



# La Constitución penal. Los derechos de la libertad.

Juan M. Terradillos Basoco

Una versión del mismo artículo ha sido publicado en Capella, Juan Ramón "Las sombras del sistema constitucional español", Trotta, Madrid, 2003, p. 355.

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]

# La Constitución Penal

## Los derechos de la libertad

por Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco

### 1. Constitución y sistema penal

Si, como resulta obvio, la ley ordinaria no puede violar la ley fundamental, el Derecho penal no puede entrar en contradicción con la Constitución. La primera función de ésta respecto a aquél sería la de límite.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, sin embargo, se ha desarrollado todo un movimiento doctrinal que asigna a la Constitución el papel de fundamento y referencia básica de la ley penal<sup>1</sup>. Dado que aquélla asegura la unidad del ordenamiento sobre la base de un “orden de valores” y no sobre simples reglas formales de producción de normas<sup>2</sup>, esos mismos valores vinculan también al Código Penal, que no puede sino adaptarse al programa penal constitucional, es decir, al conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar sus decisiones y el Juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos<sup>3</sup>.

Es, sin duda, en este sentido en el que la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, lo proclama “*Constitución negativa*”. En el ingenuo entendimiento de que incorpora “*plenamente*” los valores democráticos<sup>4</sup>. Pero no es tarea del Derecho penal la de dar acogida a los intereses, valores, principios y derechos constitucionales, asumiendo la ingente tarea de asegurar su vigencia. Comparte tal cometido con todo el ordenamiento jurídico, en el que se integra como limitado sector. Que, como tal, no traduce el todo, aunque no puede entrar en contradicción con él.

---

<sup>1</sup> Sobre la Constitución como límite o como fundamento del Derecho penal, ver DONINI, M., “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Revista Penal*, n° 8, 2001, pp. 24 a 26.

<sup>2</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 97 y ss.

<sup>3</sup> ARROYO ZAPATERO, L.A., “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n° 1, 1987, p. 103; QUINTERO OLIVARES, G., “El criminalista ante la Constitución”, en AA.VV., *20 años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 381. Las propuestas *constitucionalistas* con más reconocida influencia en la doctrina española son las de BRICOLA, F., *Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, UTET, Turín, 1973, pp. 7 y ss. Y quizá buena parte de su aceptación –no sin discrepancias– en nuestra doctrina se vincula a las posibilidades que a su desarrollo brinda la Constitución española: ver, sobre este punto, DONINI, M., “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, cit., p. 26.

<sup>4</sup> Al menos en la opinión de MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, J., “El Derecho penal desde la Constitución”, en AA.VV., *20 años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 365.

## 1.1. Constitución, prevención e intervención penal mínima.

Con independencia de la discusión, permanentemente abierta, en torno a los criterios y límites de traslación de los mandatos constitucionales a la ley penal ordinaria, el innegable punto de partida ha de ser la constatación de que es inherente al propio concepto de Estado democrático el desarrollo, tan amplio como sea posible, de los derechos y libertades fundamentales.

Compete, pues, a los poderes públicos minimizar los ataques a esos derechos, representados paradigmáticamente por el delito, mediante la puesta de marcha de estrategias preventivas.

La función objetivamente preventiva de la ley penal parece asentada en la doctrina, una vez aceptado que la pena se impone para evitar la verificación de hechos no deseados; y así lo refleja el art. 25.2 de la Constitución, que, aunque consagra explícitamente la orientación preventivo-especial de las penas privativas de libertad, admite, junto a ella, otras finalidades<sup>5</sup>.

La tutela de esos mismos derechos y libertades despliega su eficacia también respecto al sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede desconocer el Estado democrático.

Prevención y garantías son, así, dos referencias ineludibles para los poderes públicos, tanto legislativo como judicial. Lo que comporta que la aplicación del Derecho positivo ha de responder a los mismos criterios político-criminales en que se inspira todo el sistema<sup>6</sup>.

Garantismo -como en el viejo Derecho penal liberal- y eficiencia -en la sociedad de riesgo- pueden convivir también en ese controvertido marco que se denomina Derecho penal moderno, pero no a costa de una recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos.

Porque también pueden convivir Estado del bienestar y Derecho penal mínimo. La afirmación contraria de que *"parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo puede generarse en el marco de un Estado mínimo"*<sup>7</sup>, condena a los partidarios de la progresiva reducción del *ius puniendi* a abrazar credos liberales. Y a los partidarios del intervencionismo de signo social a llevar el sambenito de expansionistas en materia penal. Pero desconoce que la vigencia y

---

<sup>5</sup> Aunque las diferentes alternativas ideológicas se proyecten en el contenido concreto de cada sanción: ver MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

<sup>6</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La culpabilidad*, Indepac, México D.F., 2002, p. 5.

