingenuidad —muy extendida, por otra parte— de considerar inhumanas las respuestas represivas de ordenamientos jurídicos muy lejanos en el tiempo. Lo son, sin duda, desde la óptica de un ciudadano de finales del siglo XX; quizá no tanto en el momento histórico en que surgieron y del que no pueden desvincularse.

Ello no obstante, en un momento decisivo para la historia de la humanidad se produjo una desarmonía evidente entre un sistema represivo anclado en el pasado y las nuevas concepciones políticas y filosóficas que habrían de cristalizar en la Revolución francesa. Lo que se ha dado en llamar «medievalismo penal» se extendió prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XVIII: las penas, excesivamente rigurosas y crueles, no siempre guardaban la debida proporción con la entidad de los delitos que las determinaban, se usaba y abusaba de las penas corporales y de la pena de muerte que, en no pocas ocasiones, se acompañaba en su ejecución de atroces suplicios, o se recurría a la tortura para obtener una confesión valorada como la reina de las pruebas (40).

Como ha destacado Tomás y Valiente, la *humanización* del Derecho penal es algo que hay que anotar en el saldo positivo de la Ilustración. Humanización en el doble sentido de secularización del Derecho penal (alejándolo de consideraciones y propósitos pseudo-religiosos que no habían servido más que para endurecerlo) y, como consecuencia de ello, por la suavización que supuso del trato procesal y penal dado al reo (41).

Sobre aquellos postulados se inició un largo proceso —con recidivas en la situación anterior— que culminó con la desaparición de las penas corporales o de la capital en no pocos países. No obstante, en un primer momento no se puso en tela de juicio la justicia, conveniencia o utilidad de la pena de muerte, sino tan sólo de la frecuencia y la crueldad en su ejecución; los primeros pasos abolicionistas supusieron, simplemente, la humanización ejecutiva y la res-

(39) Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 172.

(40) *Vid.* al respecto LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, tercera edición, Madrid, 1991, pp. 17 y s.

(41) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, segunda edición, Madrid, 1992, p. 408.

tricción del repertorio de delitos considerados capitales. Alcanzada la abolición de la pena de muerte, su vacío fue ocupado —sobre todo— por las penas privativas de libertad.

También el proceso de humanización ha incidido en las penas de privación de libertad; por ejemplo, a través de su progresiva sustitución por otras menos lesivas para los ciudadanos, en la suspensión creciente de su cumplimiento o imposición, incluso en la fijación de límites máximos de duración de las mismas.

Hoy se propugna no sólo la desaparición de las penas perpetuas, sino también de las penas largas de privación de libertad que se estiman inhumanas, precisamente, por destructoras de la personalidad. En España, ya en 1975 los participantes en las III Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Santiago de Compostela incluyeron entre sus conclusiones que «debe establecerse legislativamente que ninguna pena privativa de libertad tendrá una duración superior a veinte años». Actualmente el tope máximo más frecuentemente invocado por nuestra doctrina es el de quince años (42).

Como es sabido, esta humanización de las penas largas de privación de libertad constituye todavía un *desideratum* en el sistema punitivo español, a pesar de los tibios intentos que en este sentido se contienen en los últimos textos prelegislativos elaborados. Concretamente, en el *Proyecto* de 1992 se situaba la duración máxima de estas penas en veinte años, aunque este límite ofrecía bastantes excepciones y —en algunos casos— podían llegar a tener una duración de treinta. Fórmula que se mantiene en el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994 (art. 77).

Con ello, parece haberse olvidado, en definitiva, que es la dignidad del individuo, «como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan a quienes las sufren. Aunque el Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre —también del delincuente—, que debe asegurarse en un *Estado para todos*» (43).

En cualquier caso, el artículo 15 de nuestra Constitución prohíbe las penas inhumanas o degradantes, la tortura y la pena de muerte (salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra). También el artículo 204 bis del Código penal, definidor del delito de tortura, responde al principio de humanidad.

La *Sentencia 65 del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 1986* estima que la calificación de una pena como inhumana o degradante «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades

(42) Vid. por ejemplo J. CEREZO MIR, *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, cit., p. 10.

(43) Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, tercera edición, Barcelona, 1990, p. 105.

que ésta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena».

Naturalmente, especial trascendencia entraña el respeto al principio de humanidad en el ámbito de la *ejecución* de las penas privativas de libertad, las más graves previstas en nuestro Derecho después de la abolición constitucional de la pena de muerte.

En este ámbito, proclama el artículo 25.2 de la Constitución que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados, que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, y que —en todo caso— tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Se insiste en el art. 3 de la *Ley Orgánica General Penitenciaria*, de 26 de septiembre de 1979, en que la actividad penitenciaria se ejecutará con respeto de los derechos e intereses de los internos no afectados por la condena.

Sin embargo, ha llegado a afirmarse —no sin razón— que cuando en este país se envía a alguien a la cárcel se le está condenando a *algo más* que a una pena privativa de libertad (44): lo precario de las instalaciones, el hacinamiento, la falta de personal especializado, la incidencia del Sida, la violencia generada por las mafias carcelarias, las dificultades de los internos para incorporarse a la actividad laboral, etc., convierten —con demasiada frecuencia— a las privativas de libertad en esas penas inhumanas o degradantes que proscriben el artículo 15 de nuestro Texto constitucional. Todo ello al margen, por supuesto, de que la privación de libertad cumplida en otras condiciones sirva, realmente, para reeducar y reinsertar socialmente a los internos y no, simplemente, para su «domesticación».

