

# PRINCIPIOS PENALES EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

**Juan Antonio Martos Núñez**

Profesor Titular de la Universidad de Sevilla

## SUMARIO

1. El principio de intervención mínima. 2. El principio de legalidad. 3. El principio de la objetividad jurídica del delito. 4. El principio de la objetividad material del delito. 5. El principio del hecho. 6. El principio de seguridad jurídica. 7. El principio de la ponderación y exclusiva protección de bienes jurídicos. 8. El principio de culpabilidad. 9. El principio de proporcionalidad. 10. El principio preventivo. 11. El principio de Humanidad.

## LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

Los principios informadores del Derecho Penal son «aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, caracte-

---

*REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 1-1991*

rísticas, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho Penal». Constituyen, por tanto, los pilares sobre los que descansan las instituciones jurídicopenales: los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad, así como los criterios que inspiran las exigencias político-criminales.

Los principios informadores no sólo responden a exigencias dogmáticas de la Ciencia penal y el Derecho Judicial, sino que, además, expresan las exigencias y garantías de un *Estado Social y Democrático de Derecho* que, por imperativo del artículo primero de la Constitución española de 1978, ordena que de los poderes del Estado emane un *Derecho penal democrático*<sup>1</sup>.

Tales principios suministran al Derecho Penal democrático valores como 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*, que, según Álvarez Conde<sup>2</sup>, «legitiman el sistema», en cuanto tienen una proyección sobre todo el Ordenamiento Jurídico», ya que son fundamentos del orden político y de la paz social, según proclama el artículo 10.1 de la CE.

Sobre la naturaleza jurídica de los principios informadores del Derecho Penal, conviene precisar que no es uniforme, dada la compleja función que se les asigna en el Ordenamiento punitivo. Así, mientras que unos revelan la naturaleza del Derecho Penal (v. gr., el *principio de subsidiariedad*), otros, en cambio, imprimen carácter a este sector del Ordenamiento (por ejemplo, el *principio coactivo*).

Por otra parte, se observa que los referidos principios configuran el sistema penal en diversos estadios. Así, en el núcleo del sistema anidan los principios de *legalidad* y de *culpabilidad*, que constituyen las bases sobre las que se sustentan las teorías jurídico-penales del delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad. En la aplicación y ejecución de estas instituciones penales fundamentales destacan el principio básico de la *justicia penal* y el principio de *humanidad*.

Según la función que el Ordenamiento reserva a los principios informadores del Derecho Penal, éstos pueden clasificarse, a tenor de los criterios siguientes:

<sup>1</sup> Vid. *Comentarios a la Legislación penal*, Madrid, Edersa, 1983. Tomo II, «El Derecho Penal del Estado Democrático».

<sup>2</sup> ÁLVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1983, p. 39.

I. *Por la naturaleza del Derecho Penal.* Revelan el modo de ser de la Ciencia de los delitos y de las penas, que se perfila en el principio de intervención mínima y en el principio del bien jurídico.

II. *Por las características del Derecho Penal.* Se refieren a las peculiaridades diferenciadoras del Derecho Penal, respecto de los demás sectores del Ordenamiento Jurídico. Así tenemos: el principio normativo, el principio coactivo, el principio teleológico, el principio tutelar y su carácter de Derecho Público.

III. *En base a los fundamentos del Derecho Penal.* Destacan los principios siguientes: legalidad, concreción al hecho, seguridad jurídica, culpabilidad y necesidad de la pena.

IV. *Criterios de aplicación del Derecho Penal.* El Derecho penal democrático debe aplicarse con sujeción al principio fundamental de la justicia penal, que, a su vez, comprende las exigencias siguientes: igualdad ante la ley penal, dignidad de la persona humana y proporcionalidad en la aplicación de las penas, mediante un proceso penal dotado con las debidas garantías.

V. *Ejecución del Derecho Penal.* Las penas y las medidas de seguridad se ejecutarán legalmente conforme al principio del control judicial y a tenor de las exigencias del principio de Humanidad.

VI. Desde una perspectiva político-criminal, los fines esenciales de un Estado de Derecho requieren prestar especial atención a los principios jurídico-penales de prevención y retribución.

A mi juicio, los principios penales se dividen en dos grandes categorías: de una parte, aquellos que informan el espíritu de las normas penales (*principios de naturaleza penal sustantiva*); de otra, los que regulan las técnicas de aplicación de las normas jurídico-penales (*principios de naturaleza procesal adjetiva*).

## 1. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Significa que *el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el*

*mismo*. Representa no sólo un límite importante al *Ius puniendi*, sino que, además, sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición en el Ordenamiento Jurídico: la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos, o bien el último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada.

El principio de intervención mínima está integrado por tres postulados fundamentales: de una parte, el respeto al carácter *fragmentario* del Derecho Penal; de otra, su consideración como *última ratio*, y, por último, la naturaleza *accesoria* del Derecho Penal.

El Ordenamiento Jurídico-penal adolece de lagunas y es imperfecto; posee *carácter fragmentario*, como característica de un Estado de Derecho respetuoso con la libertad de los ciudadanos<sup>3</sup>. Esto es así porque en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, que propugna como el *primer valor superior de su Ordenamiento Jurídico: la libertad*, la fácil huida hacia el Derecho Penal, prefiriéndose el recurso a la pena o a la medida de seguridad antes que el examen de medios menos gravosos para los ciudadanos, conduciría, inexorablemente, a un Estado policial.

El carácter fragmentario del Derecho Penal tiene particular incidencia en la Teoría Jurídica del Delito y, más particularmente, a la hora de determinar si existe o no una *antijuricidad específicamente penal*. El concepto de antijuricidad debe ser limitado por el principio de intervención mínima, pues si la función del Derecho Penal es *proteger la esfera vital de los particulares y los intereses esenciales de la comunidad*, ni el fundamento de carácter *general* de lo antijurídico ni su contenido, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, permiten afirmar la existencia de una *antijuricidad específicamente penal*. Consecuentemente, a tenor del carácter fragmentario del Derecho Penal, *no todo ilícito se transforma, automáticamente, en injusto penal, si no es a través de un proceso de criminalización primaria, acreditativo de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente relevantes*.

Sin embargo, no toda lesión de un interés humano exige una reacción mediante el Derecho Penal, sino tan sólo aquella que, además, pre-

---

<sup>3</sup> Sobre el *carácter fragmentario* del Derecho Penal, véase, por todos, MAIWALD, «Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts», en *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972.

senta el carácter de socialmente dañosa<sup>4</sup>, es decir, que en sus efectos lesivos trasciende del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre. Por consiguiente, la legislación penal debe fundamentarse, como subraya Hassemer<sup>5</sup>, en el principio *in dubio pro libertate*, limitando la intervención punitiva «exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas, pues, mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos debe quedar libre de amenaza penal».

Por otra parte, el carácter fragmentario del Derecho Penal, consecuencia del principio de intervención mínima, conforme al cual el Derecho Penal sólo debe intervenir en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos de particular relevancia, configura la función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho, en el sentido de que no cabe acudir a instrumentos aflictivos cuando éstos no son socialmente imprescindibles ni necesarios. De ahí que el carácter fragmentario constituya, hoy, un postulado del Derecho Penal que revela el cambio de una concepción *retribucionista* a otra, basada en una estricta necesidad de la *prevención*, fundamentada, políticamente, en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, a cuyo tenor:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestro texto constitucional reconoce y garantiza a todos los españoles reclaman no sólo que el Derecho Penal sea lo menos extenso posible, sino, como advierte Rodríguez Ramos<sup>6</sup>, «mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo o estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y prohibiciones penales». Por consiguiente, la intervención penal sólo está justificada cuando así lo reclame la peculiar estructura normativa del

<sup>4</sup> A propósito de la teoría de la *dañosidad social*, confróntese, por todos, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlagen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Sozialchädlichkeit des Verbrechen*, Frankfurt am Main, 1972.

<sup>5</sup> HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 1984, p. 39.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*. Madrid, Editorial Trivium, S.A., 1984, p. 33.

Estado Social y Democrático de Derecho, basado en el *principio de la necesidad de la intervención*, bien entendida esta última no como la consecuencia lógica de un derecho subjetivo del Estado a castigar, *per se*, sino como la *asunción de una potestad legitimada democráticamente*. El Derecho Penal, por tanto, ha de concebirse como *última ratio*, esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales o informales, pues, como afirma Bustos Ramírez<sup>7</sup>, «la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que «sólo se le considere en última instancia».

En efecto, por la dureza de sus recursos, que implican la privación o restricción de bienes fundamentales para el individuo y la comunidad, el Derecho Penal debe representar, como señala Muñoz Conde<sup>8</sup>, la *última ratio legis* y entrar sólo en liza cuando resulte indispensable para el mantenimiento del orden jurídico violado, de tal suerte que, cuando el legislador no respeta esta exigencia ética y antes de aplicar otros medios jurídicos civiles, administrativos, fiscales, etc., menos gravosos, recurre ya a la sanción penal, criminalizando más hechos de los que se debían de castigar, entonces se crea, como ha destacado Rodríguez Mourullo<sup>9</sup>, una recusable hipertrofia del Derecho Penal, y que utilizaba abusivamente con fines políticos, desencadena el denominado «terror penal».

Consecuentemente, que el Derecho Penal es la *última ratio* significa, en opinión de Sainz Cantero<sup>10</sup>, que «sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico». Sobre la base de la unidad del Ordenamiento jurídico, la función social del Derecho consiste en proteger, eficazmente, las bases de la convivencia social, mediante la tutela de los bienes jurídicos, utilizando los instrumentos legales de reacción específicos de cada una de las ramas que integran el Ordenamiento. Para ello, el legislador, ante todo, debe remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación *efectiva* de todos los ciudadanos en la vida políti-

<sup>7</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español*. Parte General, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 1984, p. 49.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1975, p. 71.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*. Parte General, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1977, p. 20.

<sup>10</sup> SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, 3.<sup>a</sup> edición. Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1990, p. 37.

ca, económica, social y cultural, conforme exige el artículo 9.2 de la Constitución española.

Después, si esa política social se muestra insuficiente, hay que acudir a la amenaza e imposición, en su caso, de las sanciones civiles o administrativas pertinentes. En última instancia, sólo cuando los anteriores medios han fracasado en su función de tutela, será necesario emplear la mayor severidad de los instrumentos radicales propios del Derecho Penal: las penas y las medidas de seguridad.

Por otra parte, téngase en cuenta que, como subraya Muñoz Conde<sup>11</sup>, «el Derecho Penal es parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que de un modo u otro es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses», diferenciándose este sector del Ordenamiento de otros mecanismos de control social, de una parte, por la «formalización» del control, liberándolo de la espontaneidad, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social; y, de otra, porque el control social jurídico penal tiene carácter normativo, es decir, se realiza por medio de un conjunto de normas elaboradas con tal fin.

La teoría del control social aplicada al Derecho Penal ofrece dos vertientes claramente diferenciadas: la dimensión jurídica y la perspectiva sociológica.

Desde un punto de vista jurídico la *criminalidad* es también el resultado de un proceso social de selección, en tanto que el Derecho Penal produce el delito contra el cual él mismo se dirige; de ahí que su función no sea eliminar de la órbita terrestre la criminalidad *en sí*, sino, como señala Stratenwerth<sup>12</sup>, «la de establecer un mayor grado de justicia a través de un múltiple proceso social de selección de comportamientos que se desvalorizan como criminales y que se sancionan realmente en un número limitado de casos». Por consiguiente, *el Derecho Penal tiene un fundamento ético-filosófico, a tenor del cual tutela un «minimum ético» que posibilita la convivencia pacífica y asegura el respeto de los valores socialmente dominantes.*

Por otro lado, la «*tesis sociológica del control social*» sostiene que el Derecho es un instrumento de poder social que, a través del equilibrio

---

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 17.

<sup>12</sup> STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2.ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, tomo I, «El hecho punible», p. 9.

de intereses contradictorios, debe conseguir y fomentar la solidaridad de la comunidad. En este sentido, las funciones principales del Derecho son las siguientes:

- a) La resolución de conflictos (función de reacción).
- b) La orientación del comportamiento (función de orden).
- c) La legitimación y la organización del poder social (función constitucional).
- d) La configuración de las condiciones vitales (función de planificación).
- e) La Administración de Justicia (función de supervisión).

Por todo ello, podemos afirmar que *el Derecho Penal como instrumento de control social es la última instancia que tiene el poder social, democráticamente legitimado, para dirimir los conflictos que entrañen grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos universales y fundamentales para el individuo y la comunidad, una vez superadas las funciones de orden, planificación y supervisión del hecho punible.*

Finalmente, el carácter fragmentario del Derecho Penal y su consideración como *última ratio* no prejuzgan, en cambio, su naturaleza autónoma respecto de los demás sectores del Ordenamiento Jurídico. En efecto, ello es así porque el delito, antes que la infracción de una norma o de un deber jurídico de desobediencia al Estado, es *lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad.*

La esencia del delito estriba, por tanto, en la lesión o puesta en peligro de bienes sociales garantizados por normas jurídico-penales que no sólo prohíben u ordenan la realización de determinadas conductas, sino que, además, *valoran* objetivamente la adecuación o no de éstas a las exigencias de tutela sobre aquellos bienes sociales. No existen, pues, dos Ordenamientos jurídicos distintos: uno *permisivo*, creador de derechos y relaciones jurídicas, y otro *prohibitivo*, sancionador de los ataques que puedan sufrir los bienes jurídicos reconocidos por el primero y tutelados por el Derecho Penal. Antes, al contrario, los presupuestos de la facultad punitiva del Estado se configuran autónomamente, merced al proceso de *tipificación penal*, en cuya virtud esta rama del Ordenamien-

to *valora*, de acuerdo con las necesidades reales de tutela que demanda la sociedad y, en última instancia, *fragmentos de antijuricidad penalmente relevantes*<sup>13</sup>.

Por consiguiente, cabe afirmar *el carácter autónomo y constitutivo, que no independiente, del Derecho Penal para fijar sus presupuestos y las consecuencias jurídicas asignadas a los mismos, respecto de los demás sectores del Ordenamiento*. Esta autonomía del Derecho Penal, limitada por la unidad del Ordenamiento Jurídico, coexiste con la potestad sancionadora de la Administración, que, sin embargo, no puede reputarse *independiente* de los principios y garantías que informan el ejercicio del *ius puniendi*, puesto que ambas potestades, tanto la correctiva como la penal, actúan sobre el *orden social general*, pero a través de diferentes instrumentos: el *ilícito penal*, cuya realización determina la imposición de la pena criminal, y la *infracción administrativa*, que genera la correspondiente sanción de esta naturaleza.

En suma, el Derecho Penal ha de intervenir *mínimamente* sobre la Sociedad. Por el contrario, la intervención penal será *máxima y urgente* cuando la gravedad del ataque a los bienes jurídicos tutelados sea tal que ponga en grave y manifiesto peligro los cimientos de toda sociedad democrática que aspire a la consagración del Estado de Derecho. Ello ocurre especialmente con aquellos delitos de enorme coste social y humano, como son los crímenes terroristas, que junto a los delitos contra la salud pública (en particular, el tráfico de drogas y los fraudes alimentarios), así como los atentados contra el medio ambiente, el fraude fiscal, etc., constituyen los obstáculos más graves que la doctrina y la praxis penal encuentran para una definitiva consagración del Ordenamiento Jurídico.

---

<sup>13</sup> Consúltese, más ampliamente, MARTOS NÚÑEZ, «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP*, 1987, pp. 99 y ss. Sobre la fundamentación teórica y las consecuencias del referido principio, véase, por todos, MORILLAS CUEVA, «Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1983, pp. 61 y ss.

## 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad o de reserva de ley significa que *la única fuente creadora de delitos, penas, medidas de seguridad y causas de agravación es la Ley orgánica*.

Las consecuencias jurídicas del principio de legalidad, en el Estado de Derecho, se concretan en un sistema de *garantías criminal, penal, judicial y de ejecución de las normas jurídico-penales*.

Conforme a la garantía criminal, «*no hay delito sin ley*»: *nullum crimen sine lege*. En su virtud, son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la *ley*, según proclama el párrafo primero del artículo 1 del CP. La Constitución española garantiza el principio de legalidad y la jerarquía normativa (art. 9.3). Asimismo, «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la *legislación vigente* en aquel momento (art. 25.1 de la CE). En desarrollo de este precepto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 de la CE exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse por norma de igual rango (STC de 30 de marzo de 1981). En materia penal, el principio rector y las garantías de los ciudadanos es el de la legalidad (*nullum crime sine lege*) que consagra el artículo 25 de la CE, en desarrollo riguroso del artículo 9. El hecho de que la ley sea la única fuente en materia de Derecho Penal excluye la vinculación del juez a otras fuentes, según ha proclamado la STC de 9 de julio de 1984.

En consecuencia, el principio de legalidad exige, al menos: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), lo que significa un rechazo de la analogía, como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite de la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador, conforme declara la STC de 21 de julio de 1987. Por tanto, el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de normas, sobre todo cuando se

trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprendan con la máxima claridad posible, cual es la conducta prohibida o la acción ordenada, como establece la STC de 12 de diciembre de 1986.

Sin embargo, en el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que *no se halle penado por la ley*, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal, según prescribe el párrafo primero del artículo 2 del CP, a fin de armonizar el principio *nullum crimen sine lege* con la exigencia de sancionar aquellas conductas que la sociedad considera como punibles.

Según la garantía penal, «*no hay pena sin ley*»: *nulla poena sine lege*. En consecuencia, no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por *ley anterior a su perpetración*, conforme establece el artículo 23 del CP. La garantía penal comprende la predeterminación de la pena y su irretroactividad. La prohibición de imponer pena distinta a la prevista por el delito o la falta es aplicable tanto a las penas principales como a las accesorias. Además, el artículo 23 consagra el principio de irretroactividad de las penas, de carácter terminante en el Código Penal, con la excepción humanística en beneficio del reo prevista en el artículo siguiente.

El *Ius puniendi* correspondiente al Estado, como atribución de su poder, determina que en su desarrollo por la autolimitación que en pro de las indispensables garantías jurídicas hacia las personas establecen los artículos 1, 2, 23 y 49 del CP, consagradores del dogmatismo penal, en los principios de legalidad, tipicidad y punición, las penas se fijen por el legislador abstractamente en cada tipo penal —*nulla poena sine lege*— precisando su clase y cuantía mínima y máxima en dosimetría más o menos amplia, según proclama de forma reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (v. gr., S. de 27 de marzo de 1972, A. 1364). La garantía penal se refuerza con el párrafo segundo del artículo 1 del CP y se complementa con el artículo 24 de dicho texto legal y el principio de irretroactividad general de las leyes penales, *reconocido* por la Constitución española en el artículo 9.3.

La Constitución garantiza..., la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Pero es que, además, el artículo 181 del CP tipifica y sanciona las conductas que atentan conetra el principio *nulla poena sine lege*<sup>14</sup>. Ciertamente, establecer una penalidad distinta a la prescrita por las leyes significa, como apunta Rodríguez Devesa<sup>15</sup>, «*conculcar* la garantía penal, porque no puede tener realidad de auténtica ley una disposición del ejecutivo, v. gr., una orden ministerial».

A tenor de la garantía judicial, «no hay pena sin juicio legal»: *nulla poena sine legali iudicio*. En consecuencia, no podrá ejecutarse pena alguna sino, como señala el artículo 80 del CP, en virtud de *sentencia firme*. En el Estado de Derecho la pena, es decir, la privación o restricción de bienes jurídicos de los ciudadanos, no puede imponerse si no es con absoluto respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión<sup>16</sup>. Concretamente, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos los ciudadanos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, según proclama el artículo 24.2 de la CE.