<sup>7</sup> SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 40, n. 55.

aplicabilidad de los programas sociales propios del Estado del bienestar no han quedado nunca garantizados por un Derecho penal "máximo"; y que la inhibición estatal frente a la dinámica económica -incluso delictiva- no ha supuesto nunca minimización del control penal en general. Constituye una buena prueba de ello la reforma de las leyes penales (Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Extranjería<sup>8</sup>), proyectada en enero de 2003: en un inequívoco contexto de "*Estado mínimo*", se impulsa una política criminal paladinamente expansionista.

Preventivismo y garantismo no sólo pueden caminar juntos, sino que éste carecería de sentido sin aquél. De hecho, es constatable que los intentos de atribuir nuevos contenidos a las categorías dogmáticas, basados en la teoría de la pena, y de reformular esta teoría, han venido respondiendo exclusivamente al objetivo de fijar el nivel admisible de injerencia penal preventiva en los derechos de la persona<sup>9</sup>.

De esa finalidad preventiva derivan límites nítidos al *ius puniendi*: los principios de necesidad y proporcionalidad —en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes—; el de igualdad —que impone respuestas penales personalizadas a supuestos distintos, p. ej., imputabilidad/inimputabilidad, evitabilidad del error—; o el derecho al libre desarrollo de la personalidad —que inhabilita construcciones dogmáticas como la de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida, en la medida en que se puede responder por lo que se hace, no por lo que se es—, etc.<sup>10</sup>

Las referencias a los principios constitucionales podrían multiplicarse, pero lo que importa ahora es constatar que del modelo penal constitucional se deduce la vigencia del principio de intervención mínima, que, desarrollado coherentemente, comporta todo un programa limitador del ejercicio del *ius puniendi* estatal<sup>11</sup>.

Limitador, que no negador *in totum*, como pretenden las propuestas abolicionistas, ya que las tareas preventivas vienen impuestas a los poderes públicos, como obligación indeclinable, por la Constitución; de suerte que la vinculación de la política criminal al principio de intervención mínima no supone

---

<sup>8</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves; Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

<sup>9</sup> GOMEZ BENITEZ, J.M., "Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad", en SILVA SANCHEZ, J.M., (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 276.

<sup>10</sup> NIETO MARTIN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, pp. 32 a 41 y 53.

<sup>11</sup> Ver MUÑOZ CONDE, F., y GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 78 a 85.

su desaparición: intervención mínima es intervención aflictiva que, en cuanto tal, constituye excepción en un modelo de derechos y libertades y que, por tanto, ha de venir justificada en términos de necesidad y funcionalidad preventiva.

## 1.2. Modelo constitucional y bienes jurídicos penalmente tutelables.

A pesar de los sucesivos embates doctrinales al principio de lesividad, que van de Hegel a Jakobs, pasando por Rocco o la escuela de Kiel<sup>12</sup>, y que, con diferente orientación científica e ideológica, coinciden en considerar al bien jurídico no como límite del poder punitivo del Estado sino como “*mandato para penalizar*”<sup>13</sup>, el retorno a la vinculación de aquél con situaciones objetivas y con intereses previos a la norma jurídica permite afirmar, y reivindicar, que el principio de tutela de bienes jurídicos sigue siendo insustituible como criterio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*<sup>14</sup>.

Y los bienes jurídicos cuya trascendencia los hace acreedores de tutela jurídico-penal han de extraerse de la Constitución. Ya porque ésta lo imponga expresamente, ya porque así se deduzca de las características del modelo constitucional, considerado como catálogo cerrado de lo penalmente tutelable o como referencia abierta y dinámica, a rellenar por el legislador ordinario en cada contexto<sup>15</sup>, lo cierto es el acuerdo en torno a la exigencia de que la intervención punitiva sobre el individuo sólo puede justificarse para evitar la afectación a los elementos esenciales a la vida en común. Que son los que dan su impronta al modelo constitucional<sup>16</sup>.

La apelación al bien jurídico afectado y a su entronque constitucional no justifica, empero, la criminalización de todos los ataques que sufra. La afectación a un bien jurídico es condición necesaria, pero no suficiente, de la punición<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Ver, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, traducción Andrés-Ruiz-Bayón-Terradillos-Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, pp. 468-469; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 17.

<sup>13</sup> HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 23.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 471.

<sup>15</sup> Si pueden considerarse superadas las tesis constitucionalistas que exigen rango constitucional expreso a los bienes jurídico-penales, también es cierto que algunos principios de relevancia constitucional tienen una dimensión sustancial y un papel de fundamento y no de mero límite. Lo cual no es, naturalmente, obstáculo para reivindicar que la gestión hermenéutica de estos principios no quede confiada en exclusiva a la “*competencia inconcusa e indiscutible de una oligarquía de meros expertos en valores elegidos por el Parlamento*”: DONINI, M., “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, cit., p. 38.