En esta línea, no faltan planteamientos rusticistas en la materia. Por algunos, se pretende que la verdadera reforma penitenciaria sería *suprimir* la pena de privación de libertad (45), ya que esta sanción ha agotado su papel histórico de sustitución de la pena de muerte y de las corporales. Su fracaso —se afirma— no se debe a la inhumana ejecución que de la misma se hace con demasiada frecuencia: la

(44) Cfr. G. LANDROVE DÍAZ, «La victimización del delincuente», en *Victimología*, San Sebastián, 1990, fundamentalmente pp. 155 y s.

(45) Cfr. J. A. SAINZ CANTERO, «La sustitución de la pena de privación de libertad», en *Estudios penales*, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p. 220.

nocividad reside en su propia naturaleza; por ello, no se trata ya de hacerla simplemente menos inhumana, sino de erradicarla de los sistemas punitivos. En definitiva, las críticas no se detienen ya en la denuncia de la inhumanidad de las penas excesivamente largas o en el carácter criminógeno de las cortas, que no favorecen la rehabilitación —y sí la corrupción— de quienes las padecen.

Hay que reconocer, sin embargo, que las prisiones no manifiestan el menor síntoma de desaparición en ninguna parte del mundo (46) y —por ello— las opciones más realistas apuntan la conveniencia de mantener la privación de libertad para los más graves delitos, esgrimirla como pena-choque para algunos supuestos de pequeña y mediana criminalidad y sustituirla en todos los demás supuestos. Como es sabido, los mecanismos de sustitución más frecuentes en la actualidad son —entre otros— el perdón judicial, la *probation*, la prohibición de ejercer determinadas actividades, el arresto de fin de semana, las penas pecuniarias bajo la fisonomía de días-multa o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Precisamente, el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994 pretende establecer para la pena de prisión un límite máximo de veinte años (con excepciones demasiado frecuentes) y otro mínimo de seis meses (art. 36.1). Con el límite mínimo se trata, al menos, de suprimir las penas cortas de privación de libertad. Además, se pretende introducir en nuestro sistema el arresto de fin de semana para cubrir la reacción ante delitos que merecen algo más que una multa, como se subrayaba en la Exposición de motivos del *Proyecto* de 1992, su precedente inmediato.

En el Texto prelegislativo de referencia está prevista la posibilidad de sustituir las penas de prisión que no excedan de un año —impuestas a reos no habituales— por multas o arrestos de fin de semana, aunque la ley no haya previsto estas penas para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su esfuerzo para reparar el daño causado, su conducta y la naturaleza del hecho; en estos casos, cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana y cada día de prisión por dos cuotas de multa (art. 89.1).

Constituyen una llamativa novedad respecto del *Proyecto* de 1992 las precisiones del artículo 89.2 del *Proyecto* de 1994: en los mismos términos previstos en el párrafo anterior, y previa conformidad del reo, los Jueces o Tribunales *podrán sustituir* las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad; en este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

(46) En este sentido, vid. N. MORRIS, *El futuro de las prisiones*, México, 1978, p. 32.

El trabajo en beneficio de la comunidad, que se ubica entre las penas privativas de derechos, tendrá una duración diaria que no podrá exceder de ocho horas. Las circunstancias de su ejecución —precisa el art. 49— «se establecerán reglamentariamente».

Como es notorio, la pretensión de adoptar el sistema de los días-multa ha sido bien acogida en nuestra doctrina, precisamente, por responder al principio de igualdad en el sacrificio y obviar la desigualdad generada por la técnica de la multa global. Lo mismo puede decirse, en líneas generales, respecto del trabajo en beneficio de la comunidad; si bien conviene tener presente para el futuro desarrollo reglamentario del mismo la excesiva burocratización que en este campo se ha producido en otros países y que ha provocado una cierta desconfianza en la institución.

Con relación al arresto de fin de semana se ha producido un cierto rechazo, sobre todo por las dificultades que entraña la puesta en práctica del mismo, si bien no deja de reconocerse que desde un punto de vista exclusivamente teórico parece una solución idónea para encontrar un razonable equilibrio entre las indeseadas penas cortas de privación de libertad de corte tradicional y las multas. Este arresto de fin de semana (o de tiempo libre) tendrá una extensión mínima de un fin de semana y máxima de venticuatro; la duración de cada uno será de treinta y seis horas (art. 37). Esencialmente, supone el internamiento del condenado en el establecimiento penitenciario, depósito municipal o centro policial más cercano a su domicilio durante un número de horas a la semana que coincida con su tiempo de ocio (por regla general, sábados y domingos) y por tantas semanas como se establezca en la sentencia.

Con profundo realismo, ya se ha advertido en nuestra doctrina que para reducir o evitar el empleo de la privación de libertad no basta con introducir nuevas instituciones en el Código. Es imprescindible que las reformas en este ámbito sean fruto de una seria reflexión, de modo que las pretendidas alternativas no se traduzcan en una mera ampliación del arsenal punitivo del Estado y sirvan, paradójicamente, para una relegitimación de la cárcel y de su realidad (47).

(47) Cfr. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992», en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 344.