Por consiguiente, no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente (art. 1 de la LECrim.). Dicho precepto, que regula el «*principio de legalidad procesal*», fundamento de la legalidad penal, comprende, según ha declarado la STC de 23 de mayo de 1987, de una parte, la imposibilidad de incriminar hechos no penados por la ley y, de otra, la necesidad de ejecutar la sentencia aunque resulte excesiva, si bien en este último caso el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando

<sup>14</sup> Dicho precepto aplica, según los casos, las penas señaladas en los tres artículos anteriores, a las autoridades y funcionarios civiles y militares que «establecieren una penalidad distinta de la prescrita por la Ley para cualquier género de delitos y los que la aplicaren».

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*. Parte Especial. Decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 1990, p. 713.

<sup>16</sup> *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, «El derecho a la tutela jurisdiccional», Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1984.

de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito, a tenor de lo que establece el párrafo segundo del artículo 2 del CP.

Por *sentencia firme* hay que entender aquellas contra las que no queda recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley, según dispone el artículo 245.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La garantía judicial se basa en el artículo 5.1 de la referida LOPJ, en cuya virtud:

La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

En efecto, la Constitución es la norma suprema de todo el Ordenamiento jurídico; en primer lugar, porque configura el sistema de fuentes formales y, por tanto, una ley será válida o un Reglamento vinculante cuando se dicte de conformidad con la Ley Fundamental. En segundo lugar, porque al definir un sistema normativo completo, tiene vocación de permanencia, a diferencia de las leyes ordinarias, limitadas al cumplimiento de objetivos concretos. Mas, dado que la función jurisdiccional se legitima en el sometimiento a la ley, se particulariza la vinculación de los Jueces y Tribunales a la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional, con respecto al principio de jerarquía normativa y a los derechos y libertades fundamentales que la *Ley de leyes* consagra.

Por último, la garantía penitenciaria impide modificar las circunstancias de ejecución de la pena. En su virtud, tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto, según dispone el artículo 81 del CP, que establece *la legalidad de la ejecución de la pena*, prohibiendo su cumplimiento fuera del ámbito de aplicación de la norma: Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 8 de mayo de 1981.

Por consiguiente, la actividad penitenciaria (que según el artículo 1 de la LOGP, tiene como *fin primordial* la reeducación y la reinserción

social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados y una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados), se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales, conforme establece el artículo 2 de la citada Ley.

Consecuentemente, los actos que quebranten estos límites serán declarados nulos, y sus autores incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente (art. 2.2 del Reglamento Penitenciario). En todo caso, la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena..., según prescribe el artículo 3, párrafo primero, de la mencionada LOGP.

El *fundamento del principio de legalidad*, según la doctrina dominante<sup>17</sup>, es doble: político y jurídico. En efecto, el origen y predominante sentido del principio de legalidad fueron, como subraya Rodríguez Mourullo<sup>18</sup>, fundamentalmente políticos, en tanto a través de la certeza jurídica propia del Estado de Derecho se trató de conseguir la seguridad política de los ciudadanos. Esta clara significación política del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* explica que se le conciba no sólo como un aforismo de exclusivo sentido jurídico-penal, sino también como un postulado de rango constitucional.

En el pensamiento clásico, el legislador ha de prevenir con amenazas la aparición de los crímenes y castigarlos una vez se haya cometido<sup>19</sup>. La ley es la garantía de la concordia y la justicia es la única razón del Estado, que se define categóricamente como una institución garantizadora de la justicia por el derecho y no por la violencia. Sin embargo, la justicia no puede existir sin la libertad<sup>20</sup>, principio fundamental de la

<sup>17</sup> Confróntese, por todos, ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 9 y ss.; del mismo autor: «Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal», *CPC*, núm. 17, 1982, pp. 385 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1975, pp. 79 y ss., y RODRÍGUEZ MOURULLO, «Principio de Legalidad», *NEJ*, tomo XIV, 1971, pp. 882 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. p. 886. Consultéase, además, LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho*. Trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Buenos Aires, 1953.

<sup>19</sup> Vid. PLATÓN, *Las leyes, o de la legislación*, Libro Noveno, en *Obras Completas*, segunda edición, Madrid, Editorial Aguilar, S. A., 1972. Traducción del griego, preámbulos y notas por Araujo, García, Gil, Míguez, Rico, Rodríguez y Samaranch, p. 1.431.

<sup>20</sup> Vid. CICERÓN, *La República*. Introducción, traducción y notas de Rafael Pérez Delegado, Madrid, Editorial Aguilar, S. A., 1979, pp. 3 y ss.

forma democrática de constitución, bajo la cual los hombres gozan de libertad, que es la meta de toda democracia. En ella, la decisión soberana de la mayoría debe ser conclusiva y debe constituir norma de justicia<sup>21</sup>.

Sin embargo, es en el siglo XVIII cuando, merced al liberalismo, el principio de legalidad adquiere validez universal<sup>22</sup>, gracias al pensamiento de Montesquieu<sup>23</sup> sobre la división de poderes. El Estado liberal y democrático liberal configura la libertad política como un resultado de la organización del Gobierno, de acuerdo con el principio de la división de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, de modo que uno no absorba las funciones de los otros. El *espíritu general de la nación* se ha de manifestar siempre; de ahí que no haya forma de gobierno «política» que no sea, en cierto modo, popular. De esa voluntad general surgen las leyes, que, según Rousseau<sup>24</sup>, no son más que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser su autor; no corresponde regular las condiciones de la sociedad, sino a los que se asocian, porque, según el pacto fundamental, no hay más que la voluntad general que obligue a los particulares, y no se puede jamás asegurar que una voluntad particular está conforme con la voluntad general sino después de haberla sometido a los sufragios libres del pueblo.

En suma, el principio de legalidad responde a las exigencias básicas e indispensables del Estado de Derecho; a saber:

- a) Imperio de la ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la actuación administrativa bajo control judicial.

<sup>21</sup> Vid. ARISTÓTELES, *Política*, Libro VI, Capítulo I. Traducción del griego, estudio preliminar, preámbulos y notas por Francisco de P. Samaranch, 2.ª edición, Madrid, Editorial Aguilar, S. A., 1973, pp. 1.526 y s.

<sup>22</sup> Así, v. gr., en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, el artículo 8 proclama: «*Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*» («Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada»).

<sup>23</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1972, pp. 51 y ss.

<sup>24</sup> ROUSSEAU, *Contrato social*, traducción por Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S. A., 1969, pp. 51 y 55.

- d) Garantía jurídico-formal y efectiva realización material de los derechos y libertades fundamentales<sup>25</sup>.

Por consiguiente, a partir del siglo XVIII, el principio de legalidad, formulado por Feuerbach<sup>26</sup> con la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, fue reconocido legislativa y doctrinalmente como principio rector del Derecho penal liberal, para garantizar un «Derecho seguro contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos». Denunciados por Savigny<sup>27</sup>. Se trata, pues, de que, en el establecimiento de los delitos y de las penas, que limitan el ejercicio de los derechos y las libertades de los ciudadanos, el príncipe, el monarca absoluto o el tirano, jamás sustraigan la voluntad popular, cuya expresión se ha manifestado, en el Ordenamiento Jurídico español, por la *consolidación de un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Vid. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 6.ª edición, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, pp. 29 y ss. Sobre la influencia de estas características en el principio de intervención legalizada, véase, por todos, MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

<sup>26</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, párrafos 19 y 20, reimpresión de la 14.ª ed. de 1847, 1973. El Derecho, subraya el citado autor, ha nacido en todas partes (y esto es totalmente indiscutible) del espíritu del pueblo, pero tan pronto como ha llegado a cierta edad y ha alcanzado ciertas fuerzas, revierte a los jurisperitos y queda bajo el cuidado exclusivo de la ciencia libre, como un hijo adoptivo, del mismo modo que al Derecho romano no le llevó a su perfección la legislación, sino los jurisperitos (*Einige Worte über historische Rechtsgelahrtheit und einheimische deutsche Gesetzgebung*, Bamberg y Leipzig, 1816).

<sup>27</sup> SAVIGNY, «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» (1814), en Thibaut y Savigny, *La Codificación*. Traducción del alemán de José Díaz García, Madrid, Editorial Aguilar, S. A., 1970, p. 168.

<sup>28</sup> En el sentido del texto, confróntese LARDIZÁBAL, «Discurso sobre las penas», 1782. Estudio preliminar de José Antón Oneca, separata de *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1967, núm. 174, p. 72. Véanse, además, las Constituciones españolas de 1812 (art. 287), 1837 (arts. 7 y 9), 1869 (arts. 2 y 4) y 1931 (art. 28), así como los Códigos penales de 1822 (arts. 1, 2 y 3); 1848-1850 (arts. 1, 2 y 19), 1870 (arts. 1 y 22), 1928 (arts. 1 y 2) y 1932 (arts. 1 y 22). En la Legislación Penal Internacional, el principio de legalidad ha sido proclamado en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, de 10 de diciembre de 1948. En su virtud, «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (art. 11.2)». Frente a la posición científica aquí mantenida, consúltese, entre otros, MAQUIAVELO, *El Príncipe* (comentado por Napoleón Bonaparte), 13.ª edición, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S. A., 1973; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta* (Siglos XVI-XVIII), Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1969, y SCHMITZ, *La Dictadura*. Traducción del alemán por José Díaz García, Madrid, Revista de Occidente, S. A., 1968.

Por otra parte, desde un punto de vista jurídico, el principio de legalidad, según Feuerbach<sup>29</sup>, es una consecuencia inmediata de la teoría de la pena, configurada como «coacción psicológica» sobre los ciudadanos, para apartarlos de la comisión de hechos delictivos. Ciertamente, para ello es necesario que la ley describa, previamente, las conductas prohibidas o, en su caso, exigidas y las consecuencias jurídico-penales que su realización u omisión entraña. Si, además, la punibilidad del hecho no está determinada por la ley antes de su comisión, tampoco puede producirse efecto intimidatorio alguno, porque, como señalaba Roxin<sup>30</sup>, «nadie puede saber si su conducta está o no castigada».

La teoría de Feuerbach, pionera en la Ciencia del Derecho Penal, del siglo XIX, puso de relieve la *función de motivación de la norma penal*. En efecto, mediante la tipificación de las conductas prohibidas en la Legislación penal y, por ende, la amenaza de sancionarlas con una pena si se realizan, se aparta al delincuente potencial de la comisión del hecho punible. Así, la función político-criminal del tipo es doble, a juicio de Muñoz Conde<sup>31</sup>: la *función de garantía* por la que se plasma legislativamente la exigencia del *nullum crimen sine lege*, y la *función de motivación*, por la que se intenta, al prohibir una conducta, apartar a la generalidad de la comisión de delitos.

Asimismo, el principio de legalidad influye en la culpabilidad del sujeto, ya que una persona es «culpable» cuando, según Roxin<sup>32</sup>, «conocía o por lo menos, con una lectura del Código Penal, podía conocer la prohibición jurídico-penal». Por el contrario, cuando, previamente a la comisión del hecho, no está escrito lo que posteriormente es objeto de prohibición, no se puede formular un juicio de reproche al agente por su comportamiento, puesto que éste ni siquiera podría saber si su acción estaba o no prohibida.

Las consecuencias prácticas del funcionamiento político y jurídico del principio de legalidad son las siguientes:

<sup>29</sup> Cfr. p. 41.

<sup>30</sup> ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Traducción, Introducción y Notas de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, p. 104.

<sup>31</sup> MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Política Criminal y Sistema del Derecho Penal de Roxin*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1972, p. 11.

<sup>32</sup> ROXIN, *Iniciación.... op. cit.*, p. 105.

- a) Prohibición de la analogía para fundamentar la responsabilidad penal.
- b) Prohibición de basar la punibilidad de un comportamiento humano en normas jurídicas diferentes a la ley.
- c) Prohibición de retroactividad de la Ley penal como criterio fundamental.
- d) El mandato de certeza, en cuya virtud se prohíbe dictar leyes penales de contenido indeterminado<sup>33</sup>.

Por consiguiente, en el Estado de Derecho, el principio *nulla poena sine lege* debe transformarse, como subraya Maurach<sup>34</sup>, en el de *nulla poena sine lege SCRIPTA et STRICTA*. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado (entre, otras, la Sentencia de 6 de marzo de 1976, A. 1016) que el «principio de legalidad otorga seguridad jurídica, a medio del imperio de la Ley, única Fuente del Derecho Penal, que evita la arbitrariedad estatal e incluso judicial, y que supone, en definitiva, la defensa de los derechos humanos, a medio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*; principio importantísimo, por ser regla de oro fundamental que impone, de un lado, negativamente, la imposibilidad de estimar delito y de sancionar con una pena, las conductas humanas, que no se hallen normativamente tipificadas, y, de otro, positivamente, la obligación al Juez criminal, de estimar infracción criminal y punir, los comportamientos que coincidan con los delitos, y sean culpables y antijurídicos, por poseer desvalor en su acción, en el resultado, y por resultar reprochables».

Por su parte, la STS de 7 de diciembre de 1984 ha proclamado que la Constitución española en su artículo 25.1 recoge el principio de legalidad penal, al determinar que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones, que en el momento de producirse, no constituyan delito, o falta o infracción administrativa», según la legislación vigente en aquel momento, que a su vez está basado en el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio de legalidad que se cumple a través de la tipificación de las conductas en el articulado del Código, sin que la fijación de la pena concreta en cada caso pueda significar la vio-

<sup>33</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio...*, *op. cit.*, pp. 887 y ss., y ROXIN, *Iniciación...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

<sup>34</sup> MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, tomo I, p. 113.

lación de la legalidad, puesto que el crimen y la pena vienen fijados previamente, y únicamente su extensión es la que queda al arbitrio del Tribunal, de conformidad con los condicionamientos que el mismo precepto fija».

Finalmente, interesa destacar el *principio de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación penal, penitenciaria y procesal* (sin perjuicio de las necesarias especialidades que, en el orden procesal, se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas), consagrado en el artículo 149.6.<sup>9</sup> de la CE y reconocido también por la doctrina científica. En efecto, Bettiol<sup>35</sup> afirma que cuando se habla de Ley como fuente de la materia penal, se debe tratar de «ley del Estado», porque es sólo el Estado en el ejercicio de su poder soberano quien puede indicar lo que es penalmente ilícito y en consecuencia limitar la esfera de la libertad del individuo, por tanto ni siquiera lo puede otro organismo político, como son las regiones que existen y operan democráticamente en el marco del poder estatal». En efecto, gracias al reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, las Comunidades Autónomas asumen competencias en las materias señaladas en el artículo 148 de la CE. Sin embargo, la legislación penal, penitenciaria y procesal penal es una competencia exclusiva del Estado de Derecho que se ejerce mediante la elaboración de Leyes Orgánicas. Así, en materia penal destacamos la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal y la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal. En el ámbito penitenciario, la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y, finalmente, en materia de Derecho Procesal Penal, la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal.

Este movimiento legislativo tiende a la consagración del *principio de reserva de Ley Orgánica en materia penal*. Dicho principio comprende la específica materia de la definición de delitos y el establecimiento de penas, pues, como subraya Arroyo Zapatero<sup>36</sup>, en toda limitación de un derecho cabe apreciar un «desarrollo» jurídico del mismo, y

<sup>35</sup> BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1977, p. 96.

<sup>36</sup> ARROYO ZAPATERO, «Control constitucional del Derecho de la Justicia Penal». *CPC*. núm. 17, 1982, p. 392.

no existe en nuestro ordenamiento un límite más severo a la libertad personal —el más fundamental de los derechos— que la privación de la libertad y la prohibición de realizar determinadas conductas al configurarlas como delito. Por todo ello, el referido autor concluye afirmando que «la definición de delitos y el establecimiento de penas, la materia penal, es objeto de reserva de ley orgánica del artículo 81 de la CE»<sup>37</sup>. En este sentido se orienta, mayoritariamente, la ciencia penal española. Así, Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>38</sup> opinan que las leyes penales, en tanto impliquen la privación o restricción de algún derecho fundamental se hallan sujetas a la *reserva sustancial y absoluta de Ley orgánica* establecida en el artículo 81.1 de la Constitución española de 1978. El análisis de los presupuestos y consecuencias jurídicas de las normas que establecen delitos y los conminan con penas graves pone de manifiesto que, en todo caso, cercenan o limitan derechos fundamentales (libertad de expresión, libertad de asociación o reunión, intimidad, honor, etc.). De ahí que los citados autores afirmen que, en efecto, *todas las normas penales han de revestir la forma de Ley Orgánica*. Del mismo modo, Rodríguez Ramos<sup>39</sup> considera que la ley penal es inevitablemente y, en cualquier caso, una modalidad de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. En primer término, porque toda pena o medida de seguridad, salvo excepciones, significa privación o limitación de derechos o libertades tales como la libertad (art. 17 CE), elección de libre residencia y circulación (art. 19 CE), etc., y, en segundo lugar, porque la criminalización y descriminalización de conductas también inciden necesariamente en el ámbito de todos esos derechos y libertades, marcando límites.

A mi modo de ver, la reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica en materia penal nace, de una parte, del *principio de jerarquía normativa* que consagra el artículo 9.3 de la CE, a cuyo tenor sólo las Leyes Orgánicas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, consagrados en la Sección 1.ª del Capítulo II, Título I, artículos 15 a 29 de la Constitución, pueden limitar el ejercicio de estos derechos y libertades, que se tutelan ante los tribunales ordinarios y

<sup>37</sup> *Ídem*, «Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, p. 30.

<sup>38</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*. Parte General, 3.ª edición, corregida y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanc, 1990, p. 63.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, «Reserva de Ley Orgánica para las normas penales», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, Edersa, 1982, Tomo I, «Derecho Penal y Constitución», pp. 303 y s.

por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad<sup>40</sup>, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, según dispone el artículo 53.2 de la CE.

Por otro lado, el *principio de dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad exige que los instrumentos radicales del control social, la pena y la medida de seguridad se declaren, en el Estado de Derecho, por la mayoría absoluta del Congreso, representante de la voluntad soberana del pueblo español y, con el Senado, titular de la potestad legislativa del Estado, conforme establece el artículo 66 de la CE. Así se establece la *libertad*, primer valor superior del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho, y se realiza la *justicia* y la *igualdad*, frente a los ataques más graves e intolerables contra el orden político y la paz social que generan las infracciones criminales.

Por consiguiente, las consecuencias jurídicas del *principio de reserva de Ley Orgánica en materia penal*, según la doctrina dominante<sup>41</sup>, son las siguientes:

- a) En virtud de lo establecido en el artículo 81.1 de la CE, norma especial respecto de la prevista en el artículo 53.1, las *leyes ordinarias* no son fuentes del Derecho Penal.
- b) Asimismo, tampoco se reputan fuentes del Derecho Penal los *Decretos legislativos*, ya que el artículo 82.1 de la CE excluye del ámbito de la delegación al Gobierno, las materias reservadas a la Ley Orgánica.
- c) Tampoco los *Decretos-Leyes* podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la CE, según prescribe el artículo 86.1 de la Ley Fundamental.
- d) Por lo que se refiere a los *Tratados Internacionales*, para que el Estado español pueda prestar el consentimiento para obligarse por medio de Tratados o Convenios que afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, se requiere la previa autorización de las Cortes Generales, a tenor de lo que dispone el artículo 94.1 c) de la CE.

<sup>40</sup> Confróntese el artículo 5 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona.

<sup>41</sup> Véase ARROYO, *Principio...*, op. cit., pp. 36 y ss., y RODRÍGUEZ RAMOS, *Reserva...*, op. cit., p. 305.

- e) Conforme a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (arts. 34 y 35), los «Bandos Militares» emitidos durante el estado de sitio no son fuente del Derecho Penal.