<sup>16</sup> GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 46 a 53. No se trata tanto de exigir respaldo constitucional expreso a los bienes jurídico-penalmente tutelados, sino de que se pueda afirmar el carácter esencial que éstos tienen en el modelo constitucional.

<sup>17</sup> Se ha llegado, incluso, a mantener que sólo en un caso el Tribunal Constitucional declaró la existencia de una obligación implícita de penalización en nuestra Constitución -derecho a la vida- (MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones

Con lo que el bien jurídico no suministra el criterio de identificación de los marcos de intervención penal, pero puede, al menos, ofrecer criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación suficiente<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, el principio de lesividad, junto al de intervención mínima, proyectan dos iniciales criterios de minimización sobre el proceso de criminalización.

En primer lugar, éste debe limitarse a las modalidades más graves de ataques a bienes sociales imprescindibles<sup>19</sup>, y que superen, por tanto, el nivel de los conflictos interpersonales. El carácter esencial de los bienes jurídicos afectados resulta evidente cuando se trata de los denominados "derechos fundamentales", es decir, los clásicos derechos individuales y liberales, pero también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Igualmente han de incluirse aquí, como exige Ferrajoli, bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de los asuntos generales<sup>20</sup>.

Por otra parte, el daño o el peligro generado deben ser susceptibles de verificación y evaluación empírica<sup>21</sup>, partiendo de las características de cada caso y de la consideración abstracta del contenido de la prohibición.

De este modo sólo una radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de puras desobediencias, de irregularidades a las que puede poner eficaz coto el derecho privado o el administrativo-sancionador<sup>22</sup>, permitirá alcanzar cotas aceptables de legitimidad democrática. Aunque difícilmente el alejamiento del bien jurídico por parte del legislador dará lugar a una declaración de inconstitucionalidad, ya que el Tribunal Constitucional viene estimando que no puede entrar en las razones últimas de aquel, dando así la espalda a la evidencia de que una utilización del Derecho

---

constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, 2001, p. 110). Lo que es cierto, como lo es que la facultad criminalizadora compete al legislador ordinario, según tiene declarado reiteradamente el mismo Tribunal. Pero sería excesivo deducir de ello la indiferencia de la Constitución sobre la relevancia de ciertos bienes jurídicos, relevancia que obliga a su tutela con los medios más adecuados, de entre los que no se pueden desechar alegremente los penales, y menos cuando la Constitución los impone explícitamente: artículos 45 y 46.

<sup>18</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 39, 1989, p. 735.

<sup>19</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63, 1981, p. 125.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 472.

<sup>21</sup> DIEZ RIPOLLES, J.L., "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 437.

<sup>22</sup> Que es lo que propone MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 27-28.

penal infundada —o fundada en motivaciones ajenas a la tutela de bienes jurídicos— será arbitraria, en el sentido previsto por la Constitución<sup>23</sup>.

### 1.3. Criminalización y descriminalización.

Así pues, la intervención mínima —que es característica identificadora del modelo penal democrático— impone políticas criminales nítidamente descriminalizadoras.

La descriminalización no puede, sin embargo, identificarse con la inhibición frente al delito. La administrativización del sistema sancionador —bien distinta a la administrativización del Derecho penal<sup>24</sup>— no comporta necesariamente desarme preventivo<sup>25</sup>. Antes bien, no se puede renunciar a los importantes efectos que cabe esperar razonablemente de las sanciones administrativas, que pueden llegar incluso a ámbitos vetados a las penas, como es el caso de las personas jurídicas; ni puede asumir el derecho penal la ordenación de estrategias económicas, a las que debe hacer frente con sus medios específicos.

Pero, simultáneamente, las necesidades reales de prevención vetan el retroceso penal en zonas en que la entidad de los bienes afectados, la relevancia de los ataques y las posibilidades de alcanzar cotas suficientes de eficiencia imponen la criminalización.

Desde esta perspectiva deben ser examinadas las opiniones doctrinales que coinciden en la crítica a la orientación expansiva de la actual política criminal que, en una intolerable huida al Derecho penal, estaría traicionando las exigencias derivadas de su condición de *ultima ratio*, con la consiguiente postergación de los clásicos criterios limitadores del *ius puniendi*<sup>26</sup>.

Hay que observar, no obstante, que, aun aceptado que el modelo constitucional se basa en la consideración de la libertad como regla y de la punición como

---

<sup>23</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “El criminalista ante la Constitución”, cit., p. 391.

<sup>24</sup> Criticada en MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en AA.VV., *Estudios penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991, p. 213.

<sup>25</sup> Aunque tampoco es garantía de mejor tutela de los intereses a proteger: ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Fraude de subvenciones comunitarias. Los medios de control”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 31 a 35.

<sup>26</sup> En España los hitos doctrinales fundamentales en esta línea pueden identificarse en dos conocidas obras: HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., y SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit. Tampoco faltan estudios que, en sentido contrario, ponen de relieve la heterogeneidad de las actuales tendencias político-criminales, de modo que, junto a la administrativización expansionista, sitúan la progresiva desaparición del Derecho penal a favor de otras instancias de control, y su creciente privatización: GARCIA PABLOS, A., “Tendencias del actual Derecho penal”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 39-40. En otros, se denuncia el desarme del Derecho penal frente a los intereses y poderes emergentes en la sociedad del riesgo: ROMEO CASABONA, C.M., “Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 77-78.

excepción a justificar en cada caso, cuando el Código Penal castiga delitos contra derechos de los trabajadores o de los consumidores, contra la propiedad industrial y la competencia, contra la Hacienda pública, contra el medio ambiente<sup>27</sup>, junto a los delitos societarios o las insolvencias punibles, no está procediendo a una artificiosa creación de bienes jurídicos sin contenido: son tan reales y tan referibles a la persona como los tradicionales bienes jurídicos individuales<sup>28</sup>.

La tendencia a la expansión punitiva es evidente, pero no lo es tanto que las manifestaciones más severas de esa tendencia expansiva se registren en el ámbito del Derecho penal económico<sup>29</sup>. De hecho, las últimas reformas proyectadas en nuestro ordenamiento<sup>30</sup> apuntan, según expresamente admiten sus promotores, no al intento de adecuar la respuesta penal a sectores de la actividad económica donde presuntamente se han detectado déficits de funcionalidad -Gestcartera, Prestige, etc.-, sino al objetivo de barrer (sic) la pequeña delincuencia, tal como resulta patente en el proyecto de elevar la reiteración de faltas de hurto a la categoría de delito (*Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, enero 2003, art.1, undécimo).

#### 1.4. Derecho penal y política criminal.

Las sombras del modelo penal constitucional no se proyectan tanto sobre el texto de la Constitución como en el plano de la legislación ordinaria.

Además el sistema penal no se agota en la ley penal. De ahí que su valoración no se pueda realizar en el plano de la pura normatividad. Han de ser valorados, igualmente, los procesos de definición del crimen, de selección de delincuentes, de aplicación del derecho penal sustantivo, de ejecución de sanciones, de diseño y puesta en marcha de estrategias preventivas penales y pre-penales, de atención a las víctimas, etc. Sólo desde la facticidad, el discurso sobre la

---

<sup>27</sup> Otro nivel de discusión es el que versa sobre las técnicas a seguir en la respuesta penal frente a estos delitos, cuyas modalidades específicas de comisión requieren un pormenorizado análisis, que no siempre realiza el legislador, con lo que la eficacia del Derecho penal queda notoriamente disminuida. Este dato, denunciado por MUÑOZ LORENTE, J., ("Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico", cit., pp. 127-128), no autoriza, sin embargo, a afirmar la absoluta inidoneidad del Derecho penal frente al delito ecológico, sino a depurar la técnica tipificadora y a articular estrategias político-criminales más completas y coherentes.

<sup>28</sup> BUSTOS RAMIREZ, J., "Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica", *Nuevo Foro Penal*, nº 56, 1992, p. 161.

<sup>29</sup> SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 18-19. De hecho, la tendencia expansiva se manifiesta en el rigor punitivo y antigarantista que se reserva a los sectores marginados -por la globalización-, o a las áreas que el mismo proceso globalizador considera de necesaria armonización p. ej., en materia de tóxicos prohibidos-, desconociendo las especificidades de cada ámbito y prescindiendo de toda garantía: ver ZAFFARONI, R.E., "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75º Aniversario del Código Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 615.

<sup>30</sup> Ver nota 8.



legitimación del Derecho punitivo —que es, ante todo, el discurso sobre su adaptación material a la Constitución— puede aspirar a la necesaria coherencia.

En este punto es imprescindible la apelación al principio de subsidiariedad: la intervención penal en tutela de los bienes jurídicos de nuevo cuño<sup>31</sup> sólo queda justificada cuando hayan fracasado en ese objetivo otras instancias jurídicas de protección. En ese caso, su elevación al rango de bienes jurídico penales es plenamente compatible con las exigencias de la intervención mínima<sup>32</sup>.

Pero, naturalmente, dar ese paso requiere, en ciertos supuestos, clarificaciones previas a la decisión del legislador penal. Cuando, como ha ocurrido en los delitos societarios o en las insolvencias punibles, la criminalización ha precedido a la renovación del derecho de sociedades o del concursal, se hace imposible la propia identificación de los bienes jurídicos esenciales y de los ataques graves a los mismos. Con la grave consecuencia de la tipificación penal de conductas acreedoras de una menor desvalorización que otras que no pasan de ser consideradas infracciones mercantiles<sup>33</sup>. Lo que, como mínimo, supone cargar al aplicador del Derecho con una tarea de diferenciación que debió haber asumido el legislador.