### 3. EL PRINCIPIO DE LA OBJETIVIDAD JURÍDICA DEL DELITO

*Significa que la infracción criminal lesiona o pone en peligro, básicamente, un bien social tutelado por una norma penal; es decir, un bien jurídico.* En su virtud, todo delito goza de su propia individualidad jurídica porque ataca, generalmente, un específico bien jurídico protegido. Por tanto, en el Código Penal vigente, el delito es una variable dependiente del interés digno, necesitado y capaz de protección jurídico-penal.

En cambio, a tenor del *principio de la subjetividad del delito*, vigente en las concepciones políticas totalitarias, la esencia del crimen radica en un acto de desobediencia, rebeldía e infidelidad del ciudadano respecto al Estado. En consecuencia, el delito viola el deber de fidelidad y obediencia del ciudadano frente a las exigencias político-sociales del Estado. Sin embargo, esta concepción olvida que el fundamento de la norma jurídico-penal es garantizar las condiciones relativas a la existencia, conservación y progreso de la vida social. La infracción criminal perturba el normal desarrollo de tales condiciones indispensables para una convivencia pacífica y democrática.

De ahí que el delito, antes que la vulneración de una norma o de un deber, es, como apunta Bettioli<sup>42</sup>, *lesión efectiva o potencial de un bien jurídico*. Fue Rocco quien concibió el delito como agresión y, por tanto, lesión efectiva o potencial de un bien de la vida social tutelado por una norma penal. En el Código Penal vigente, el delito se constituye en base al concepto de bien jurídico, el cual cumple en el Ordenamiento jurídico-penal, según Mezger<sup>43</sup>, dos funciones principales: de un lado, deli-

---

<sup>42</sup> Cfr. pp. 105 y s.

<sup>43</sup> MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, Tomo I, pp. 329 y 334.

mita el contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica, que es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y, de otro, el bien jurídico del tipo concreto es la línea directriz determinante en la interpretación de dicho tipo.

Por consiguiente, el bien jurídico es el *criterio rector* de elección, sistematización e interpretación de las normas jurídico-penales. En efecto, la creación de un delito o su descriminalización tienden a la tutela o a su exclusión del ámbito penal, respectivamente. La sistematización permite el agrupamiento de ciertos delitos en torno a su sustancialidad jurídica conculcada: v. gr., el homicidio, el parricidio, el asesinato, etc., respecto de la protección penal de la *vida humana independiente*. Sobre la interpretación, es necesaria una estimación *teleológica* de las normas jurídico-penales garantizadoras del bien jurídico, a la luz de la Constitución española de 1978, a la que están sujetas «los ciudadanos, los poderes públicos y el resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 CE).

Consecuentemente, de acuerdo con las exigencias del *principio de intervención mínima*, el legislador sólo debe utilizar el Derecho Penal, afirma Muñoz Conde<sup>44</sup>, «para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipificar aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos».

Por consiguiente, merecen tutela penal y gozan de amparo constitucional los bienes jurídicos siguientes:

- Los valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE).
- La soberanía nacional (art. 1.2 CE).
- La Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE).
- El pluralismo sindical y empresarial (art. 7 CE).
- Las Fuerzas Armadas, que garantizan la soberanía e independencia de España, defienden su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8 CE).

---

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 1989, p. 56.

- 
- El auxilio jurisdiccional mediante la extradición y el derecho de asilo (arts. 13, 3 y 4, CE).
  - La igualdad de los españoles ante la ley penal (art. 14 CE).
  - Los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 15 a 38 CE).
  - Los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 CE).
  - La Corona (arts. 56 a 65 CE).
  - Las Cortes Generales (arts. 66 a 80 CE).
  - El Gobierno de la Nación (arts. 97 a 102 CE).
  - El Poder Judicial (arts. 117 a 127).
  - La Economía y la Hacienda Públicas (arts. 128 a 135 CE).
  - El Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165 CE).

Por otra parte, en cuanto a su naturaleza, el bien jurídico tiene carácter *constitutivo*, puesto que, a partir de su protección por la concreta norma penal y gracias a su individualización, se tipifican las conductas que lesionan o ponen en peligro el valor digno, necesitado y capaz de protección jurídico penal.

Naturalmente, el *principio de la objetividad jurídica del delito* pierde su *ratio esendi* en aquellos casos en los que por inexistencia del objeto o por inidoneidad de la acción, no es posible la lesión de un bien jurídico; es decir, en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, previstos en el artículo 52, que, a mi juicio incorrectamente, equipara la ejecución incompleta del delito (la tentativa) con el delito imposible o tentativa inidónea, castigándola con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. En estos casos, aunque no exista delito, se manifiesta, sin embargo, una situación de peligrosidad social. El sujeto que actúa en la hipótesis señalada es socialmente peligroso, y en cuanto tal puede ser sometido a una medida de seguridad, según Bettiol<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. pp. 109 y s.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la construcción legal del delito imposible no es contraria al principio de presunción de inocencia: quien acusa de un delito de aborto que no pudo llegar a ejecutarse por no estar embarazada la mujer, debe probar tales extremos (STC de 31 de mayo de 1985). Por su parte, el Tribunal Supremo castiga como delito imposible cuando se aprecia una resolución para delinquir, se comienza la ejecución de la infracción por realización de actos que tengan encaje en la tipología delictiva y se ponga de relieve la peligrosidad del bien protegido como síntoma de antijuricidad, aunque los medios sean inidóneos o no exista objeto delictivo (SS. de 23 de enero y 11 de octubre de 1983, 5 de abril de 1976 y 3 de diciembre de 1978). El fundamento del delito imposible radica, según la STS de 24 de mayo de 1982, en la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía contra la norma y la conmoción colectiva que produce en el medio social, e implica un error sobre alguno de los elementos fácticos del tipo.

#### 4. EL PRINCIPIO DE LA OBJETIVIDAD MATERIAL DEL DELITO

Desde un punto de vista sustantivo, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la norma jurídico-penal constituye la *base material* demostrativa de la agresión contra dicho bien jurídico. El delito, por tanto, no es un mero *hecho psicológico*, sino un *comportamiento humano susceptible de percepción sensorial con trascendencia jurídico penal*. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico se afirma mediante un juicio de desvalor que evidencia la antijuricidad material de la acción; en cambio, el hecho punible se sustancia en *el delito materialmente manifestado en la naturaleza*.

Por consiguiente, el Derecho penal democrático se basa en la creación del delito como un *hecho material, objetivo y susceptible de prueba*, ya que la *seguridad jurídica* del ciudadano y los *derechos fundamentales* que le son inherentes impiden, en un *Estado de libertades*, fundamentar la responsabilidad criminal en el *pensamiento*, la *intencionalidad* o las *motivaciones* del sujeto no concretadas en hechos materiales, cuyos resultados puedan verificarse por la experiencia científica.

En consecuencia, el *hecho punible* es, como apunta Fenech<sup>46</sup>, «el elemento esencial del objeto del proceso penal de declaración». Son los hechos sin limitación alguna los que interesan en el período sumarial, y las referencias al Derecho objetivo sólo tienen relevancia, según el citado autor, «en cuanto permiten el tratamiento del material fáctico y permiten determinar la existencia de indicios racionales de criminalidad o reconstruir el hecho punible»<sup>47</sup>.

A tal fin, el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bajo la rúbrica «De la comprobación del delito y averiguación del delincuente», regula, como actuaciones sumariales, un conjunto de actos de investigación, tendentes al esclarecimiento de los sucesos acaecidos y a la observación de los datos externos que prueben la efectiva perpetración del delito<sup>48</sup>. Así, la inspección ocular, el cuerpo del delito, la identificación del delincuente y de sus circunstancias personales, las declaraciones de los procesados, las declaraciones de los testigos, el careo de los testigos y procesados y el informe pericial ponen de relieve que, en efecto, el delito es, en última instancia, *un comportamiento humano susceptible de percepción sensorial e investigación científica*. Ciertamente, la *comprobación del delito* exige el concurso de técnicas especializadas, tales como las que suministra la *Criminalística* o *Policía científica*, entre cuyas disciplinas básicas cabe destacar: la Medicina Forense, la Física y Química Forense, la Toxicología, la Dactiloscopia, la Balística, la Pericia caligráfica, la Psicología Forense, la técnica de los interrogatorios, etc.

En suma, *la materialidad del hecho punible se configura, desde la perspectiva procesal-penal, en el cuerpo del delito*, entendiéndose por tal, según la STS de 6 de febrero de 1982, las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo, o en otra parte. Sin embargo, el verdadero cuerpo del delito doctrinalmente sería, como subraya Ramos Méndez<sup>49</sup>, «la persona o cosa objeto del delito».

<sup>46</sup> FENECH, *El proceso penal*, 3.ª edición, Madrid, Agesa, 1978, p. 103.

<sup>47</sup> Cfr. p. 105.

<sup>48</sup> ALMAGRO NOSETE, en Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez, *Derecho Procesal*, 3.ª edición, revisada y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanc, 1990, Tomo II, «Proceso Penal», p. 285.

<sup>49</sup> RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*. Lectura constitucional. Barcelona, José M.ª Bosch, Editor, S. A., 1991, p. 191.

Por otra parte, el ámbito de aplicación del *principio de la objetividad material del delito* radica en el tipo objetivo de los delitos dolosos de comisión, los delitos imprudentes y los delitos de omisión, caracterizados por la acción, el resultado y la imputación objetiva del mismo al sujeto que realizó la acción penalmente relevante. Además, los *delitos cualificados por el resultado* traducen la importancia del referido principio porque, en estos casos, la pena, *objetivamente*, es una variable dependiente de la *intensidad material* del hecho punible, limitada, *subjetivamente*, por la exigencia de que, *al menos*, haya concurrido culpa respecto del resultado cualificante (art. 1, párrafo segundo del CP).

Como consecuencia jurídica del *principio de la objetividad material del delito*, puede afirmarse que, ciertamente, *no hay crimen sin un comportamiento humano capaz de lesionar o poner en peligro un bien jurídico ajeno*. Asimismo, la materialidad del hecho punible se evidencia en los delitos cuya realización exige la producción de un «*resultado*», entendido, según afirma Rodríguez Ramos<sup>50</sup>, como una «modificación del mundo exterior verificable, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la conducta, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico-penal». Por consiguiente, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, cuando los tipos prevén un resultado éste se convierte, a juicio del citado autor<sup>51</sup>, en «elemento esencial e intrínseco al hecho».

Finalmente, conviene destacar que el *principio de la objetividad material del delito* impide fundamentar la infracción criminal en una *actitud voluntaria puramente interna o en un modo de ser de la persona*<sup>52</sup>. De ahí la necesaria distinción entre *tipo de peligrosidad* y *tipo de injusto*, pues, mientras que en el primero la peligrosidad social no corresponde al *hecho* sino al *autor del hecho*, en el segundo se precisa una acción penalmente relevante para la existencia del delito.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, «El “resultado» en la Teoría Jurídica del Delito», *CPC*, núm. 1, 1977, p. 53.

<sup>51</sup> Cfr. p. 60.

<sup>52</sup> BETTIOL, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 111.

## 5. EL PRINCIPIO DEL HECHO

Es una consecuencia del principio de la objetividad material del delito. En efecto, *el hecho es la base natural sobre la que descansa el juicio de desvalor penal*. Por consiguiente, el hombre no delinque en cuanto es, sino, como subraya Antón Oneca<sup>53</sup>, «en cuanto obra».

En el Ordenamiento jurídico-penal español, el *principio del hecho* goza de rango constitucional, puesto que nadie puede ser condenado por *acciones u omisiones* que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE). Por tanto, la *acción u omisión penalmente relevantes*, o sea, los comportamientos humanos manifestados mediante *hechos concretos* penados por la ley (art. 1, párrafo primero, CP) constituyen los presupuestos configuradores de la infracción criminal.

El *principio del hecho* es un postulado básico del Derecho Penal liberal, pues cumple importantes funciones de certeza y seguridad jurídica que nuestra Magna Carta reconoce y garantiza (arts. 9.3 y 17.1). Además, constituye un límite fundamental a la privación de libertad de la persona, ya que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al *esclarecimiento de los hechos* (art. 17.2 CE). Asimismo, el mentado principio garantiza el derecho de toda persona detenida de ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de las *razones de su detención* (art. 17.3 CE) y de la *acusación formulada* contra ella (art. 24.2 CE); en suma, de los *hechos que se le imputan*.

Las consecuencias jurídicas más importantes del *principio del hecho* son las siguientes:

- a) El pensamiento no delinque: *cogitationes poenam nemo patitur*. Conforme al Derecho Penal vigente, no es delito, v. gr., desear la muerte de una persona, aunque constituyen actos preparatorios punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, según dispone el artículo 4 del CP<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª edición, Madrid, Ediciones Akal, S. A., anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Benítez Merino, 1986, p. 182.

<sup>54</sup> Dicho precepto reza así: «La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

A mi modo de ver, esta política criminal no es respetuosa con las exigencias de un Derecho Penal democrático, basado en el *principio de concreción al hecho* que, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, constituye una «garantía del Estado de Derecho y permite que los Tribunales avancen en la individualización de la responsabilidad criminal».

En efecto, considero que el artículo 4 del CP criminaliza actos preparatorios que de *lege ferenda* deben reputarse *impunes* porque ninguno de ellos revela, palmariamente, un *principio de ejecución penalmente relevante*; es decir, hechos materiales que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, sino, únicamente, la resolución para delinquir, la invitación al crimen y la incitación eficaz al mismo.

La bondad de este pensamiento se refleja en el propio precepto que castiga como inducción, la provocación seguida de *perpetración del delito* (art. 4, párrafo tercero, *in fine*). Además, téngase en cuenta que, como ha proclamado la STS de 21 de marzo de 1986, la inducción exige una incitación directa proyectada sobre el ejecutor material, instigación de fuerza o eficacia intrínseca, capaz por sí misma, de suscitar en el sujeto que la recibe la resolución de llevar a término el hecho criminal, ofreciéndose en suma como *conditio sine qua non* de la ejecución del hecho, e implica que la persona influida, además de adoptar la resolución ejecutiva del hecho antijurídico, entra en la fase realizadora del mismo, cualquiera que sea el grado alcanzado en ella».

Por consiguiente, el nuevo Derecho Penal debe partir, como señala Barbero Santos<sup>55</sup>, del dogma del hecho; de ahí que sólo la comisión de un acto delictivo en grado de tentativa o consumación ha de dar lugar —a juicio del referido autor— a la imposición de una sanción penal, sea pena, sea medida de seguridad.

---

«La proposición existe cuando el que ha resultado cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.»

<sup>55</sup> BARBERO SANTOS, *Política y Derecho Penal en España*, Madrid. Túcar Ediciones, S. A., 1977, p. 128.

- b) En el Estado de Derecho, la responsabilidad criminal se basa en la *acción u omisión típica* y no en un *modo de ser de la persona*. Como apunta Rodríguez Mourullo<sup>56</sup>, a la persona se le castiga por lo que *hace* (acciones y omisiones), y no por lo que *es*. En efecto, frente a la contraposición entre *Derecho Penal de Hecho* y *Derecho Penal de Autor*, conviene destacar con la doctrina dominante<sup>57</sup> que, desde un punto de vista *político*, el *Derecho Penal del Autor* debe ser rechazado porque es incompatible con las exigencias de certeza y seguridad jurídica, propias del Estado de Derecho.

Asimismo, técnicamente, el *Derecho Penal de autor* vincula la pena, o en su defecto la medida de seguridad, a la peligrosidad del autor, culpable por su modo de vida: *vago habitual* (art. 2.1.º de la Ley sobre Peligrosidad Social), *mendigo habitual* (art. 2.6.º de la LPS), *ebrio habitual* (art. 2.7.º de la LPS), *toxicómano* (art. 2.7.º de la LPS), etc.

Por el contrario, el *Derecho Penal de Hecho* fundamenta el juicio de reproche en la comisión (voluntaria y consciente) de un hecho antijurídico penalmente relevante. De ahí que pueda afirmarse que el Derecho Penal español, conforme a los postulados político-criminales del Estado de Derecho, se basa en el «*Derecho Penal de Hecho o de Acto*», aunque en la medición de la pena contempla la personalidad del delincuente, que, unida a la mayor o menor gravedad del hecho, permitirá a los Tribunales —cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes— imponer la pena en el grado mínimo o medio, según establece la regla cuarta del artículo 61 del CP<sup>58</sup>.

- c) El *principio de la concreción al hecho* requiere que la descripción legal del presupuesto de la norma penal sea, en la medida de lo posible, clara y exhaustiva. En consecuencia, la configu-

<sup>56</sup> Cfr. p. 51.

<sup>57</sup> Confróntese al respecto POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal*, Parte General, 2.ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, S. A., 1990, Tomo I, «Fundamentos científicos del Derecho Penal», pp. 63 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Parte General, 13.ª edición, revisada y puesta al día por ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 1990, pp. 798 y s., y ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal* (Parte General). Las teorías de la pena y de la ley penal, Universidad de Granada, 1990, pp. 212 y s.

<sup>58</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)», *PJ*, núm. 4, diciembre 1986, pp. 141 y ss.

ración técnica de los tipos penales debe excluir las *cláusulas generales*, los *elementos normativos* y las *normas penales en blanco*, por cuanto que no describen claramente el *acto material* cuya realización determina el desvalor de la acción manifestado en el hecho personal y en el resultado lesivo para el bien jurídico protegido por la norma infringida.

## 6. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La *legalidad* genera seguridad. Ciertamente, el Derecho configura el ámbito de actuación en el que los ciudadanos, sintiéndose seguros saben con certeza cómo ejercitar sus derechos y cumplir con sus deberes legales. La legalidad, por tanto, es el pilar de la seguridad jurídica. La *legalidad democrática*, basada en un Ordenamiento jurídico coherente, aplicado por los órganos judiciales competentes y respetado por el Poder Ejecutivo, constituye el presupuesto del *principio de seguridad jurídica*.

En cambio, la *arbitrariedad* engendra inseguridad jurídica cuando los órganos de poder incurren en ilegalidad o en discrecionalidad prohibida. La Constitución española garantiza la *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (art. 9.3), mediante el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales, según proclama el artículo 106.1.

Por consiguiente, el *Poder Judicial* constituye, en el Estado de Derecho, el baluarte de la seguridad jurídica, de tal modo que, si dejase de cumplir esa importantísima y decisiva función de control jurisdiccional, la seguridad de los ciudadanos, como afirma Díaz<sup>59</sup>, «peligraría más que nunca». Un poder judicial independiente es, por ello, fundamental para que la seguridad jurídica sea realmente efectiva.

La consecuencia más importante del principio de seguridad jurídica es el respeto y protección de los *derechos individuales*, cuya garantía y reconocimiento se tutela, en la Ley Fundamental, a través de la *potes-*

---

<sup>59</sup> DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, tercera reimpresión, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1977, p. 45.

*tad jurisdiccional* (art. 117.3 CE); la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (art. 118 CE); la creación y ámbito de actuación del Tribunal Constitucional (art. 161 CE); el control de constitucionalidad de las leyes por los órganos judiciales (art. 163 CE) y los requisitos necesarios para la reforma constitucional (arts. 166 a 169 CE).

Asimismo, una manifestación capital de la seguridad jurídica es la aplicación del *principio de irretroactividad de la norma jurídica* que nuestra Carta Magna proclama en los términos siguientes:

La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales... (art. 9.3 CE).

*Irretroactividad* significa que la ley se aplicará al futuro y no al pasado. El término constitucional *disposiciones sancionadoras* comprende, según López Menudo<sup>60</sup>, toda actividad represiva, abarcando en sentido amplio el concepto de legislación o norma escrita, comprensiva tanto de las leyes como de los Reglamentos. Sobre los *derechos individuales* afectados por tales disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas, el mencionado autor<sup>61</sup> limita la expresión «derechos individuales» a los que regulan los artículos 15 a 29 de la Constitución (Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I), aunque luego defienda un «sistema de lista abierta» y de «lista cerrada», respecto a los demás derechos. Ciertamente, dentro de los derechos individuales deben excluirse los *privilegios* que atentan al principio de igualdad, pero no los demás derechos individuales adquiridos por el ciudadano en el Estado de Derecho, pues ello sería, en opinión de Chico y Ortiz<sup>62</sup>, «negar el principio de igualdad proporcionando seguridad jurídica unos derechos y negándoselos a otros».