Resulta necesario analizar, pues, no sólo los contenidos de la Ley penal, sino también, y sobre todo, de los instrumentos extra-penales, públicos o no, que apuntan a los mismos objetivos preventivo-tutelares.

Reforzar la intervención de los mecanismos pre-penales, tendrá un primer efecto limitador, ya que, aún en el caso de bienes jurídicos de relevancia indiscutida, obliga a reservar la criminalización a determinadas formas de ataque, confiando las demás al derecho civil o al administrativo<sup>34</sup>. Y permitirá, además de reducir las situaciones criminógenas, revalorizar los bienes penales y reforzar la justificación de su tutela por medio de la pena<sup>35</sup>.

#### 1. 5. Función simbólica y función enmascaradora.

Parece además obvio que el sistema penal ha de conformarse con la criminalización de conductas que puede efectivamente prohibir. Cuando la cantidad de hechos considerados delictivos por la ley que resultan castigados es notoriamente inferior a los que quedan sin pena, está claro que la función de la

---

<sup>31</sup> Normalmente identificados con los de rango constitucional indirecto, de necesaria tutela para asegurar la de los bienes de rango constitucional primario.

<sup>32</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal”, *Revista Penal*, nº 8, 2001, p. 40, n. 7.

<sup>33</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “El criminalista ante la Constitución”, cit., p. 387.

<sup>34</sup> MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, cit., p. 215.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 474.

norma penal no es la de tutela de bienes jurídicos, sino la afirmación simbólica de valores o reglas.

Y aquí se imponen ciertas precisiones terminológicas. Porque se puede entender que la función simbólica se reduce a resaltar sintética y didácticamente el universo de valores y principios subyacentes al sistema penal. Lo que no es sino despliegue del potencial simbólico de la intervención penal, cuyos efectos expresivo-integradores desempeñan un positivo —e inevitable— papel<sup>36</sup>.

En segundo lugar, se habla de función simbólica cuando la intervención penal actúa como mero símbolo. Que, como tal, se utiliza no tanto para proteger bienes jurídicos como para afirmar valores, confirmar expectativas, generar representaciones valorativas, etc<sup>37</sup>.

Finalmente, se utiliza la expresión “función simbólica”, para aludir al enmascaramiento de la realidad del sistema penal, con la creación de apariencia de resolución de conflictos que permanecen intocados<sup>38</sup>, haciendo creer en el imposible cumplimiento de objetivos inaccesibles porque, en el fondo, no son los realmente perseguidos y, en consecuencia, no se articulan medios para alcanzarlos. En estos casos lo simbólico ha cedido al enmascaramiento ideológico<sup>39</sup>.

Las precisiones terminológicas son, en este punto, importantes, dado que criticar al sistema penal que opta por potenciar la función simbólica en el segundo de los sentidos comentado es criticar una tendencia expansionista, en cuya virtud, olvidada la idoneidad limitadora del bien jurídico, el derecho penal se lanzaría a confirmar valores, órdenes deontológicos y éticos, programas políticos, modelos económicos, etc. La función instrumental-preventiva, o

---

<sup>36</sup> DIEZ RIPOLLES, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 111-112; LUZON PEÑA, D.M., “Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética”, en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 132; MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, p. 118.

<sup>37</sup> Es el caso del art. 188.5, o de la corrupción de menores que se integra en el art. 189. La modificación del Código, operada por la L.O. 11/1999, no añade nada que no existiera con anterioridad, como no sea reflejar, de manera puramente nominal, la decisión del legislador de endurecer la intervención punitiva en la órbita de los delitos contra la libertad sexual: ver DIAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 7, 2002, pp. 132-133. En la reforma propuesta por el Anteproyecto de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se pretende la penalización de la mutilación genital, que será castigada con la pena de prisión de seis a doce años, que es la misma pena que hoy se impone a la causación de pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal (art. 149 del Código Penal).

<sup>38</sup> “Una demostración de fuerza fuera por parte del Estado”: DIAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., pp. 119 a 124.

<sup>39</sup> En este sentido, DIEZ RIPOLLES, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., p. 122.

material<sup>40</sup>, en la que el sistema penal encuentra fundamento y límites, pasaría a un segundo plano, a favor de una función simbólica que carece de ellos<sup>41</sup>.

En cambio, la función simbólica concebida en el sentido de enmascarar una realidad de indiferencia o complicidad con el delito al que sólo retóricamente se dice perseguir no supone expansión alguna. Supone, en realidad, inhibición; eso sí, no proclamada y plasmada en las leyes penales, sino negada; pero, objetiva y materialmente, aceptada<sup>42</sup>. En suma, desprotección programada<sup>43</sup>, en la medida en que a una tipificación inadecuada suele acompañar la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas<sup>44</sup>.