Obviamente, en la esfera penal la irretroactividad de la norma jurídica, consagrada en el artículo 25.1 de la CE, por razones de política criminal, tiene *carácter absoluto*, salvo la excepción humanitaria del

<sup>60</sup> LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Ediciones Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.

<sup>61</sup> Cfr. p. 224.

<sup>62</sup> CHICO y ORTIZ, «Proyecciones de la seguridad jurídica», *La Ley*, 1984, Tomo 3, p. 934.

artículo 25 del CP en beneficio del reo. La vocación de futuro de la ley, orientada a sancionar las conductas que se produzcan tras su entrada en vigor, tiene particular relevancia en el ámbito penal, en el que, debido a la gravedad de las sanciones, ocupa el primer plano la seguridad jurídica.

El *principio de seguridad jurídica* constituye una garantía del ciudadano frente al sistema penal. La Constitución española garantiza, en su artículo 9.3, la *seguridad jurídica* y eleva a la categoría de derecho fundamental de la persona la *seguridad* (art. 17.1).

El *principio de seguridad jurídica* se cumple, a juicio de Quintero Olivares<sup>63</sup>, por una parte, con el estricto acatamiento del principio de legalidad en lo que concierne a la *certeza y concreción* de las leyes que describen delitos a los que se asocian sanciones penales; por otra parte, dicho principio se manifiesta en la contracción de la intervención punitiva a un hecho concreto y anterior. El derecho fundamental que toda persona tiene a la *seguridad* prohíbe que nadie pueda ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en el artículo 17 de la CE y en los casos y en la forma previstos en la ley.

Finalmente, para que la seguridad jurídica sea efectiva y, en consecuencia, se incremente la credibilidad democrática del sistema penal es necesaria, según Cantarero Bandrés<sup>64</sup>, «la transparencia institucional, el desmantelamiento de cualquier intento de justicia parapenal al margen del sistema jurídico-legal y el respeto riguroso de los derechos y garantías constitucionales».

## 7. EL PRINCIPIO DE LA PONDERACIÓN Y EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

El *principio de la ponderación de intereses* resuelve los conflictos entre bienes jurídicos. La idea de *ponderación*, es decir, la valoración

---

<sup>63</sup> QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal*, Parte General. Segunda edición, corregida, aumentada y puesta al día con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1989, pp. 51 y s.

<sup>64</sup> CANTARERO BANDRÉS, «Seguridad ciudadana. Constitución. Derecho Penal.», *CPC*, núm. 42, 1990, p. 535.

de intereses en conflicto, es básica en la aplicación de un Derecho orientado a la protección de bienes jurídicos, fin primordial del Ordenamiento Penal. Los intereses en conflicto deben ser ponderados entre sí porque la desproporción es contraria a la justicia penal.

Por consiguiente, con carácter excepcional, el sacrificio de un determinado bien tutelado por la norma jurídico-penal se reputa lícito en situaciones concretas, tales como la legítima defensa frente a una agresión ilegítima<sup>65</sup>; el estado de necesidad; el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo<sup>66</sup>; la obediencia debida; el consentimiento de la víctima; el grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación; que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, etc.<sup>67</sup>.

Estos presupuestos de hecho determinan el nacimiento de las *causas de justificación*<sup>68</sup>, que, aunque cada una de ellas responden a diferentes principios, se caracterizan por un denominador común: son normas permisivas o de autorización que transforman un hecho típico, y punible en conforme a Derecho. En su virtud, como quiera que sería inútil el sacrificio de ambos intereses en conflicto, el interés del agredido prevalece sobre el del injusto agresor; del mismo modo el interés del necesitado prima sobre el del sacrificado.

Ahora bien, *el principio de la ponderación de intereses* para que sea operativo precisa de unos criterios rigurosos que determinen, de

---

<sup>65</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1978.

<sup>66</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984.

<sup>67</sup> Vid. DIEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis del Código Penal», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Edersa, Madrid, 1989, Tomo IX. «La reforma del delito de aborto», pp. 149 y ss. Respecto de la ponderación de intereses en atención al requisito de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, Díez Ripollés afirma que las indicaciones han surgido fundamentalmente para predeeterminar legalmente el resultado de la ponderación de intereses, y efectivamente ésta se resuelve casi del todo por la ley al mencionar expresamente determinados intereses materiales, contrapuestos al interés social de la vida del *nasciturus*, que añadidos a ciertos intereses sociales instrumentales lleva al legislador a afirmar taxativamente que las acciones dirigidas a la salvaguarda de aquéllos no serán punibles (Cfr. p. 189).

<sup>68</sup> Vid. CARBONELL MATEU, *La justificación penal, fundamento, naturaleza y fuentes*, 1982, y RODRÍGUEZ MOURULLO, «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad», en *Libro homenaje al prof. Antón Oneca*, 1982, pp. 509 y ss.

una manera realista, la relación de proporción entre los bienes jurídicos en conflicto. Rechazados los criterios cuantitativos y pragmáticos que desconocen el fundamento *ético* del Derecho Penal, el criterio de valoración de la proporción entre bienes jurídicos en conflicto, es una variable dependiente de los valores dominantes que informan el Estado Social y Democrático de Derecho. En una democracia personalista que ve en la persona humana el más alto de los valores, serán, a juicio de Bettiol<sup>69</sup>, la autonomía, la dignidad y la libertad de la persona humana con todos los derechos y prerrogativas que gravitan en su entorno, las que constituyan los criterios de solución de tantas situaciones concretas. Ciertamente, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social del Estado de Derecho, por imperativo del artículo 10.1 de la CE.

Sin embargo, a mi juicio, no puede afirmarse que la democracia española sea, exclusivamente, *personalista*, en la medida en que la Nación española ha proclamado su voluntad de garantizar la convivencia democrática conforme a un *orden económico y social justo*; proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los *derechos humanos*; asegurar a todos una *digna calidad de vida*; establecer una *sociedad democrática avanzada*, que si bien reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, protege también bienes jurídicos *comunitarios*, tales como la *salud* (art. 43 CE); el *medio ambiente* (art. 45 CE); el *patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad* (art. 46 CE); etc.

Por su parte, el *principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos* constituye un límite al ejercicio del *Ius puniendi*, cuya titularidad corresponde al Estado Social y Democrático de Derecho.

La STC 105/1988, de 8 de junio, a propósito de la protección de bienes jurídicos, ha declarado que debe tratarse de *bienes o intereses legítimos en un Estado Social y Democrático de Derecho*<sup>70</sup>. Por consiguiente, merecen la tutela penal, como bienes jurídicos, a juicio de Mir Puig<sup>71</sup>, aquellas *condiciones de la vida social* que afecten a las *posibi-*

<sup>69</sup> Cfr. p. 124.

<sup>70</sup> Véase *CPC*, núm. 38, 1989, p. 530.

<sup>71</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal*. Parte General, 3.ª edición, corregida y puesta al día. PPU, Barcelona, 1990, p. 102.

*lidades de participación de individuos en el sistema social. Consecuentemente, el Derecho Penal del Estado Social y Democrático no puede amparar, subraya el referido autor, mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social.*

El principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos configura la función básica del Derecho Penal: a saber: según Quintero Olivares<sup>72</sup>, establecer, mediante la protección de bienes jurídicos, el mínimo social-ético necesario para la convivencia, en opinión de la mayoría. De ahí la necesaria búsqueda de un equilibrio justo y armónico entre la función de protección de la sociedad y la de protección de los derechos fundamentales de la persona. Por tanto, el Derecho Penal cumple una función de garantía concretada en el aseguramiento de ciertos valores reputados de gran trascendencia social. Técnicamente se les denomina *bienes jurídicos*, los cuales constituyen el objeto típico de protección de las normas penales<sup>73</sup>.

Por otra parte, los límites del *Ius puniendi* en el proceso de criminalización son, de un lado, negativos, por cuanto que, como apunta Octavio de Toledo<sup>74</sup>, las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los recogidos en la Constitución. Tampoco pueden proteger valores que reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Ordenamiento jurídico, en virtud del principio de intervención penal mínima. Sin embargo, se reconoce, asimismo, una función positiva orientada a obligar al Estado a otorgar, mediante sus leyes, protección penal a ciertos intereses diferentes, según pone de relieve el mencionado autor.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídica-penales informa la *Teoría Jurídica del Delito* limitando la definición legal del comportamiento típico, entre otros, en los ámbitos siguientes:

- El del resultado en cuanto afección del bien jurídico.
- El de la imputación objetiva.
- El de la constitución y fundamento de lo injusto, etc.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Cfr. p. 62.

<sup>73</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, cfr. p. 113.

<sup>74</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990, pp. 9 y s.

<sup>75</sup> Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, cfr. pp. 26 y s.

Finalmente, interesa destacar que el Derecho Penal moderno tiende, según Hassemmer y Muñoz Conde<sup>76</sup>, a la protección de bienes jurídicos y a la formalización de dicha protección mediante un sistema legal pre-determinado. El Derecho Penal protege *bienes vitales*, indispensables para la convivencia humana en sociedad, y, por tanto, deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado mediante la pena pública. *Protección de bienes jurídicos* no sólo significa protección de intereses humanos ante las agresiones de los infractores de las normas, sino también, como subrayan los referidos autores<sup>77</sup>, protección de esos intereses evolucionando y elaborando el conflicto que ha surgido con la infracción normativa. Esta función formalizadora la realiza el Derecho Penal de dos formas:

- Estableciendo con publicidad y claridad, antes de su intervención, la clase y las consecuencias de dicha intervención y previendo, controlando y corrigiendo la intervención misma (*técnica de protección*).
- Vinculando su intervención a principios tendentes a evitar que el control social jurídico-penal imponga lesiones jurídicas innecesarias (*principios valorativos*).

Por otra parte, la dimensión político-criminal del *principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales* recomienda definir el concepto de bien jurídico de forma genérica como lo hacen Hassemmer y Muñoz Conde<sup>78</sup>: «Interés humano necesitado de protección jurídico-penal». En consecuencia, asumo el concepto personalista de bien jurídico que, en base al interés humano necesitado de protección jurídico-penal, reconoce la importancia del proceso social y político, en sí mismo considerado, a través del cual se elabora dicho concepto. En este sentido, la *teoría personalista del bien jurídico* propone una Política Criminal vinculada a principios valorativos que justifiquen y midan sus decisiones en función, exclusivamente, de la protección de intereses humanos dignos de la tutela penal.

<sup>76</sup> HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminalología y al Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, pp. 103 y ss.

<sup>77</sup> Cfr. pp. 117 y s.

<sup>78</sup> Cfr. pp. 111 y s.

En suma, el moderno Derecho Penal no se vincula hoy a la inmoralidad de la conducta, sino a su *dañosidad social*, en virtud de la cual sólo puede ser merecedora de pena la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la norma jurídico-penal. Por consiguiente, el Derecho Penal sirve subsidiariamente a la protección de los bienes jurídicos y su existencia se justifica, exclusivamente, cuando, en opinión de Roxin<sup>79</sup>, la convivencia pacífica de los ciudadanos puede garantizarse tan sólo con el recurso a conminar con una pena la conducta socialmente dañosa.

## 8. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En la Ciencia Jurídico-penal contemporánea, el concepto de culpabilidad significa, por un lado, que la culpabilidad es el fundamento de la pena; por otra parte, se afirma que la culpabilidad es el elemento básico para la determinación o medición de la pena. Por último, el *concepto* de culpabilidad impide, según Muñoz Conde<sup>80</sup>, la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado concreto al dolo, a la imprudencia o a una combinación de ambas. La exclusión de la responsabilidad por el resultado es, a juicio del referido autor, una consecuencia de la función motivadora del tipo que, como materia de prohibición, sólo puede prohibir aquellos resultados previsibles y evitables.

Por consiguiente, la culpabilidad no debe concebirse como algo metafísico que hay que retribuir, sino, como apunta Muñoz Conde<sup>81</sup>, «un criterio de atribución del hecho delictivo a su autor para responsabilizarle a él, en la medida en que aquél tenga determinadas cualidades

---

<sup>79</sup> ROXIN, en Roxin, Arzt y Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Traducción, notas y comentarios de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, pp. 23 y s.

<sup>80</sup> MUÑOZ CONDE, *Adiciones al tratado de Derecho Penal de Jescheck*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1981, Parte General, Vol. I, pp. 36 y s.

<sup>81</sup> MUÑOZ CONDE, *Notas a la iniciación al Derecho Penal de hoy de Roxin*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña y Francisco Muñoz Conde, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 61 y s. Del mismo autor, véase «Culpabilidad y prevención en Derecho Penal», *CPC*, núm. 12, 1980.

somáticas, culturales y psíquicas que le permitan participar en la vida social en condiciones de igualdad con sus semejantes».

El *principio de culpabilidad* significa, en opinión de Jescheck<sup>82</sup>, que «la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que pudo reprocharse el hecho a su autor. En consecuencia, nadie puede ser castigado si no actúa culpablemente (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*); además la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad (medición de la *pena dentro del marco máximo de la culpabilidad*).

La doctrina dominante tiende a una concepción de la culpabilidad jurídico-penal fundamentada axiológicamente y conformada de tal modo que sea dogmáticamente aceptable y capaz de responder a las exigencias de la Política Criminal. En este sentido, Figueiredo Dias<sup>83</sup> propone la reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad, basada en la libertad. Tal concepción es sólo presupuesto —y no, al mismo tiempo, criterio— de la culpabilidad, garantía de su conexión con el último fundamento del Estado democrático de Derecho. Perdida toda conexión con el deber ser jurídico de carácter ético-social, la función limitativa de la culpabilidad nunca podrá obstaculizar al autoritarismo estatal. Si, por el contrario, se mantiene aquella conexión, el pensamiento de la culpabilidad por la personalidad constituirá, subraya el mencionado autor, una garantía de respeto y amor hacia la persona del hombre.

En la doctrina penal española, García Arán<sup>84</sup>, tras poner de manifiesto la doble noción de la culpabilidad como concepto legitimador y

<sup>82</sup> JESCHECK, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>83</sup> FIGUEIREDO DIAS, «Culpa y personalidad. Para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en Derecho Penal». Traducción de María del Carmen Lencastre de Albuquerque y Joaquín Cuello Contreras, *CPC*, núm. 31, 1987, pp. 8, 36 y s.

<sup>84</sup> GARCÍA ARÁN, «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, 1988, pp. 72, 113 y s. Sobre el «*principio de culpabilidad*» en la dogmática penal española, confróntese ANTÓN ONECA, *cfr.* pp. 211 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *cfr.* pp. 355 y ss.; CEREZO MIR, «Culpabilidad y pena», *ADPCP*, 1980, pp. 347 y ss., y en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1982, pp. 179 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *cfr.* pp. 407 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1977; GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, pp. 140 y ss., y «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 162 y ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, 3.ª edición, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, tomo V, «La culpabilidad», 1976, y tomo VI, «La culpabilidad y su exclusión», 2.ª edición, 1962; MIR PUIG, *cfr.* pp. 105 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, en III Jornadas de Profesores de

como categoría dogmática, subraya que el término «culpabilidad» no tiene el mismo sentido en la teoría jurídica del delito que en la Ley y la Doctrina procesales. El concepto de culpabilidad cumple, en el Código penal español, sólo una *función sistemática* dentro de la ordenación de los elementos del delito: de ahí que, con nuestra actual estructura procesal y con la configuración material de la categoría *responsabilidad*, el concepto de culpabilidad sirve a la distinción respecto del injusto y sus consecuencias sistemáticas, que sólo pueden concretarse en la parte material de la sentencia. Una mayor relevancia del concepto de culpabilidad como categoría autónoma sólo podría obtenerse, a juicio de la referida autora, «sobre la base de la revitalización de la no exigibilidad y la aceptación de circunstancias de exculpación no previstas legalmente, pero fundamentadas en tal situación...».

Por consiguiente, las *consecuencias jurídicas* del principio de culpabilidad son, como pone de relieve Mir Puig<sup>85</sup>, las siguientes:

- El *principio de personalidad de las penas*, a cuyo tenor no se puede hacer responsable a una persona por un delito ajeno.
- El *principio de responsabilidad por el hecho*, que exige no castigar la personalidad del sujeto, sino, exclusivamente, su conducta.
- El *principio de dolo o culpa*, en cuya virtud la responsabilidad criminal se fundamenta en que el hecho haya sido querido (dolo) o se haya cometido imprudentemente.
- El *principio de atribuibilidad o de culpabilidad «stricto sensu»*, merced al cual, para que pueda reputarse culpable del hecho dolo o culposo a su autor es preciso *atribuírsele normalmente a éste*, como producto de una motivación racional normal.

Por lo que se refiere al *fundamento* del principio de culpabilidad, es doble: filosófico y político. Desde un punto de vista filosófico, la cul-

---

Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp. 221 y ss., y *Teoría general...* *op. cit.*, pp. 119 y ss.; QUINTERO OIJVARES, cfr. pp. 68 y ss.; RODRIGUEZ DEvesa, cfr. pp. 429 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, cfr. Juan del Rosal, *Tratado de Derecho Penal español (Parte General)*, Ediciones Darro, Madrid, 1972, vol. II, pp. 1 y ss.; SAINZ CANTERO, cfr. pp. 41 y ss., y SILVELA, *El Derecho Penal Estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.ª edición, Madrid, Parte Primera, 1903, pp. 104 y ss.

<sup>85</sup> Cfr. p. 106.

pabilidad hunde sus raíces a juicio de Rodríguez Devesa<sup>86</sup>, en la idea de la *libertad* humana. Un sujeto es considerado culpable cuando se piensa que podía haber actuado de otra manera a como lo hizo, que pudo haber conformado su conducta a las exigencias del Derecho, ajustarla al deber jurídico de proceder de otro modo. Ciertamente, el Derecho Penal moderno se basa en la idea de libertad, como bien jurídico protegido penal y constitucionalmente. En efecto, cuando el artículo 1.1 de la CE proclama como valores superiores del Ordenamiento Jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho, la *libertad* reconoce un Estado de libertades públicas que permite la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social en franca libertad; hasta el punto de que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que *la libertad del individuo sea real y efectiva*, según declara el artículo 9.2 de nuestra Ley Fundamental.

Sin embargo, a pesar de este marco constitucional, fundar el Derecho Penal en el indemostrable libre albedrío es, como subraya Gimbernat<sup>87</sup>, «una batalla perdida de antemano». Pero es que, además, las características propias de la Administración de la Justicia penal conllevan un alejamiento entre el juez y la acción cometida, que, a juicio de Córdoba Roda<sup>88</sup>, contribuye en muy poderosa medida a la imposibilidad de constatar la libertad de actuación de un individuo en una situación concreta.

Por todo ello, cabe afirmar que la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. Según Muñoz Conde<sup>89</sup>, es el Estado quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad. En consecuencia, el concepto de culpabilidad tiene fundamento social antes que psicológico. Por tanto, es evidente, para el citado autor, la correlación entre culpabilidad y prevención general, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos, por medio de la pena.

Se es culpable de una infracción, según Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>90</sup>, «en tanto en cuanto quepa presuponer que pudo haberse evitado». Este *poder actuar de modo distinto*, fundamento del juicio de reproche personal, debe efectuarse a la vista de las características de ca-

<sup>86</sup> Cfr. pp. 433 y s.

<sup>87</sup> GIMBERNAT, *Tiene un futuro...*, op. cit., p. 144.

<sup>88</sup> Cfr. p. 24.