De ahí que proceda hablar, en estos casos, no de función simbólica sino enmascaradora, las más de las veces dirigida a cubrir objetivos —ganar elecciones, acallar reivindicaciones sociales, etc.—, ajenos a los declarados<sup>45</sup>. Lo que constituye un importante factor de ilegitimidad tanto política como jurídica.

## 2. Constitución y ley penal

### 2.1. El Derecho penal sustantivo.

El fenómeno conocido como huída al derecho penal no sólo revela que el legislador olvida el principio de intervención mínima. Oculta, o pretende ocultar, la dejación estatal en materia de prevención del delito. Siempre es más fácil reformar la norma penal que articular políticas criminales de amplio espectro, y más cuando, por su sentido agravatorio y expansivo, la reforma pueda comportar éxitos electorales.

De ahí que la huída al derecho penal aparezca como tentación permanente para el legislador.

Como supuestos paradigmáticos de esa huída, por ausencia o por irrelevancia del bien jurídico, se vienen citando por la doctrina, entre otros ejemplos, la

---

<sup>40</sup> Como prefiere DIEZ RIPOLLES, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., p. 112.

<sup>41</sup> Críticamente, respecto a la admisibilidad de esta instrumentalización del Derecho penal hacia funciones que no le competen, MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, cit., pp. 127-128.

<sup>42</sup> Gráficamente se ha dicho que “*con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno... Esto es lo criticable, y lo es por constituir un engaño*”: DIAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., p. 127. En idénticos términos (“*El ciudadano tiene la sensación de que hay una preocupación y que se le ofrece una solución a un conflicto que es esencialmente político en circunstancias en que lo que hay realmente es una incapacidad para dar esa solución*”) se pronuncia HORMAZABAL MALAREE, H., “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 53.

<sup>43</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, cit., p. 9.

<sup>44</sup> SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 123.

<sup>45</sup> MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, cit., p. 121.

criminalización de la utilización indebida de las denominaciones de origen (art. 275), de la ocupación pacífica de viviendas (art. 245.2), del intrusismo profesional por mera carencia de título oficial, o del incumplimiento de la prestación social sustitutoria, delito hasta mayo de 2002<sup>46</sup>.

Problemas de identificación del bien jurídico surgen también al articular la respuesta jurídico-penal frente al aborto, tradicional campo de batalla político-criminal desde que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 dejara sin resolver la cuestión sobre la constitucionalidad de la despenalización y sobre sus límites. El sistema de indicaciones del viejo art. 417 bis, por el que opta el derecho vigente, no parece ser la única opción constitucional, ya que la citada sentencia, al negar que el *nasciturus* sea titular de un derecho fundamental a la vida, permite la introducción de otra indicación, la de "*imposibilidad personal, social o económica*", que rechazada, además de por el Partido Popular, por los partidos confesionales, tampoco fue introducida por el Partido Socialista en los largos años en que su mayoría parlamentaria se lo hubiera permitido. Mucho más limitados han sido los intentos de introducir un sistema de plazos, no vetado por la sentencia del T.C., de cuyo texto sólo cabe deducir que su constitucionalidad queda condicionada al control riguroso del tiempo del embarazo y a garantizar la posibilidad de plena realización de la mujer como madre, a través de la información y la ayuda moral y material del Estado<sup>47</sup>.

El modelo económico constitucional, además de ciertos llamativos *affaires* que conmovieron el mundo financiero, empujó al legislador penal de 1995 a una intervención en el ámbito de los delitos económicos que, en las diversas y polémicas valoraciones de la doctrina, se ha estimado excesiva, precisamente por su alejamiento, en ocasiones, del principio de lesividad.

Las críticas más severas se centran en los delitos societarios. Así, se pone en cuestión la penalización de conductas ya subsumibles en tipos tradicionales, neutralizables por parte de las leyes mercantiles, o, simplemente, carentes de consecuencias perjudiciales de relevancia<sup>48</sup>. Esta innecesaria expansión punitiva sería detectable en los artículos 291 a 293 y, especialmente, en el 294, considerado por algún autor como criminalizador de un delito "*de desobediencia*

---

<sup>46</sup> CARBONELL MATEU, J.C., "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", en ARROYO ZAPATERO, L.A., y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 138; GARCIA ARAN, M., "Constitución y Derecho penal, veinte años después", en ARROYO ZAPATERO, L.A., y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 291.

<sup>47</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "El criminalista ante la Constitución", cit., pp. 410 a 414.

<sup>48</sup> GOMEZ BENITEZ, J.M., "Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de CP", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, p. 477; MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 221; MUÑOZ CONDE, F., "La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de CP", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982, p. 117.

*o de falta de colaboración con la actuación inspectora o supervisora de la Administración, ... una simple infracción administrativa*"<sup>49</sup>.