<sup>89</sup> MUÑOZ CONDE, *Teoría general...*, op. cit., pp. 121 y s.

<sup>90</sup> Cfr. p. 411.

da grupo de supuestos, sin que frente a la estimación de uno u otro de tales estados (v. gr.: necesidad, miedo insuperable, obediencia debida, etc.) y a la consiguiente exención o atenuación de la responsabilidad penal, quepa argüir, subraya Córdoba Roda<sup>91</sup>, que al sujeto le era, en cierto modo, *posible* cumplir la norma. El *poder actuar de otro modo*, que se atribuye a los hombres supuestamente libres, ha fracasado como concepto legitimador porque, según García Arán<sup>92</sup>, «conlleva el desentendimiento respecto a la función política del Derecho Penal y en la medida en que lo han hecho también otros conceptos abstractos dentro de la crisis general de legitimación».

*No pudo actuar de modo distinto a como lo hizo* quien cometió el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, por lo que si el Juez o Tribunal declara probado en la sentencia que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación, podrá aplicar —si se dan los requisitos previstos en el artículo 93 bis— el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años. Las necesidades de prevención especial, de tratamiento y rehabilitación del traficante de drogas, ciertamente, como afirma Muñoz Conde<sup>93</sup>, «apenas se satisfacen con el nuevo artículo 93 bis». Sin embargo, es obvio que en relación con otros delitos por motivo de la situación de drogodependencia, por ejemplo, robos intimidatorios principalmente, *el Derecho penal de la culpabilidad basado en la libertad del querer cede ante las exigencias de la prevención especial*.

Por lo que se refiere al *juicio de reproche personal* que se formula contra el sujeto «libre» por el hecho típico y antijurídico cometido, no es posible, humanamente, a juicio de Gimbernat<sup>94</sup>, fijar la distinción entre delincuentes «libres» y «no libres» en su actuar. El principio «no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*)» significa, como advierte Rodríguez Mourullo<sup>95</sup>, que para que alguien pueda ser castigado con una pena es necesario que la realización del hecho injusto le sea personalmente reprochable. Culpabilidad es reprochabilidad. No obs-

<sup>91</sup> Cfr. p. 81.

<sup>92</sup> Cfr. p. 93.

<sup>93</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.ª edición, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 1990, pp. 504 y s.

<sup>94</sup> GIMBERNAT, *El sistema...* op. cit., p. 175; del mismo autor, véase *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, 1971, pp. 89 y ss.

<sup>95</sup> Cfr. p. 53.

tante, la culpabilidad es una variable dependiente de la relación entre la norma penal y el individuo, gracias a la cual ésta motiva concretamente al autor. De ahí que, cuando no exista participación en los bienes jurídicos, falta el sentimiento de la culpabilidad en el sujeto y, por tanto, la razón para formularle el juicio de reproche<sup>96</sup>.

Para la constatación de dicho juicio, la doctrina exige que el sujeto conozca la antijuricidad de la conducta, pero no la existencia de sentimiento o vivencia alguna de culpabilidad en el agente; es decir, el juicio de reproche no precisa la existencia de un sentimiento de culpabilidad en el infractor. El reproche no presupone un juicio desvalorativo del sujeto sobre su propia decisión criminal. En efecto, una tal concepción de la culpabilidad no es plenamente consecuente con el sentido ético y valorativo de la noción de *reproche*, pues, como apunta Córdoba Roda<sup>97</sup>, es difícil admitir que merezca un propio y verdadero *reproche* quien en el momento de realizar el hecho penalmente relevante no experimenta sentimiento alguno de reproche sobre lo que hace.

En suma, por lo que se refiere al *fundamento filosófico del principio de culpabilidad*, hay que destacar que, ya se conciba la culpabilidad como *imputación subjetiva* o bien como *reprochabilidad*, siempre está en forma apariciante la personalidad del sujeto, ya que, como subraya Del Rosal<sup>98</sup>, el *sentido* del hecho y su referencia adecuada al sujeto es, en el fondo, lo que confiere consistencia al juicio de culpabilidad. Los fundamentos de la culpabilidad, por tanto, son los siguientes: antropológicos, dogmático y ético, puesto que, de suyo, afirma el mencionado autor, el núcleo de la culpabilidad está integrado por elementos ético-sociales.

Por otra parte, el *fundamento político del principio de culpabilidad* se basa en que en el Derecho Penal democrático la responsabilidad penal se vincula al *principio del hecho culpable*, a cuyo tenor *el ciudadano sólo responde criminalmente de lo que hace en términos susceptibles de legitimar el juicio de reproche a título de dolo o culpa*. En el moderno Derecho Penal, el principio de culpabilidad fundamenta la intervención del Derecho Penal en el control de la conducta desviada e impide, por tanto, que dicha intervención se base, exclusivamente, en

<sup>96</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, «Funktion der Strafnorm uns Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, Berlín, Bonn y Munich, 1974, pp. 324 y ss.; del mismo autor, *El principio...*, *op. cit.*

<sup>97</sup> Cfr. p. 32.

<sup>98</sup> Cfr. pp. 6 y s.

la efectividad del control. Es un *principio valorativo* que informa la actuación de la Administración de la Justicia Penal, interesada no sólo en la represión de la criminalidad, sino también en la protección de los bienes jurídicos fundamentales<sup>99</sup>.

En cuanto a su *naturaleza*, el principio de culpabilidad se considera, según Jescheck<sup>100</sup>, de *rango constitucional* y se reconoce en la ciencia penal alemana y en el *Derecho comparado*. Frente a las exigencias de la prevención general y la prevención especial, el principio de culpabilidad, afirma Cerezo Mir<sup>101</sup>, goza de «autonomía». Desempeña una función esencial no sólo como límite de la medida de la pena, sino en la exclusión de la responsabilidad. La culpabilidad aparece, por tanto, subraya el citado autor, «como uno de los fundamentos de la pena». Pero es que, además, la pena ha de ser justa y necesaria, razón por la cual la pena justa, adecuada a la medida de la culpabilidad, sólo debe aplicarse, a juicio de Cerezo Mir<sup>102</sup>, «en la medida en que sea necesaria para atender a las exigencias de la prevención general y la prevención especial, pues se trata de la justificación de la pena estatal».

El principio garantista de la culpabilidad por el hecho, completamente adecuado, conduce, sin embargo, a cosificar al sujeto y a no situarlo en su realidad concreta social, sino como un dato más del hecho. Por el contrario, al defender, como lo hace Bustos Ramírez<sup>103</sup>, que culpabilidad es responsabilidad, hay que descender al sujeto concreto y examinarlo en esa actuación. Por eso hay una teoría del injusto (el delito) y en forma diferente y autónoma —sostiene el mencionado autor— una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente), en que ambas están unidas por un mismo elemento común, que tanto el injusto ha de referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de su hecho (y no respecto al sujeto en relación a su personalidad, carácter o forma de vida).

El principio de culpabilidad tiene *carácter individualizador*. En efecto, mientras que la antijuricidad se basa en el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual, la culpabilidad, en cambio, se halla animada por un principio diferente. Consiste, a juicio de Torio

<sup>99</sup> Vid. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>100</sup> Cfr. pp. 30 y s.

<sup>101</sup> Ídem, CEREZO MIR, *Problemas...*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>102</sup> Ídem, p. 197. Del mismo autor, véase *Curso de Derecho Penal español*. Parte General, 3.ª edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, vol. I, 1990, p. 26.

<sup>103</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *cfr.* p. 377.

López <sup>104</sup>, en la determinación —y desaprobación— del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción. Este enlace es irrepetible y eminentemente individual. Depende de la personalidad singular, de las relaciones afectivas, psicológicas, espirituales y de los medios alternativos de acción a disposición del autor. La culpabilidad presenta, pues, afirma el referido autor, una especificidad antropológica, psicológica y personal irreductible a cualquier otra pauta. Es el ámbito en que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual.

El carácter individualizador, positivo y concreto del elemento culpabilidad ha de realizarse atendiendo a las posibilidades y capacidades del autor concreto, considerando su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, etc., para enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre el sujeto y el hecho tipificado como delito. Por tanto, estimo, con Torio López <sup>105</sup>, que debe superarse la abstracción característica de la teoría actual de la culpabilidad, que admite la posibilidad *general* de obrar de otro modo y sólo posteriormente *resta* de esta magnitud afirmativa notas o hechos de carácter esencialmente natural. Frente a la doctrina dominante, el mencionado penalista mantiene la conveniencia de tomar en cuenta las relaciones sociales del autor, por su trascendencia para la determinación y valoración de la culpabilidad. En definitiva, la desigualdad entre los hombres debe informar el principio de culpabilidad si se pretende incorporar al delito la tesis de que no sólo ha de tratarse lo igual como igual, sino también lo desigual como desigual.

La moderna teoría de la culpabilidad —que se estima compatible con el principio de culpabilidad en base a la nueva redacción del artículo 6 bis a) del CP— entiende la culpabilidad como un juicio sobre el autor (*Urteil über den Täter*) que no precisa una representación actual ni del resultado ni de la norma lesionada, pero sí, afirma Cuello Contreras <sup>106</sup>, la *posibilidad real*, existencial, de ambas representaciones por el autor: el autor ha debido poder llegar a la representación del resultado (capacidad de acción) y a la representación de la norma infringida. Si falta cualquiera de estos elementos, no habrá capacidad de culpabilidad. El sujeto, por consiguiente, ha debido poder, subraya el

<sup>104</sup> TORIO LÓPEZ, «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 1985, pp. 287 y s.

<sup>105</sup> Cfr. pp. 299 y s.

<sup>106</sup> CUELLO CONTRERAS, «El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española», *ADPCP*, 1986, pp. 838, 854 y s.

citado autor, *subsumir la acción realizada por él bajo la norma lesionada*.

La función del principio de culpabilidad emana del Estado de Derecho. La culpabilidad tuvo en el Derecho Penal, y no sólo en primer término, la función de servir de principio para la medida de la pena. Sobre ella se han construido, apunta Stratenwerth<sup>107</sup>, «las reglas de la imputación jurídico-penal que se desarrollaron a través de los siglos, es decir, toda la dogmática de la Parte General». El Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH) ha hecho del principio de culpabilidad la base de su jurisprudencia en una declaración programática:

La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor no haberse comportado conforme a Derecho, no haberse decidido por el Derecho, cuando podía comportarse conforme a Derecho, cuando hubiese podido decidirse por el Derecho<sup>108</sup>.

En consecuencia, el principio de culpabilidad constituye el *criterio rector* de la política criminal y de la legislación penal, que preserva las garantías de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano; entre ellos, el derecho a la *tutela judicial efectiva*, en general, y a la *presunción de inocencia*, en particular, que proclama el artículo 24 de la CE.

En este sentido puede afirmarse que las *garantías* del principio de culpabilidad son, como apunta Quintero Olivares<sup>109</sup>, las siguientes:

- a) La exigencia de dolo o culpa respecto al hecho. Por tanto, no se aplicará pena alguna si el hecho típico no es imputable al autor, a título de dolo o imprudencia. De ahí el rechazo de toda suerte de *responsabilidad objetiva*.

---

<sup>107</sup> STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*. Versión castellana de Enrique Bacigalupo, con la colaboración de Agustín Zugaldia Espinar. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 93.

<sup>108</sup> BGH 2, 194 [200]; 18, 87 [94]. También se formula expresamente la consecuencia que deriva del principio de culpabilidad para el límite máximo de la pena: «El fin preventivo no puede conducir a sobrepasar la pena justa» (BGH, 20, 264 [267]). Citadas por JESCHECK en *Tratado...*, *op. cit.*, p. 31).

<sup>109</sup> Cfr. p. 70. Véase, además, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *cfr.* pp. 18 y ss., y QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*. Ediciones Destino, Barcelona, 1983, p. 28.

- b) La necesidad de que la pena se contraiga al *hecho propio* (individualización del castigo).
- c) La necesidad de ponderar las circunstancias personales del autor, especialmente su grado de conocimiento de la significación jurídica del hecho.
- d) Exigencia de que la pena sea proporcionada a la «entidad culpable» de la actuación del autor.

En el Derecho Penal español, la reforma urgente y parcial de 1983, operada por la Ley Orgánica de 25 de junio, consagró legalmente el *principio de culpabilidad por el hecho*, en nuestro Ordenamiento Jurídico punitivo. Sin embargo, históricamente, existen serios intentos de fundamentar el principio de culpabilidad por el hecho, oscurecidos, según Cardenal Murillo<sup>110</sup>, por la aceptación de ciertas excepciones al principio de culpabilidad, tradicionalmente ubicadas en los primeros proyectos del CP en la Parte Especial.

El Código Penal vigente utiliza los términos *culpable*, *responsable* y *responsabilidad* no en sentido técnico, sino con carácter pragmático. Sin embargo, como reconocía Del Rosal<sup>111</sup>, no existe obstáculo alguno para acoger la concepción normativa de la culpabilidad, en base al artículo 18, el cual regula un supuesto de la idea normativa de la culpabilidad, por cuanto que al sujeto no se le puede exigir un comportamiento distinto<sup>112</sup>.

El axioma de la exigencia de la culpabilidad se basa, en el CP vigente, a juicio del referido autor, en el artículo 60. En efecto, el párrafo primero de dicho precepto expresa que la culpabilidad es *personal, concreta e individualizadora* y que sólo será estimada para graduar la responsabilidad en *quién* o *quiénes* se den las vinculaciones personales o las disposiciones morales, no siendo, por tanto, transferibles, ni tampoco extendidas, sino, por el contrario, contraídas a los que se hallen investidos de esas peculiaridades. Por su parte, el párrafo segundo del precepto aludido reafirma la teoría de la exigencia de la culpabilidad, en la necesidad inexcusable de que tuviere *conocimiento* del empleo de

<sup>110</sup> CARDENAL MURILLO, «Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho Penal Español», *CPC*, núm. 37, 1989, p. 5.

<sup>111</sup> Cfr. p. 69.

<sup>112</sup> Vid. NAVARRETE URIETA, «El encubrimiento entre parientes» (Artículo 18 del Código Penal), *ADPCP*, 1960.

tamaños medios materiales, así como en que basta y sobra con «saber», uno de los verbos integrantes del dolo, sin necesidad de que los utilice directa y ejecutivamente.

En definitiva, el término *responsabilidad*, al que da vida y color la culpabilidad, resume y compendia, según Del Rosal <sup>113</sup>, «los caracteres del delito, si bien no está semánticamente formado por ellos, sino que tiene sustantividad propia».

La redacción actual del artículo 1 del Código penal, después de la reforma urgente y parcial de 1983, acoge el principio de culpabilidad, *no hay pena sin dolo o culpa*, con la finalidad político-criminal de excluir la responsabilidad por el resultado y limitarla a la existencia de aquellos títulos de imputación subjetiva; pero, sin embargo, no establece un concepto de culpabilidad, el cual cumple en el Código penal español, según García Arán <sup>114</sup>, sólo una *función sistemática* dentro de la ordenación de los elementos del delito. En este sentido, Sainz Cantero <sup>115</sup> sostiene que con el reconocimiento de que «no hay pena sin dolo o culpa», la Reforma Parcial y Urgente de 1983 ha venido a restringir (aun cuando no a erradicar), de manera decisiva, los supuestos de responsabilidad objetiva que perduran en la parte especial del texto punitivo.

La Reforma penal de 1983 establece positivamente aquello que es propio del Derecho Penal democrático; a saber, introducir en el artículo 1 la exigencia de que el crimen sólo satisface su vertiente subjetiva cuando concurren dolo o culpa respecto al hecho. De tal modo que si el hecho no ha sido querido y conocido o bien su realización no es susceptible de reputarse imprudente, entonces el hecho quedará fuera del ámbito penal, pues, como afirma Quintero Olivares <sup>116</sup>, al limitarse el Derecho Penal al castigo de «delitos o faltas», no se aplicará a hechos que no cumplan con los requisitos de la definición de la infracción penal».

Ciertamente, hay que reconocer que, tradicionalmente, dolo y culpa han sido los pilares sobre los que se apoyaba la categoría dogmática de la culpabilidad. Sin embargo, no es menos cierto que para los que refieren esos conceptos a la antijuricidad, como formas de injusto típico

<sup>113</sup> Cfr. pp. 70 y s.

<sup>114</sup> Cfr. p. 105.

<sup>115</sup> Cfr. p. 42.

<sup>116</sup> Cfr. p. 72.

su reclamo nada tiene que ver con un criterio culpabilista, sino, por el contrario, con la exigencia de una *responsabilidad subjetiva* en la imputación de los hechos, o simplemente de un injusto personal. Por su parte, el Tribunal Supremo ha proclamado que el principio de culpabilidad condiciona toda la casuística de los delitos cualificados por el resultado, los cuales, aunque formalmente perduran después de la reforma (arts. 411, párrafo último, 348 y 488, párrafo último), deberán ser interpretados siguiendo la orientación del artículo 1 en el sentido de que el resultado más grave producido por caso fortuito queda fuera de la responsabilidad del agente <sup>117</sup>.

Por otro lado, interesa resaltar que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva no encuentra reflejo directo en nuestro texto fundamental, por lo que la ignorancia de aquella prohibición por los Tribunales de Justicia sólo podrá impugnarse, vía recurso de amparo (art. 53.2 CE), con apoyo de otras referencias constitucionales más amplias, tales como, señala Maqueda Abreu <sup>118</sup>, el derecho a la seguridad (art. 17.1), el principio de legalidad (art. 25.1) o el de dignidad humana (art. 10), o bien, más específicamente, la proscripción de penas inhumanas y degradantes (art. 15), pues, en efecto, el espíritu que inspira a todas ellas se lesiona, subraya la citada autora, «cuando se sancionan judicialmente acciones o resultados no queridos y cuya evitación no depende de la voluntad de su autor por ser imprevisibles y/o evitables».

En suma, la reforma de 1983 no se ha pronunciado terminantemente por la *Teoría del dolo* ni por la *Teoría de la culpabilidad*, según Cuello Contreras <sup>119</sup>; de ahí que la mencionada reforma, a la luz de normas como las contenidas en el artículo 1 del Código y en el correspondiente artículo 6 bis a), haya puesto de relieve, afirma el citado autor, la necesidad de que la Doctrina científica *se revise a sí misma*.

<sup>117</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 limitan los supuestos de aplicación del delito de aborto con resultado de muerte a los casos de dolo eventual; cuando concurre culpa, consciente o inconsciente, los delitos de aborto y muerte deben castigarse por separado, con aplicación de las reglas del concurso ideal. El abandono propio, con muerte sobrevinida, se estructura como delito cualificado por el resultado, y, tras la nueva redacción del artículo 1, se exige la causación por imprudencia del resultado letal (STS de 17 de noviembre de 1986).

<sup>118</sup> MAQUEDA ABREU, «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983», *CPC*, núm. 31, 1987, pp. 188 y s.

<sup>119</sup> Cfr. p. 861.

Pues bien, en esta línea de revisión científica, Roxin<sup>120</sup> propone la moderna concepción «unilateral» del principio de culpabilidad, conforme a la cual se mantiene que la pena supone culpabilidad y también es limitada en su magnitud por ella; sin embargo, no se acepta que un comportamiento culpable exija siempre una pena. Por el contrario, el comportamiento culpable sólo debe ser castigado cuando las razones preventivas, o sea, la misión del Estado de asegurar la convivencia en paz y libertad, hacen indispensable el castigo<sup>121</sup>. La concepción unilateral del principio de culpabilidad permite una amplia estimación de elementos preventivos, tanto en el Derecho penal material (en relación con el elemento de la responsabilidad) como en el derecho de determinación de la pena.

En efecto, con la concepción unilateral del principio de culpabilidad, la Política Criminal cumple la función limitadora de la pena, en tanto que sólo permite imponer una pena si, además de la culpabilidad, se dan las necesidades de prevención general y especial. Así, el Derecho Penal se convierte, con ayuda del principio de culpabilidad, como apunta Roxin<sup>122</sup>, en la infranqueable barrera de la Política Criminal; pero también la Política Criminal, al incluir las necesidades de prevención general y especial, se convierte en el límite del Derecho Penal, que ya no puede imponer una sanción sólo en base a la culpabilidad. De esta suerte se combina un máximo de libertad individual con un máximo de eficacia político-criminal.

Por consiguiente, *no existe contradicción alguna entre culpabilidad y prevención*, esto es, entre imputación individual y confirmación del Derecho, según afirma Achenbach<sup>123</sup>. De ahí que la imputabilidad individual y la prevención de integración se encuentren en una relación de mutación recíproca que, a juicio del mencionado autor, permite *renunciar tranquilamente al concepto de culpabilidad (como fundamento de la pena)*.

<sup>120</sup> ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1981, p. 189.

<sup>121</sup> En este sentido, KAUFFMANN afirma que «la pena no sólo se justifica por la culpabilidad», sino que también debe ser exigida «por la protección de bienes jurídicos necesaria para la comunidad» (*Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, p. 276).

<sup>122</sup> Cfr. pp. 199 y s.

<sup>123</sup> ACHENBACH, «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991, p. 146.

La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo conduce, según Schünemann<sup>124</sup>, a las conclusiones siguientes:

En primer lugar, que el abandono del Derecho Penal retributivo no implica de por sí, en absoluto, el abandono de la noción de *culpabilidad*.

En segundo lugar, que debe mantenerse la culpabilidad como principio de *limitación* junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del Derecho Penal con la categoría de la *responsabilidad*. Y, en tercer lugar, que la abolición del Derecho Penal de retribución de la culpabilidad no debe detenerse ante la *medición de la pena*, de modo que, en lugar de una pena por la culpabilidad, ha de aparecer una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad, y, por tanto, garantizadora del principio de igualdad, en la que la culpabilidad sólo mantiene su significado como principio de limitación de la pena.

Como principio *limitativo*, el dogma de la culpabilidad no sólo es, como subraya el referido autor, adecuado a los tiempos, sino que resulta incluso *irrenunciable*.

Consecuentemente, el *Derecho Penal de la culpabilidad* tiene como misión principal, señala Muñoz Conde<sup>125</sup>, «brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo coste de represión y de sacrificio de la libertad individual». La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general, porque es la pena adecuada a la culpabilidad, también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo general. Por eso, es conveniente mantener la pena —no retributiva— porque, como apunta Roxin<sup>126</sup>, «con ayuda del principio de culpabilidad limita con más energía el poder de intervención estatal que un sistema de medidas».

<sup>124</sup> SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo», en *El sistema...*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>125</sup> MUÑOZ CONDE, «Introducción a la culpabilidad y prevención en Derecho Penal de Roxin», *op. cit.*, pp. 35 y s.

<sup>126</sup> ROXIN, *Iniciación...*, *op. cit.*, p. 61.

El Derecho Penal más adecuado para la represión del delito en la sociedad de un Estado liberal de Derecho no es ni un Derecho Penal retributivo de la culpabilidad ni un Derecho Penal puramente preventivo, sino, en opinión de Roxin<sup>127</sup>, «una síntesis de ambos». No se puede castigar nunca más allá de las necesidades preventivas, pero tampoco más allá de la culpabilidad. La prevención aparece limitada en Derecho Penal por la culpabilidad, pero la pena adecuada a la culpabilidad sólo puede imponerse en los límites de la necesidad y conveniencia preventiva.

Despojada la culpabilidad del libre albedrío, el reproche moral, la retribución, y, con ella, la bilateralidad del principio de culpabilidad, queda, como observa el referido autor, muchísimo y suficiente para atribuir al principio de culpabilidad, también en el futuro, una función todavía importante en el seno del Derecho Penal.

Aunque no existe ninguna alternativa frente a la culpabilidad como base de la imputación jurídico-penal, sin embargo, el juicio de culpabilidad pierde, paulatinamente, el componente del reproche moral. De ahí que, si en el futuro se elaboran las bases político-criminales de la imputación a título de culpabilidad, será difícil, como apunta Stratenwerth<sup>128</sup>, «sostener que el fenómeno de la lesión de normas de comportamiento jurídicamente protegidas debe pensarse en términos de culpabilidad y expiación».

En conclusión, el *principio de culpabilidad*, en el moderno sistema jurídico-penal, tiene misiones irrenunciables, tales como: la imputación subjetiva, la exclusión de la responsabilidad por azar, la diferenciación y valoración de la participación interna en el hecho externo y la garantía de la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales. En cambio, desde la óptica de una Política Criminal eficaz, no es válido mantener el reproche de culpabilidad que se formula contra el autor de un delito, en virtud del principio de culpabilidad, porque desde el punto de vista teórico es, afirma Hassemer<sup>129</sup>, insostenible y, desde el punto de vista práctico, perjudicial.

<sup>127</sup> ROXIN, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal», *CPC*, núm. 30, 1986, p. 692. Traducción de Jesús-María Silva Sánchez.

<sup>128</sup> Cfr. pp. 124 y s.

<sup>129</sup> HASSEMER, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», *CPC*, núm. 18, 1982, p. 482. Traducción de Francisco Muñoz Conde.

## 9. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Históricamente, el *principio de proporcionalidad*, como exigencia de la pena, surge en los autores de la Ilustración. Así, Montesquieu<sup>130</sup> reclamaba *la justa proporción entre las penas y los delitos* porque es esencial que las penas guarden entre sí cierta armonía, puesto que es primordial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave; lo que más ofenda a la sociedad lo que menos la hiera. También, Beccaria<sup>131</sup> exigía *la proporción entre los delitos y las penas*, porque no sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.

Por consiguiente, si se destina una pena igual a dos delitos, que ofendan desigualmente la sociedad, el marqués de Beccaria piensa que los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.

El principio de proporcionalidad constituye, por tanto, un límite fundamental del *Ius puniendi*, como consecuencia del Estado democrático de Derecho, el cual, como señala Mir Puig<sup>132</sup>, «debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la Sociedad tienen los hechos a que se asignan». La necesaria proporción entre delitos y penas exige que la dureza de la pena no sea superior a la gravedad que socialmente tiene el hecho castigado. El referido principio significa, por tanto, que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente. Bien entendido que por gravedad del hecho se afirma el contenido del injusto, el daño que el hecho produce en la sociedad; mientras que por peligrosidad criminal se alude a la probabilidad de que el sujeto cometa un hecho descrito en la norma jurídico-penal como delito. En consecuencia, no se pueden imponer penas gra-

<sup>130</sup> Cfr. p. 110.

<sup>131</sup> BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1978, pp. 68 y 71.

<sup>132</sup> MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Editorial Bosch. S. A., Barcelona, 1976, p. 159.

ves a hechos de escasa gravedad, así como tampoco se pueden aplicar medidas de seguridad de naturaleza penal a sujetos que revelen, únicamente, cierta peligrosidad social<sup>133</sup>.

El *principio de proporcionalidad* es, como ha destacado Muñoz Conde<sup>134</sup>, una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho que, aplicada al Ordenamiento penal, prohíbe castigar los delitos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por aquéllos.

En cuanto a la *naturaleza jurídica* del principio de proporcionalidad, la doctrina<sup>135</sup> lo configura como un criterio sustitutivo del principio de culpabilidad, en base a que la necesidad de protección de bienes jurídicos sería el criterio para determinar la proporcionalidad de la sanción jurídico-penal. Frente a esta posición científica, Stratenwerth<sup>136</sup> propone, en lugar de un Derecho Penal retributivo, una forma de reacción jurídico-penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana. Por ello, la máxima de la proporcionalidad no puede convertir al principio de culpabilidad en imprescindible: sin recurrir a los momentos que son decisivos para la imputación a título de culpabilidad quedará vacío. En consecuencia, el principio de culpabilidad es independiente, pues las consideraciones preventivas no permiten interpretarlo suficientemente ni son capaces de reemplazarlo. Sin embargo, el citado autor reconoce que las exigencias de la culpabilidad jurídico-penal, en sí mismas consideradas, contienen, ciertamente, elementos de política criminal.

Por su parte, la doctrina penal española ha señalado las diferencias entre ambos principios. Así, Mir Puig<sup>137</sup> afirma que la distinción afecta al *injusto* del hecho, ya que no se trata de exigir la atribuibilidad del injusto al autor, sino de requerir proporcionalidad entre la gravedad del injusto y de la pena que se le asigna. Del mismo modo, Quintero y Olivares<sup>138</sup> afirma que el principio de proporcionalidad no pretende resol-

<sup>133</sup> Vid. SAINZ CANTERO, cfr. pp. 42 y s.

<sup>134</sup> MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, op. cit., p. 78.

<sup>135</sup> Vid. ELLSCHIED y HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, Civitas, 9, 1970, pp. 27 y ss.; LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, Bd. II, 1975, pp. 266 y ss., y KAUFMANN, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, Fests. f. Lange, 1976, pp. 27 y ss.

<sup>136</sup> Cfr. pp. 120 y s.

<sup>137</sup> MIR, *Introducción...*, op. cit., p. 158.

<sup>138</sup> QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad» (Aportación a la reforma del Código penal español), *ADPCP*, 1982, p. 383.

ver aquellos problemas que, como el libre albedrío o la posibilidad de un «reproche personal», integran la culpabilidad, sino, por el contrario, superar esos escollos, de índole pre-penal, salvando todo aquello que la culpabilidad supone en la vida del sistema positivo, y que se condensa en lo teórico en el fundamento de una serie de casos de exclusión de la responsabilidad, en otros supuestos de mitigación de la misma, y en la explicación de la reacción punitiva.

Por consiguiente, afirmo que *el principio de proporcionalidad inspira al Estado de Derecho con plena operatividad, como una garantía básica de obligado cumplimiento, siempre que puedan verse afectados los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos*<sup>139</sup>.

El Tribunal Constitucional alemán ha definido la proporcionalidad en sentido amplio al declarar que «el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental». *Stricto sensu* ha reiterado que «la gravedad de la lesión y la trascendencia de sus razones justificativas han de estar en adecuada proporción».

En sentido amplio, a veces también designado *Übermassverbot* («prohibición de exceso»), se le hace derivar de la esencia de los derechos básicos, apareciendo como «expresión de la pretensión general de libertad del ciudadano frente al Estado, no siendo susceptibles los derechos fundamentales de ser restringidos desde lo público más que en la estricta medida en que fuere menester para la protección de intereses generales»<sup>140</sup>.

Por lo que se refiere al *fundamento* del principio de proporcionalidad, en el Derecho español, Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>141</sup> afirman su vigencia, a partir del artículo 1 de la Constitución, no sólo en tanto este precepto constituye una proclamación del Estado de Derecho, sino también en la medida en que declara que la libertad es un valor supe-

<sup>139</sup> En este sentido, véase PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *PJ*, núm. 17, 1990, p. 79.

<sup>140</sup> Citado por PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, en *El principio...*, *op. cit.*, pp. 82 y s., notas 79 y 81.

<sup>141</sup> Cfr. p. 69.

rior del Ordenamiento español. Pero es que además de la referida declaración genérica, la vigencia del *principio de prohibición de exceso* puede inducirse, a juicio de los mencionados autores de los preceptos constitucionales siguientes: artículos 15, 17.2, 17.4, 55.2, etc.

El principio de que «no deben imponerse más penas que las estrictas y absolutamente necesarias» es, como subraya Vives Antón<sup>142</sup>, un aspecto del *principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso*, que no puede hacerse efectivo por los Tribunales Ordinarios más que acudiendo a la vía del artículo 2.º del Código penal o, en supuestos que lo permitan, planteando la cuestión de inconstitucionalidad. Este recurso (o, en su caso, el planteamiento del amparo constitucional por el afectado) tropieza, ciertamente, con el criterio autorrestrictivo de nuestro Tribunal Constitucional, que, en Sentencia de 22 de mayo de 1986, ha proclamado que la exigencia de proporcionalidad es básicamente un mandato dirigido al Poder Legislativo para que adecúe la gravedad de las penas a la gravedad de los delitos. Sin embargo, el Alto Tribunal ha recogido el sentir de la doctrina dominante, cuando declara que dicho principio debe ser ponderado también por el Poder Judicial en el ámbito de la individualización de la pena, por la vía de los artículos 2 y 61 del Código penal<sup>143</sup>.

En todo caso, la desproporcionalidad de las penas puede fundamentar una cuestión de inconstitucionalidad o, en su defecto, un recurso de amparo, si, como señala Zugaldía<sup>144</sup>, «en un caso concreto una pena resulta desproporcionada, bien porque es desorbitada, o porque no resiste un juicio de adecuada ponderación». Esto se debe a que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la comisión del delito no implica la pérdida de la dignidad humana<sup>145</sup>. Por ello, el artículo 15 de la CE prohíbe que las penas sean *inhumanas o degradantes*. Consecuentemente, son inhumanas las penas que, como subraya Bacigalupo<sup>146</sup>, no guardan

<sup>142</sup> VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *PJ*, número especial II, 1987, p. 110.

<sup>143</sup> En este sentido, HASSEMER y MUÑOZ CONDE sostienen que el principio de proporcionalidad, en parte, «también obliga al juez» (*Introducción...*, *op. cit.*, p. 120).

<sup>144</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*. (Parte General). Las teorías de la pena y de la ley penal. Universidad de Granada, 1990, pp. 201 y s.

<sup>145</sup> En este sentido, el artículo 3.1 del Reglamento Penitenciario dispone que «la actividad penitenciaria se ejercerá, respetando, en todo caso, la personalidad y dignidad humana de los reclusos».

<sup>146</sup> BACIGALUPO, *Principios de Derecho General*. Parte General, 2.ª edición, Ediciones Akal, S. A., 1990, p. 30.

*proporcionalidad* con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor.

Finalmente, conviene resaltar que el principio de proporcionalidad no afecta sólo a la determinación de la pena, sino también, según Quintero Olivares<sup>147</sup>, al modo de estructurar los comportamientos punibles. El Ordenamiento jurídico-penal vigente no respeta siempre dicho principio, pues su observancia implicaría, sin duda, una adecuada y equilibrada presencia en el delito, tanto del acto como del resultado desvalorados. Las quebras del principio de proporcionalidad surgen, principalmente, de la excesiva trascendencia que se concede a los resultados objetivamente producidos, sean o no queridos, lo cual no es el desvalor de resultado *stricto sensu*, sino, como apunta el mencionado autor, una adulteración de lo que éste significa. Por consiguiente, la proporcionalidad que se materializa en las penas puede empezar a revelarse en las estructuras de la responsabilidad criminal.

Sobre los *requisitos* del principio de prohibición de exceso, la doctrina dominante exige los siguientes:

- a) *Adecuación a fin*. La pena no es retribución, sino adecuación a uno o varios fines que la justifiquen.

En este sentido, v. gr., las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas, por imperativo constitucional, *hacia la reeducación y reinserción social* (art. 25.2 CE). Lógicamente, las instituciones penitenciarias donde, generalmente, se cumplen tales penas y medidas de seguridad, también tienen como *fin primordial* la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad (art. 1 de la LOGP).

- b) *Necesidad*. La exigencia de necesidad se basa en el *principio de intervención mínima*, a tenor del cual, tanto el hecho de que se acuda a la pena criminal como el requisito de que la pena sea proporcionada al delito, se justifican en la necesidad de protección jurídico-penal, para la sociedad y el sujeto que ha delinuido, respectivamente.

---

<sup>147</sup> Cfr. p. 407.

- c) *Proporcionalidad (stricto sensu)*. La exigencia de proporcionalidad ha de determinarse, según Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>148</sup>, mediante un juicio de ponderación entre la «carga coactiva» de la pena y el fin perseguido por la conminación penal. Dicha ponderación debe realizarse desde la óptica del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio. En abstracto, la pena proporcionada a la gravedad del delito es, también, la adecuada a la finalidad de tutela. Sin embargo, en el caso concreto, bien pudiera ocurrir que la citada finalidad se cumpla con una pena menor, o, en su caso, sin necesidad de acudir a pena criminal alguna. En esta hipótesis, la proporcionalidad debe entenderse, a juicio de los mencionados autores, «conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela, que es el auténtico objeto de la ponderación, y no según la gravedad del delito, que es sólo un criterio genérico para efectuarla».

Por su parte, Mir Puig<sup>149</sup> señala la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su «nocividad social»). La necesidad misma de la proporción se funda, desde esta perspectiva, en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva). Por consiguiente, el Derecho Penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas, subraya el citado autor, a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la «nocividad social» del ataque al bien jurídico.

Por otra parte, el *principio de proporcionalidad* informa, también, instituciones de naturaleza penal y procesal penal, como la *extradición*<sup>150</sup>. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia Soering, de 7 de julio de 1989, declaró por unanimidad la existen-

<sup>148</sup> Cfr. p. 71.

<sup>149</sup> Cfr. pp. 111 y s.

<sup>150</sup> En este sentido, el artículo 4 de la Ley de Extradición Pasiva, de 21 de marzo de 1985, establece que no se concederá la extradición... «cuando el Estado requirente no diere la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes» (6.º).

cia de una violación del artículo 3.º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>151</sup>, «si la decisión ministerial de extraditar al reclamante a los Estados Unidos de América fuese ejecutada», en base a que:

El largo período que tienen que pasar en «la lista de espera de la muerte» en condiciones tan extremas, con la angustia omnipresente y creciente de la ejecución de la pena capital, así como la situación personal del reclamante, en particular su edad y su estado mental en la época de la infracción, una extradición a los Estados Unidos expondría al interesado a un riesgo real de trato que excede el umbral fijado por el artículo 3.º. La existencia en el caso concreto de otro medio de atender el fin legítimo de la extradición, que no implica sufrimientos de una intensidad y de una duración tan excepcionales representa una consideración pertinente suplementaria<sup>152</sup>.

Finalmente, interesa destacar la exigencia del *principio de proporcionalidad* en el orden procesal penal, como garantía jurídica fundamental. Así se refuerza la íntima conexión existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Penal. En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad en el orden jurisdiccional penal exige que el momento y modo, el tipo y la gravedad de las medidas coercitivas han de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al inculpado; que el grado de certeza tiene que justificarlas y que la medida que se acuerde para el descubrimiento y persecución del hecho presuntamente punible tiene que ser necesaria, porque no se dispone de otros medios menos gravosos para alcanzar dichos objetivos.

No basta, por tanto, con una base legal para invadir la esfera del inculpado —particularmente, su libertad e inviolabilidad corporal—, ya que la norma que autorice dicha intromisión debe ser interpretada y aplicada desde el significado de los respectivos derechos constitucionalmente sancionados.

Por consiguiente, cuando la norma procesal que habilite la entrada en el ámbito jurídico fundamental del ciudadano no contenga una defi-

<sup>151</sup> Dicho precepto establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes».

<sup>152</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de proporcionalidad en la extradición», *P.J.* núm. 15, 1989, p. 45.

nitiva regulación basada en el principio de proporcionalidad en sentido amplio, corresponde al juez la tarea de ponderar las necesidades de la Justicia penal, a la luz de la significación valorativa de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad<sup>153</sup>.

En el ámbito procesal penal, el *principio de prohibición de exceso* adquiere particular importancia en la adopción de las medidas cautelares personales; a saber: la *prisión preventiva*. En esta materia, el principio de proporcionalidad debe entenderse en el sentido de que la prisión preventiva no ha de decretarse cuando resulte su desproporcionalidad con la entidad del hecho y la sanción eventualmente imponible. Aun tratándose de medidas cautelares de naturaleza provisional, es conveniente huir de criterios político-criminales, para atender, según Pedraz Penalva y Ortega Benito<sup>154</sup>, en el caso singular y con referencia a la persona que, en concreto, va a padecerla si las consecuencias exceden las necesidades de «persecución penal».