Otro ámbito en el que la lesividad material parece no alcanzar la relevancia necesaria para la criminalización es el de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen o el honor. Si se acepta la naturaleza fundamental de la libertad de información —pasiva y activa— queda en pie la cuestión de qué respuesta debe darse a los supuestos en que quedan afectados los derechos —igualmente fundamentales— al honor o a la intimidad. Recurrir por principio al derecho penal no es, desde luego, una respuesta acorde con el principio de *ultima ratio*, máxime cuando existe una legislación civil específica para afrontar buena parte de estos supuestos y cuando el derecho penal no llega a imponer penas privativas de libertad, sino que es utilizado como instrumento idóneo para asegurar los intereses económicos de la víctima<sup>50</sup>.

También se ha denunciado la incompatibilidad del art. 578 con la libertad de expresión: la peculiar apología del terrorismo que castiga o es una forma de provocación —lo que haría inútil el precepto, por reiterativo— o no es identificable un bien jurídico digno de tutela penal<sup>51</sup>.

Además del escaso respeto por el principio de lesividad que reflejan ciertas opciones jurídico-positivas, tampoco el principio de legalidad sale mejor parado en otras. La reserva de ley exigida constitucionalmente queda devaluada cuando la desidia del legislador le ha llevado a dejar en manos de la Administración importantes aspectos de la definición penal, tal como se ha denunciado a propósito de los atentados a fauna y flora, de los delitos urbanísticos<sup>52</sup>, o del delito ecológico *stricto sensu*<sup>53</sup>.

La degradación del principio es aún más clara cuando, olvidando su función y naturaleza garantizadora, el autor del *Anteproyecto de Ley Orgánica para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves* (enero, 2003) apela a las lecturas más simplificadoras de la Ley del Talión para interpretar el *nullum crimen sine poena* como derecho de la sociedad al castigo predeterminado e inmutable del delincuente.

---

<sup>49</sup> MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M., "Los delitos societarios", en SERRANO-FONTAN-RODRIGUEZ (coord.), *El nuevo CP y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico-práctico (III)*, vol. 4, Expansión, Madrid 1996, p. 379; en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., "El criminalista ante la Constitución", cit., p. 417..

<sup>50</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "El criminalista ante la Constitución", cit., p. 406.

<sup>51</sup> DIAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", cit., p. 143.

<sup>52</sup> GARCIA ARAN, M., "Constitución y Derecho penal, veinte años después", cit., p. 291. Las incorrecciones del legislador, que, como tales, éste debería haber evitado, obligan a esfuerzos doctrinales por fijar criterios válidos de interpretación. Valgan como ejemplo, HAVA GARCIA, E., *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Trotta, Madrid, 2000; ACALE SANCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Cedecs, Barcelona, 1997.

<sup>53</sup> Ver, con completa información jurisprudencial, HUERTA TOCILDO, S., "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en AA.VV., *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 21 a 25.

El principio de taxatividad, manifestación a su vez del principio de legalidad, queda en entredicho cuando, como es el caso del art. 184 —acoso sexual— el legislador ha acudido a fórmulas vagas, que convierten la constatación de la conducta en poco más que una valoración judicial<sup>54</sup>. Más aún si el Derecho positivo, recogiendo propuestas del *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal* (enero, 2003), optase —y es sólo un ejemplo— por supeditar la suspensión de libertad condicional a la apreciación “*de concurrencia de circunstancias que pudieran dar lugar a la revocación*”. La tautológica fórmula dista mucho de la certeza o de la seguridad jurídica.

En otros casos es el principio de proporcionalidad el que queda en entredicho.

El art. 577, reformado en 2000, incluye dentro de una sección dedicada a los delitos de terrorismo conductas realizadas por quien no pertenece a banda armada, organización o grupo terrorista. Lo que implica una equiparación valorativa entre conductas de terrorismo y otras que no lo son. Con el riesgo de entender aplicable a estos sujetos el régimen excepcional de restricción de derechos fundamentales que para los casos de terrorismo —no formal, sino materialmente considerado— prevé el art. 55.2 de la Constitución<sup>55</sup>.

La identificación de autoría y participación, o de consumación y fases ejecutivas y preparatorias previas (presente, p. ej., en los artículos 318 bis —inmigraciones ilegales— o 514.5 —reunión y manifestación— ambos incorporados al Código con posterioridad a su entrada en vigor<sup>56</sup>) supone, como mínimo, contradicción con el principio de proporcionalidad, además de poder desplegar conocidos efectos criminógenos o mistificadores del proceso penal.