En efecto, la prisión provisional es un mal que supone la limitación del derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, de la libertad individual. Una tal limitación sólo puede estar justificada, como apuntan Muñoz Conde y Moreno Catena<sup>155</sup>, «en la medida en que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales y en la medida en que sea proporcionada a la ofensa cometida a esos bienes jurídicos y no haya otros medios jurídicos menos radicales para conseguirla» (principio de intervención mínima).

## 10. EL PRINCIPIO PREVENTIVO

La pena es, básicamente, a juicio de Rodríguez Mourullo<sup>156</sup>, «una privación de bienes que se impone como retribución por el hecho cometido». Sin embargo, la esencia retributiva de la pena no es incompa-

---

<sup>153</sup> Vid. PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, cfr. p. 95.

<sup>154</sup> Ídem, p. 98.

<sup>155</sup> MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, «La prisión provisional en el Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 346. Véanse, además, los artículos 502 y ss. de la vigente LECrim.

<sup>156</sup> Cfr. pp. 54 y s.

tible, subraya el citado autor, con las finalidades de prevención general y especial, pero señala a estas finalidades evidentes límites, porque la pena, en cuanto retribución, se orienta hacia el pasado y se fundamenta y mide por la gravedad del hecho cometido. Por consiguiente, para realizar la función preventiva que le es peculiar, el Derecho Penal debe incorporar al sistema medidas específicamente preventivas, carentes de base retributiva y con vocación de futuro.

Ciertamente, la configuración de determinados hechos como delictivos y la amenaza de la imposición de penas que el Código señala para quienes lo cometan, produce *intimidación general*. No obstante, ya la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley General Penitenciaria<sup>157</sup> reconocía que «la finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de prestar atención debida a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda...».

En consecuencia, el fin primordial de las instituciones penitenciarias se orienta, en la fase de ejecución de la pena concreta, a la satisfacción de objetivos de *prevención especial: la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad*, conforme disponen los primeros artículos de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y del Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario, respectivamente<sup>158</sup>.

Pero es que, además, el Ordenamiento penal español completa estas finalidades de prevención general y especial con un sistema de medidas de seguridad, reguladas en la Ley de 4 de agosto de 1970 sobre Peligrosidad y rehabilitación social, modificada por las Leyes 43/1974, de 28 de noviembre, y 77/1978, de 26 de diciembre<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> Publicado en el *BOC*, núm. 148, de 15 de noviembre de 1978.

<sup>158</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982; MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1983; MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», *CPC*, núm. 7, 1979, pp. 91 y ss., y CÓRDOBA RODA, «La pena y sus fines en la Constitución», en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, pp. 151 y ss.

<sup>159</sup> Vid. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, y TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Editorial Akal, Madrid, 1981.

A diferencia de las *teorías absolutas* de la pena, para las que la consecuencia jurídica principal del delito es legítima si constituye la retribución de una lesión del orden jurídico realizada culpablemente; las *teorías relativas* fundamentan la pena en la obtención de un fin concreto. Si tal objetivo tiende, mediante la amenaza penal, a intimidar a los ciudadanos para que se abstengan de la comisión de hechos delictivos, se configura la teoría *preventivo-general* de la pena. En cambio, si el fin consiste en actuar sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, surge la tesis *preventivo-especial* o *individual* de la pena.

Por tanto, el *principio preventivo* significa que *el Estado de Derecho no sólo debe castigar, sino también prevenir el delito, mediante un sistema preventivo que tienda a evitar la comisión de futuros delitos.*

En sentido amplio, *prevención general* quiere decir evitar la comisión de delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos, independientemente de si en concreto han delinquido o no. *Stricto sensu*, *prevención general* significa fin o función de la pena, ya que para la prevención de la criminalidad, además de acudir a medios extrapenales —como la educación, la formación de la conciencia individual, la interiorización de normas de conducta, la supresión de los factores que contribuyen al desarrollo del fenómeno criminal, o incluso la descriminalización de conductas, etc.—, es preciso acudir, en última instancia, como apunta Luzón Peña<sup>160</sup>, «a la amenaza de un mal real que supone la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de la pena».

En la fase de individualización judicial de la pena, los criterios preventivo-generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho cometido carecen de legitimidad, en opinión de Bacigalupo<sup>161</sup>, el cual estima necesario establecer límites *externos* (por ejemplo, la culpabilidad del autor) a la prevención general.

Por otra parte, las *características* fundamentales de la prevención general son, a juicio de Luzón Peña<sup>162</sup>, las siguientes:

De un lado, la *intimidación general*, y, de otro, el *prevalecimiento del Derecho* o *prevención estabilizadora*.

<sup>160</sup> LUZÓN PEÑA, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *CPC*, núm. 16, 1982, p. 94.

<sup>161</sup> Cfr. pp. 19 y s.

<sup>162</sup> Cfr. pp. 96 y s. Del mismo autor, confróntese *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979.

En efecto, el aspecto *primario* de la prevención general es la intimidación general, la cual no sólo es susceptible de una fundamentación totalmente racional, sino que también limita la pena en una medida muy superior, en opinión del citado autor, a las ideas de retribución, principio de culpabilidad y similares. Tales limitaciones dimanarían de la vinculación de los fines preventivo-generales a las exigencias de eficacia o idoneidad. De aquí se derivan, a su vez, de una parte, la exigencia de proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido, y, de otra, la necesidad de la pena, que obliga a investigar durante todas las fases de la intervención penal si una determinada pena, aplicada a un caso concreto, es o no necesaria conforme a las exigencias intimidatoria e inhibitoria de la prevención general.

Por lo que se refiere a la *prevención estabilizadora* —o sea, el hecho de que las normas jurídico-penales prevalezcan frente al delito, con la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en el orden jurídico—, Luzón Peña sostiene que este aspecto debe entenderse como secundario y *derivado* del de la intimidación general, es decir, como consecuencia de la eficacia de ésta; por tanto, ambas vertientes de la prevención general deben ser correlativas: lo que baste para una eficaz intimidación general es suficiente para el prevalecimiento del Derecho (*Rechtsbewährung*). Consecuentemente, el mencionado autor concluye afirmando que la prevención estabilizadora no debe implicar más (o menos) exigencias de pena que la intimidación general.

Por otra parte, la teoría de la *prevención especial* desplaza el acento del Derecho Penal desde el hecho cometido al autor del mismo. La pena se configura como «prevención mediante represión» que debe servir para los fines siguientes:

- a) *Corrección* del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección.
- b) *Intimidación* del delincuente que no precisa corrección.
- c) *Inocuidización* del delincuente incapaz de corrección<sup>163</sup>.

Sin embargo, a partir de la década de los sesenta, la prevención especial sufrió una importante transformación, debido a que las clasifica-

<sup>163</sup> Vid. LISZT, Franz von, *Strafrecht. Aufs. und Vorträge*, 1905, I, pp. 164 y ss.

ciones de delincuentes que habían inspirado la configuración de los fines preventivo-individuales de la pena, fueron sustituidas por conocimientos pedagógico-sociales más evolucionados. Así, como pone de relieve Bacigalupo <sup>164</sup>, en primer lugar, la *resocialización* es el fin primordial de la pena; en segundo término, se pone de relieve la *corresponsabilidad de la sociedad en la génesis del crimen*; y, por último, se subraya la *importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento*.

En todo caso, parece conveniente armonizar las exigencias de prevención general y especial, pues, como afirma Gimbernat <sup>165</sup>, la Sociedad, aunque no se puede constatar si el comportamiento prohibido tiene su origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria; para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social; para conferir, en fin, a tales prohibiciones —con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas— un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitorio. En un Derecho Penal así concebido, la pena no es ya algo irracional, sino, como apunta el citado autor, racional; es más: razonable <sup>166</sup>.

No obstante, en caso de incompatibilidad hay que dar preferencia, según Luzón <sup>167</sup>, a las exigencias preventivo-generales, pues aunque una pena sea preventiva —especialmente innecesaria o contraindicada—, se relajaran las barreras inhibitorias de la generalidad frente a esos delitos. En mi opinión, la *víctima* juega un papel destacado en estos casos de prevención general *versus* prevención especial. Así, v. gr., en el supuesto de que una mujer sea golpeada, agredida y obligada a realizar el acto sexual con su agresor, las exigencias preventivo-generales demandan fortalecer los mecanismos inhibitorios de los ciudadanos con la imposición al culpable de una pena de doce años de privación de libertad. Sin embargo, si el agresor es el marido de la víctima, y ésta, pese a que fue agredida su libertad sexual, no sabía que hacer el amor con su marido a la fuerza era constitutivo de un delito de violación y, por supuesto, rechaza para su esposo las graves consecuencias

<sup>164</sup> Cfr. pp. 21 y s.

<sup>165</sup> GIMBERNAT, *¿Tiene... op. cit.*, p. 148.

<sup>166</sup> En este sentido, véase SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Gotinga, 1963, pp. 51 y s.

<sup>167</sup> Cfr. pp. 95 y s.

jurídico-penales que se derivan de sus actos, parece claro que, desde esta perspectiva, razones preventivo-especiales hacen innecesaria la imposición de la pena<sup>168</sup>.

Las insuficiencias de la prevención general, basada en la coacción psicológica, y la prevención especial, fundada en la resocialización, han generado el nacimiento de la *prevención general positiva*. En su virtud, la reacción penal implica un apoyo a la conciencia normativa social; es decir, la confirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales<sup>169</sup>. La prevención general se materializa en la *prevención general integradora*, para la cual la función de la pena es, a juicio de Jakobs<sup>170</sup>, «prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma». Por consiguiente, el sujeto culpable es castigado para la «conservación de la confianza en la norma general» y para la «puesta en práctica de su reconocimiento».

Para la *teoría sistémica de la prevención general positiva*, la persona no es el centro y el fin de la sociedad y del derecho, sino un «subsistema físico-psíquico», al que el derecho valora en tanto en cuanto realice un papel funcional con respecto a la totalidad del sistema social<sup>171</sup>. En consecuencia, tanto el principio positivo de la prevención especial (reeducación) como el negativo de la prevención general (disuasión) son sustituidos por el principio positivo de la prevención general, en cuya virtud la pena tiene como fin el ejercicio del reconocimiento y de la fidelidad a la norma; o sea, la configuración de la pena como prevención/integración.

La teoría de la prevención general positiva ofrece un nuevo soporte a la llamada *cultura del sistema penal*, reafirmando su función primordial; a saber, según Baratta<sup>172</sup>, la reproducción ideológica y material de

<sup>168</sup> En el caso enjuiciado, el Ministerio Público solicitó una pena de doce años de cárcel para el agresor, por un presunto delito continuado de violación a su esposa. No obstante, el fiscal pidió al Tribunal que solicite al Gobierno un indulto parcial, atendiendo el grado de malicia y el daño causado por el procesado, el cual fue perdonado por su esposa (Fuente: ABC, 3-7-91, p. 68). Consulte, además, LANDROVE DÍAZ, *Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

<sup>169</sup> HASSEMER, en Hassmer/Lüdtssen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, 1983, p. 64. Del mismo, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 296. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, op. cit., p. 151.

<sup>170</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, «AT», Berlin/NY, 1983, pp. 9 y 396 y s. Del mismo, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 10.

<sup>171</sup> JAKOBS, cfr. p. 385.

<sup>172</sup> BARATTA, «Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica». Traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas, *CPC*, núm. 24, 1984, p. 550.

las relaciones sociales existentes. En efecto, al fundamentar la función penal otorgando prevalencia a la conservación del sistema social sobre las necesidades y valores de las personas, la teoría de la prevención/integración aplica la teoría sistémica, ya que mantiene la relación entre el «sistema/sociedad» y el «subsistema/hombre».

En el proceso de incriminación de la responsabilidad penal, el sujeto deja de ser el fin de la intervención institucional para convertirse en el soporte psico-físico de una acción simbólica, cuyos objetivos están fuera de él y de la que constituye un mero instrumento. El componente irracional de los sistemas punitivos, revelado en la figura del «chivo expiatorio», es elevado por la teoría de la prevención/integración al rango de un principio de absoluta racionalidad del sistema. De ahí la aparente paradoja de esta teoría, consistente en basar la responsabilidad penal en un sujeto que, simultáneamente, como apunta Baratta, «resulta desobjetivizado respecto del sistema».

Por consiguiente, la teoría sistemática conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho Penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no, como subraya Muñoz Conde<sup>173</sup>, «su modificación o crítica». En última instancia, la teoría sistémica lleva a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de «funcionalidad del sistema social», perdiendo así la Ciencia del Derecho Penal, a juicio del referido autor, el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho Penal positivo.

Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece, según Mir Puig<sup>174</sup>, «como la más peligrosa de las teorías retributivas liberales».

Del mismo modo, Luzón Peña<sup>175</sup> insiste en el carácter regresivo que, frente a la prevención de intimidación, tiene la prevención socialmente integradora o estabilizadora entendida como categoría autónoma (más aún: exclusiva) y con exigencias propias. Pero es que, además, la

<sup>173</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y control social*, op. cit., pp. 26 y ss.

<sup>174</sup> MIR PUIG, «Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *Poder y control*, núm. 0, Barcelona, 1986, p. 56.

<sup>175</sup> Cfr. p. 99.

configuración autónoma del concepto de prevención estabilizadora o integradora supone una «racionalización» de algo subyacente e inconsciente; a saber, según el citado autor: impulsos, agresividad y emociones de carácter plenamente irracional.

Sin embargo, la concepción de la prevención general integradora, como consolidadora de un sistema de valores, parece más justa que la prevención general intimidatoria, puesto que, como observa García Arán<sup>176</sup>, «encuentra su límite en la propia conciencia social». En cualquier caso, la decisión en favor de la prevención general positiva exige que, como afirma Bacigalupo<sup>177</sup>, «no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un Derecho Penal más humano».

Por otro lado, interesa destacar la importancia del *principio preventivo* en el *proceso de individualización judicial de la pena*. En efecto, toda determinación de la pena gira en torno a tres cuestiones fundamentales: la retribución del hecho antijurídico, la adaptación de la sanción a las condiciones de motivabilidad propias del autor concreto y las necesidades de afirmación del orden jurídico en su conjunto. Principio de culpabilidad, prevención individual y prevención general constituyen, a juicio de Zipf<sup>178</sup>, el *triángulo mágico* de la determinación de la pena. La consecuencia principal de la teoría del marco de la culpabilidad y de toda la moderna teoría de la determinación de la pena es la separación de *dos planos* a la hora de fijar la gravedad de la pena: a sa-

<sup>176</sup> Cfr. p. 89.

<sup>177</sup> Cfr. p. 25. Véase, además, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Madrid, 1990.

<sup>178</sup> ZIPF, «Principios fundamentales de la determinación de la pena». Traducción de Santiago Mir Puig, *CPC*, 1982, núm. 17, p. 353. A este respecto, el párrafo 46 del Código Penal alemán establece lo siguiente:

«Principios de determinación de la pena».

- 1) La culpabilidad del autor es la base de la determinación de la pena. Deberán tenerse en cuenta las consecuencias que quepa esperar de la pena para la vida futura del autor en la Sociedad.
- 2) En la determinación de la pena el Tribunal ponderará conjuntamente las circunstancias que atenúen y agraven la situación del autor. Se tomarán en consideración a estos efectos:
  - Los móviles y finalidades del autor.
  - La actitud interna que exprese el hecho y la voluntad que en él concurra.
  - El grado de contrariedad al deber.
  - La forma de ejecución y las consecuencias culpables que se sigan del hecho.
  - La vida anterior del culpable, sus circunstancias personales y económicas y su comportamiento posterior al hecho, en especial su esfuerzo por reparar el daño causado.

ber, según el mencionado autor, el *plano de la culpabilidad* y el *ámbito de la prevención*.

La culpabilidad conecta con la responsabilidad personal del delincuente y permite imputarse una infracción del Derecho; la prevención, en cambio, se orienta a la peligrosidad social del sujeto y trata de conjurarla mediante sanciones adecuadas. Por consiguiente, la determinación de la pena no es sólo compensación de la culpabilidad, sino, como apunta el referido autor<sup>179</sup>, también un acto de configuración social que persigue la meta de incorporar al autor a la comunidad jurídica y la de mantenimiento y fortalecimiento de la fidelidad general al Derecho.

En el fondo del mencionado párrafo 46 del Código penal alemán (STGB) late la idea de la prevención general; pero esta idea no es más, en este caso, según Roxin<sup>180</sup>, que la plasmación de la prevención general compensadora que toda pena adecuada a la culpabilidad tiene, es decir, simple «mantenimiento del orden jurídico» y «afirmación de la fe en el derecho». Por tanto, en el Derecho alemán la pena adecuada a la culpabilidad debe entenderse en el sentido de la teoría del margen de libertad y la pena definitiva a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer, únicamente, las exigencias preventivo-especiales, puesto que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre, a juicio del citado autor<sup>181</sup>, las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé una prevención intimidatoria general que permita avanzar más. Asimismo, también por razones político-criminales hay que rechazar una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias. Por todo lo cual, Roxin concluye afirmando que la regla sobre determinación de la pena contenida en el párrafo 46 del STGB, no se queda anclada en el modelo de la pena adecuada a la culpabilidad, sino que reconoce, dentro de ciertos límites, la importancia autónoma de la prevención especial<sup>182</sup>.

En la discusión sobre si la individualización de la pena debe regirse por criterios exclusivamente preventivo-especiales o si la prevención

<sup>179</sup> Cfr. p. 358.

<sup>180</sup> ROXIN, *Culpabilidad...* *op. cit.*, p. 101.

<sup>181</sup> Ídem, p. 103.

<sup>182</sup> Ídem, p. 113.

individual puede ser limitada desde fuera por alguna otra consideración, hay algo absolutamente claro, según Bacigalupo<sup>183</sup>: la necesidad de límites de proporcionalidad con respecto a la prevención especial en el ámbito de la individualización de la pena, lo cual es reconocido, actualmente, por la doctrina dominante.

Dentro del marco fijado para la prevención general, caben todas las consideraciones hacia las exigencias preventivo-especiales: cabe disminuir, sustituir, suspender o renunciar a la imposición de la pena, si ello es necesario. Sin embargo, este planteamiento, según Luzón Peña<sup>184</sup>, ¿no resulta clasista y reaccionario en las consecuencias dimanantes de su aplicación práctica? Aunque el criterio preventivo-especial no sea siempre favorable a los miembros de las clases sociales superiores, es evidente que en esas personas se dará más fácilmente la circunstancia de nula o menor necesidad preventivo-especial de pena: consecuentemente, los sustitutivos penales les serán aplicados, preferentemente, a estas personas que a los sujetos pertenecientes a los estratos inferiores. Ahora bien, de esta situación no es responsable el Derecho Penal ni su sistema de prevención general y especial, sino, como afirma Luzón, «la propia estructura materialmente desigual de la sociedad».

Finalmente, el *principio preventivo* exige una estrategia de prevención de la criminalidad que, según Morenilla Rodríguez<sup>185</sup>, debe cumplir los objetivos siguientes:

1. Afrontar las situaciones sociales criminógenas mediante una política social que palée las desigualdades existentes entre los españoles promoviendo la educación, oportunidades personales, bienestar social y unas condiciones seguras de trabajo.
2. Disuadir a los delincuentes en potencia, o sea, a personas que por sus circunstancias sociales o dificultades familiares o personales están propensas a violar la ley penal.

<sup>183</sup> BACIGALUPO, «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano», en *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad de Stratenwerth, op. cit.*, p. 39.

<sup>184</sup> Cfr. pp. 104 y s.

<sup>185</sup> MORENILLA RODRÍGUEZ, «Tendencias del delito y estrategia para su prevención en España», *CPC*, 1981, núm. 13, pp. 77 y ss. Véase también PETER-ALEXIS ALBRECHT y otros, «Derecho penitenciario de menores y prevención criminal». Estructura y problemas de las penas de los menores de catorce y quince años. Traducción de Borja Mapelli Caffarena, *CPC*, 1986, núm. 28, pp. 133 y ss.

3. Disuadir a quien ha cometido un delito para que no vuelva a cometer otro. Esta «prevención especial» requiere también una justicia ejemplar para quien ha delinquido y un sistema penitenciario que evite el contagio moral del detenido inocente o del preso que conserva un respeto por los valores sociales. Requiere también una organización de una asistencia social que facilite la reinserción del condenado durante y después de su internamiento.
4. Para aplicar esta política se precisa una planificación de objetivos y una coordinación de los servicios existentes, sobre la base de un conocimiento de los sectores interesados y de la situación real de la criminalidad en el ámbito de actuación.
5. La planificación y el funcionamiento de la *política criminal preventiva* exige la organización de recursos, materiales y humanos, que permitan alcanzar un conocimiento profundo de la delincuencia y evaluar la operatividad de las medidas adoptadas.
6. La estrategia de la prevención requiere, ciertamente, una importante inversión económica, capaz de llevar a cabo medidas de carácter social; financiar los servicios públicos creados para asegurar el cumplimiento de la ley y dotar los medios de organización y ejecución necesarios para su efectividad.
7. Por último, la colaboración internacional es una *conditio sine qua non* de toda política criminal preventiva.

## 11. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Antes de la Revolución Francesa y de la Codificación, el Derecho Penal se caracterizaba por su crueldad. En efecto, a propósito del *tormento*, Beccaria<sup>186</sup> denunciaba que la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o, final-

---

<sup>186</sup> Cfr. pp. 87 y s.

mente, por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado, «es una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones». Sin embargo, la crueldad de las penas no es, en opinión del referido autor, uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que, para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible<sup>187</sup>.

Por otra parte, el Derecho Penal que surge de la Revolución Francesa consagra el Estado liberal de Derecho basado en los principios de legalidad y humanización de las penas. La plasmación de esta idea se realiza, según Berdugo Gómez de la Torre<sup>188</sup>, mediante la humanización del contenido de las penas, en cuanto el Derecho Penal no puede lesionar la dignidad de la persona humana. La creación del marco del Estado liberal posibilita a los hombres reflexionar y evolucionar en su contenido. La dignidad de la persona permitió excluir, en primer lugar, las penas corporales; después, la pena de muerte; más tarde, humanizar el contenido del Derecho penitenciario o cuestionar las penas de larga duración, etc., etc.

El *principio de humanidad*, correctamente entendido, debería ser, a juicio de Hassemer y Muñoz Conde<sup>189</sup>, «el principio rector del Derecho Penal y de la Política Criminal, pues sólo un sistema jurídico-penal que tenga como meta exclusiva la protección de intereses humanos corresponde a una teoría personalista del bien jurídico y a un control formalizado de la desviación». Sin embargo, justo es reconocer que no existe una línea constante que conduzca, directamente, a la definitiva consagración del principio de humanidad del Derecho Penal, mediante una continua atenuación de sus graves consecuencias y la debida construcción de las garantías formales.

El *principio de humanidad de las penas* es el que en mayor medida caracteriza, como subraya Mir Puig<sup>190</sup>, el «origen y la evolución del

<sup>187</sup> Ídem, p. 116.

<sup>188</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Las transformaciones originadas por la Revolución Francesa en el contenido del Derecho Penal», en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Judiciales, vol. 5, Madrid, 1990, pp. 121 y 127.

<sup>189</sup> Cfr. p. 172.

<sup>190</sup> Cfr. p. 104.

contenido del sistema penal contemporáneo. En su virtud, fue posible la transformación de un sistema penal basado en la pena de muerte y penas corporales, a otro dominado por la pena privativa de libertad. Más aún, la tendencia humanitaria del moderno Derecho Penal se concreta en los llamados *sustitutivos penales*, a cuyo tenor se sustituyen las penas cortas privativas de libertad por otras menos lesivas como la multa que no afectan al núcleo de los derechos fundamentales del condenado. Asimismo, se adoptan medidas alternativas a la privación de libertad, tales como la *suspensión* del cumplimiento de la pena o de su propia imposición (la *remisión condicional* prevista en los artículos 92 y siguientes del CP vigente), o incluso la *renuncia* a toda pena.

En esta línea de pensamiento se orienta el movimiento internacional de reforma del Derecho Penal, solicitando al legislador, según Jescheck<sup>191</sup>, que restrinja el campo de los hechos jurídico-penalmente sancionables a los límites de lo absolutamente necesario para la salvaguardia de la seguridad del orden público, para que no se produzca ningún innecesario «efecto de criminalización». En este sentido se habla de *desincriminación* o *despenalización* de ciertas conductas antes punibles<sup>192</sup>.

El *principio de humanidad* significa, en opinión de Jescheck<sup>193</sup>, que todas las relaciones humanas dimanantes del Derecho Penal deben regularse sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de *recuperación del condenado*. De ello se desprende, para el Ordenamiento alemán, la *abolición de la pena de muerte* y de la *esterilización forzosa del delincuente sexual peligroso*, así como la *supresión de la pena correccional* y de las *penas deshonorosas* en el nuevo Derecho vigente.

El *fundamento* material del principio de humanidad reside en la dignidad de la persona humana que, como subraya Bustos<sup>194</sup>, constituye «el último y fundamental límite material a la actividad punitiva del Estado». El principio de humanidad goza de sanción constitucional, ya que la *dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son in-*

<sup>191</sup> JESCHECK, «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal», en *La reforma del Derecho Penal*, op. cit., p. 10.

<sup>192</sup> Vid. BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en *Jornadas sobre la Justicia penal en España*, P.I. núm. especial II, 1987, pp. 9 y ss.

<sup>193</sup> JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., p. 35.

<sup>194</sup> Cfr. pp. 64 y s.

*herentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social del Estado democrático de Derecho. Esta dignidad de la persona humana, que proclama el punto 1 del artículo 10 de la CE, se manifiesta en el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la proscripción, en todo caso, de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y la abolición de la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra (art. 15 CE).*

Por consiguiente, gracias al mencionado precepto constitucional quedan prohibidos, como apunta Rodríguez Mourullo<sup>195</sup>, los malos tratos y las penas que, por su crueldad o contenido vejatorio y humillante, atenten contra la dignidad de la persona, su vida o integridad física o moral (pena de muerte, esterilización, castración, mutilaciones, azotes, castigos de carácter infamante, etc.).

Por su parte, Torio López<sup>196</sup> sostiene que la prohibición de la pena de muerte o de la tortura en el artículo 15 de la Constitución española tiene el carácter de una norma jurídica verdadera en la que un hecho es descrito y estigmatizado como práctica constitucionalmente prohibida, que lleva consigo la sanción de nulidad. En cambio, la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes se caracteriza por no referirse a ninguna materia concreta... Es una idea rectora, axiológica, a la que la práctica de los agentes del Estado, como los legisladores, funcionarios públicos y jueces, ha de plegarse universalmente.

Consecuentemente, la prohibición de las penas o tratos inhumanos o degradantes es un principio histórico cultural, una pretensión de respeto del postulado de humanidad y de dignidad del hombre, vinculante para todos los poderes del Estado. Las consecuencias jurídico-constitucionales de una conducta inhumana o degradante nacen cuando entre el acto concreto —legislativo, administrativo o judicial— y la violación de los valores de humanidad o dignidad existe, a juicio del citado autor<sup>197</sup>, una *contradicción esencial*, o sea, una tensión intolerable. En este caso, la decisión de nulidad o amparo frente a un acto de tal naturaleza es una variable dependiente del sistema de valores del Estado de

<sup>195</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo I, «Derecho Penal y Constitución», Edersa, Madrid, 1982, p. 83.

<sup>196</sup> TORIO LÓPEZ, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *PJ*, núm. 4, 1986, p. 70.

<sup>197</sup> Cfr. p. 82.

Derecho, complementado por las normas internacionales que protegen los derechos humanos, a fin de evitar la manipulación arbitraria de los principios constitucionales.

En este contexto, ciertamente, la *pena capital* vulnera el principio de humanidad. En efecto, la obligación de la sociedad a mostrarse solidaria con la suerte del delincuente por el hecho de ser hombre, así como la indudable responsabilidad de dicha sociedad en el nacimiento y desarrollo de la delincuencia impiden la aplicación de la pena de muerte. Cuando la aplica, el propio Estado se coloca, como subraya Beristain<sup>198</sup>, «en el plano de la defensa anárquica». Por todo ello, con Rodríguez Mourullo<sup>199</sup>, considero que la constitucionalización de la abolición de la pena de muerte es un signo de civilización y progreso. Por consiguiente, el mandato constitucional en cuya virtud *queda abolida la pena de muerte* es un precepto jurídico susceptible de aplicación directa e inmediata. Por el contrario, la posibilidad de establecer en leyes penales militares la pena de muerte para tiempos de guerra requiere un expreso y ulterior desarrollo legislativo. El artículo 15 de la CE no consagra la pena de muerte para tiempos de guerra, sino, exclusivamente, la posibilidad de su imposición, mediante una ley orgánica<sup>200</sup>.

Por otra parte, interesa resaltar que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, según dispone el número 2 del artículo 10 de la CE. A efectos del *principio de humanidad*, destacan las normas internacionales siguientes:

- La *Declaración Universal de Derechos del Hombre* de 10 de diciembre de 1948, en cuya virtud *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona* (art. 3) y *nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes* (art. 5).

<sup>198</sup> BERISTAIN, «La sanción capital en España. Especial referencia a la dimensión religiosa cristiana», *CPC*, núm. 34, 1988, p. 37.

<sup>199</sup> Cfr. pp. 84 y ss.

<sup>200</sup> Véase, además, BARBERI SANTOS, «La pena de muerte, problema actual», en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 141 y ss.; FIGUERA GUIMERÁ, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, Barcelona, 1980; LANDROVE, «La abolición de la pena de muerte en España», *ADPCP*, 1981, y SERRANO GÓMEZ, «Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España», *ADPCP*, 1982, pp. 609 y ss.

- El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966, a cuyo tenor *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente* (art. 6.1).

Como especificación de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, el referido Pacto señala que *nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos* (art. 7).

- La *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, de 10 de diciembre de 1984. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término *tortura* todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1.1).

Todo Estado Parte velará para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal<sup>201</sup>. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tengan en cuenta su gravedad, según dispone el artículo 4 del citado Pacto.

---

<sup>201</sup> El delito de tortura se regula en el artículo 204 bis del Código Penal vigente, en los términos siguientes: «La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de la inhabilitación especial. Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en el artículo 582, párrafo segundo, el hecho se reputará delito y será castigado con las penas de prisión menor en sus grados mínima a medio e inhabilitación especial. Cuando los actos ejecu-

- El *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950. Reconoce que el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley y proscribire la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (arts. 2.1 y 3, respectivamente).
- El *Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes* de 26 de noviembre de 1987. Aflora al mundo jurídico porque los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios de dicho Convenio, están convencidos de que la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, podría reforzarse mediante un procedimiento no judicial de carácter preventivo. A tal fin, se crea un Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Por medio de visitas, este Comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 1).

Asimismo, la Jurisprudencia Internacional ha proclamado la vigencia del *principio de humanidad*. En este sentido, el *Tribunal Eu-*

---

tados sean algunos de los previstos en el artículo 585, el hecho se reputará igualmente delito, y será castigado con las penas de arresto mayor y suspensión.

En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

La autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Igualmente, se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos». No obstante lo anterior, lo dispuesto en los artículos 178 a 204 bis se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos de este Código que señalaren mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos mencionados en esta Sección, conforme establece el artículo 204 bis. a).

Consúltense, además, CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990; MAQUEDA ABREU, «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *ADPCP*, 1986; SAINZ DE ROBLES, «El artículo 204 bis. a) del Código Penal», en *Homenaje a Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989; DEL TORO, «El nuevo delito de tortura», en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, y SAVAHER/MARTÍNEZ FRESNEDA, *Teoría y presencia de la tortura en España*, Barcelona, 1982.

*ropeo de Derechos Humanos*, en el caso de Irlanda contra el Reino Unido, estimó, en su Sentencia de 18-1-1978, que el empleo de las cinco técnicas (obligar a un detenido a que permaneciera de pie contra una pared, encapucharlo, someterlo a ruidos fortísimos, no dejarlo dormir y no proporcionarle alimentos sólidos y líquidos), utilizadas conjuntamente y durante muchas horas, causaron, a los que las sufrieron, si no verdaderas lesiones, al menos intensos sufrimientos físicos y morales. Por tanto, se consideraban como un trato inhumano, prohibido por el artículo 3 del citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por otra parte, dichas técnicas policiales implicaban, además, un trato degradante, ya que podían generar en las víctimas sentimiento de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral<sup>202</sup>.

La *dimensión política* del principio de humanidad de las penas supone que la dignidad de la persona humana constituye un límite material, vinculante para el Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual permite el control de la dureza de las penas y la sensibilización por el grave daño que causan a sus destinatarios. De tal modo que, aunque el Estado y la sociedad demandaran penas crueles para defenderse, esta política criminal sería contraria al respeto de la dignidad de todo hombre —incluido el delincuente—, que, como subraya Mir Puig<sup>203</sup>, debe asegurarse en un *Estado para todos*.

No obstante, el *ámbito de aplicación* fundamental del principio de humanidad reside en el *cumplimiento de las penas privativas de libertad*. En efecto, la progresiva humanización de la ejecución de la pena privativa de libertad constituye, hoy, un postulado indiscutible de la moderna Ciencia Penitenciaria. En la medida en que sean inevitables las cárceles, tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen, a juicio de Mir, las condiciones mínimas de la ONU<sup>204</sup>.

<sup>202</sup> Vid. «Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veinticinco años de Jurisprudencia» (1959-1983)», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (Cortes Generales). Caso Irlanda contra Reino Unido, pp. 369 y ss.

<sup>203</sup> MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 105. Ya BECCARIA sostenía que «la severidad de las penas conviene más a los gobiernos despóticos, cuyo principio es el terror, que a los monárquicos o republicanos, que tienen por móvil el honor y la virtud» (*Tratado...*, *op. cit.*, p. 117).

El Derecho Penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su conducta criminal. De ahí surge la prohibición de imponer penas incompatibles con la sensibilidad jurídica y el nivel social y cultural del Estado de Derecho (pena capital, tortura, tratos inhumanos o degradantes, etc.), así como la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y la reinserción social del condenado (art. 25.2 CE). Bien entendido que el *principio de resocialización* debe configurarse en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni tampoco como manipulación legal de su personalidad, sino, como apunta Mir<sup>205</sup>, un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Ello supone la libre aceptación por parte del recluso, el cual no debe ser un mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un «sujeto» no privado de su dignidad con el cual se dialoga.

Por consiguiente, *el principio de humanidad, en el Estado de Derecho, es el principio rector que informa el cumplimiento de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad*. Así, el mencionado *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* proclama que *toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano* (art. 10.1). Por consiguiente, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer, según prescribe la regla mínima número 59 para el tratamiento de los reclusos.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, además de referirse a las lógicas metas de retención, custodia y labor asistencial de toda institución penitenciaria, explicita la finalidad primordial de las penas y medidas penales privativas de libertad, que no es otra más que la reeducación y la reinserción social de los senten-

<sup>204</sup> Confróntese, al respecto, «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos», Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955.

<sup>205</sup> Cfr. pp. 112 y s. Del mismo, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1979, p. 23.

ciados, objeto esencial, según García Valdés<sup>206</sup>, que se repite en el artículo 59 de la citada Ley («el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados») y en los artículos 1 y 237 de su Reglamento. Sin embargo, este fin primordial no excluye, como apunta Luzón Peña<sup>207</sup>, otros fines de prevención general.

Las teorías de la resocialización plantean el problema de no poder probar el efecto que preconizan (la resocialización) en las personas tratadas en el centro penitenciario. Los efectos resocializadores o desocializadores del sistema penitenciario han promovido, según Hassemmer y Muñoz Conde<sup>208</sup>, las cuestiones siguientes:

- Reforzar el éxito de las teorías penales neoclásicas, basadas en una concepción de la «pena según la culpabilidad».
- Poner en tela de juicio la ideologización del tratamiento penitenciario.
- Fortalecer la búsqueda de vías resocializadoras no coactivas, al menos para ciertos tipos de delincuentes.
- Reavivar las esperanzas en una progresiva abolición de la pena privativa de libertad y su sustitución por instituciones menos traumáticas para el núcleo de los derechos fundamentales del condenado, tales como la suspensión condicional de la pena, la pena de multa, las medidas de seguridad no privativas de libertad, el sobreseimiento del proceso, la dispensa de pena o la amonestación con reserva de pena, etc.

Por todo ello, el futuro del concepto de resocialización está, a juicio de los referidos autores<sup>209</sup>, en una Política criminal con vocación científica y práctica, que pretenda:

<sup>206</sup> GARCÍA VALDÉS, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>207</sup> LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 47 y ss.

<sup>208</sup> Cfr. pp. 152 y s.

<sup>209</sup> Ídem, p. 153. Véase, más ampliamente, MUÑOZ CONDE, *La resocialización...*, *op. cit.*, pp. 66 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss. Del mismo, «Desviación social y resocialización», *CPC*, 1984, núm. 23, pp. 311 y ss.

- Evitar ya en este momento los efectos desocializadores que indudablemente tiene el sistema penitenciario<sup>210</sup>.
- Desarrollar programas diferenciados para diferentes tipos de personas, que no sólo puedan ayudarles, sino que además respeten su dignidad.
- Intentar eliminar a largo plazo todo tipo de coacción.

En todo caso, no se olvide que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal (art. 59.2 LOGP); o sea, el principio de humanidad que inspira la ejecución de la pena privativa de libertad incide en la *prevención general*, ya que el fin primordial de las penas y medidas privativas de libertad es conseguir, gracias a la reeducación y reinserción social del condenado, que, en el futuro, éste lleve una vida sin delitos, es decir, no reincida. Sin embargo, importantes razones de *prevención especial* exigen que los métodos y medios del tratamiento respeten siempre los *derechos constitucionales no afectados por la condena* (art. 60.2 LOGP). De entre ellos, muy especialmente, *la personalidad humana del recluso* (art. 3 LOGP), de la que dimana el derecho a *ser diferente*, y, por tanto, la facultad, en el uso legítimo de la *libertad no perdida* (piénsese que el interno es limitado, básicamente, en su *libertad ambulatoria*), que tiene el penado de rechazar todo tipo de tratamiento penitenciario. Ésta es la *ratio* inspiradora del artículo 61 de la LOGP, que autoriza a la Administración penitenciaria una actividad de *fomento, estímulo y colaboración* del interno para que participe en la planificación y ejecución de su tratamiento, pero que en ningún caso permite, a mi juicio, una *resocialización moral o legal obligatoria para el interno*.

En suma, con Barbero Santos<sup>211</sup>, creo que la vida y la dignidad del hombre son valores máximos, de la sociedad, del individuo, a respetar por todos, en particular por los Estados; es urgente, por tanto, cancelar de forma radical y para siempre de las leyes y de la práctica la pena de muerte y la tortura, los dos terribles instrumentos que el Leviatán moderno aún posee para dominar al hombre, pervirtiendo su función, la única que justifica que el Estado exista, que es la de estar al servicio del hombre.

<sup>210</sup> Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma Andaluza, estos efectos indeseables se manifiestan en la «masificación» de las cárceles y, por ende, el aumento de la «agresividad de los internos» (véase *ABC*, 14-7-91, p. 52).

<sup>211</sup> BARBERO SANTOS, «Cesare Beccaria, la pena de muerte y la tortura», en *Actualidad y Derecho*, 1990, núm. 11, p. 152. Del mismo, *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1985.