El derecho a la igualdad ante la ley, que con carácter general proclama el art. 14 de la Constitución, debe ser objeto de especial preocupación cuando se pretende su tutela penal en marcos determinantes de desigualdad. Es el caso del trabajo por cuenta ajena. A pesar de que discriminación queda vetada por los artículos 4.2.c, 17 y 96.12 del Estatuto de los Trabajadores, los controles y sanciones administrativos no se han mostrado idóneos para la eficaz tutela de un bien jurídico tan relevante como es la igualdad. Es por ello coherente el recurso a la pena en los casos de mayor gravedad. Y no sólo por la relevancia del bien jurídico protegido, sino también por el carácter sutil y disuasorio de los ataques que se le inflingen.

---

<sup>54</sup> SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., en ORTS BERENGUER, E., y SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 147-148.

<sup>55</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 84 a 87.

<sup>56</sup> Ver DIAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., pp. 130 y 139.

A estas consideraciones responde el Código Penal, que afronta en términos generales la tutela de la igualdad jurídica (artículos 22.4º, 510 y siguientes, 607) y específicamente en el ámbito laboral, a través del art. 314. Pero la gravedad de la conducta que éste castiga, exigiendo que el acto discriminatorio inicial sea refrendado por una actitud contumaz posterior, no parece acorde con la nimiedad de la pena prevista: prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. La pena privativa de libertad puede ser suspendida. Y cuando el juzgador se decida por la multa<sup>57</sup>, normalmente la impondrá en una cuantía inferior a la que podría tener como sanción administrativa. A la levedad de la sanción penal —que refleja la escasa valoración que le merece al legislador el bien jurídico lesionado— se añade otro argumento trivializador: la punición se condiciona al no restablecimiento de la situación de igualdad *“reparando los daños económicos que se hayan derivado”*. Una correcta interpretación permitirá corregir el dislate de entender que el derecho a la igualdad es susceptible de mercadeo en euros, pero la redacción legal ayuda en este caso poco al aplicador del derecho<sup>58</sup>.

## 2.2.El proceso penal

La voluntad punitiva del legislador no se puede valorar sólo a la vista de la técnica de tipificación seguida: son, a esos efectos, igualmente relevantes las características del proceso, el efectivo reconocimiento de la presunción de inocencia, las posibilidades de defensa de los encausados, los plazos de prescripción, etc.<sup>59</sup>

Es evidente que, en materia procesal, la entrada en vigor de la Constitución supuso una auténtica *“revolución”*. Que además no podía quedar en la esfera de las declaraciones, puesto que el proceso penal —en el que se enfrentan sin intermediarios Estado e individuo— es un territorio privilegiado de comprobación de la vigencia, en concreto, de las garantías individuales. Son, así, constatables los positivos efectos de la interpretación jurisprudencial de los principios constitucionales, pero, en sentido contrario, se puede denunciar la escasa sensibilidad del legislador español, que prefiere mantener en pie la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>60</sup>, ejemplar en su época —y más bajo el franquismo—, pero poco flexible para dar acogida a la doctrina emanada desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del propio Tribunal Constitucional. A pesar de que las decisiones de este último han allanado el camino de la reforma, ésta ha

---

<sup>57</sup> Lo que viene sucediendo en el 95% de los casos: CID MOLINE, J., LARRAURI PIJOAN, E., y otros, *Jueces penales y penas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 101-102.

<sup>58</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., MENDEZ RODRIGUEZ, C., y DIEGO DIAZ-SANTOS, R. (coord.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 147-148.

<sup>59</sup> MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, cit., p. 105, n. 12.

<sup>60</sup> Parcheada, una vez más, según pretende el *Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*.

quedado pospuesta, ya que, entre otras razones, choca con la inercia enquistada en ciertos hábitos de un sector de la judicatura a no incorporar su espíritu a cuestiones tan decisivas como la concesión de valor probatorio a los atestados policiales o la sustitución de la prueba objetiva por la llamada íntima convicción del juzgador<sup>61</sup>.

Entre las perversiones antidemocráticas que pueden afectar al proceso penal, ocupan un lugar relevante los actos de poder que relativizan la presunción de inocencia<sup>62</sup>.

La reciente sentencia 205/2002 del Tribunal Constitucional examina el paradigmático supuesto de concesión judicial de autorización para intervenir conversaciones telefónicas. La solicitud de autorización, realizada por la Guardia Civil, respondía a la necesidad de garantizar el éxito de las gestiones policiales tendentes a *“evitar y reprimir el tráfico de estupefacientes”*. La causa penal se abrió por un delito de amenazas, y concluyó con sentencia condenatoria al presunto amenazante, dictada por el Juzgado de lo Penal y confirmada por la Audiencia Provincial. Tal como constata el Tribunal Constitucional, que concede el amparo a las recurrentes, la autorización de intervención de los teléfonos, que afecta a derechos tan relevantes como los declarados en los artículos 18.3 y 24.2, se plasmó a lo largo de un proceso en el que intervinieron, además de las fuerzas de seguridad implicadas, los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, y la Audiencia Provincial, sobre un modelo *“estereotipado”*, sin reparar en la *“desconexión entre lo resuelto y ... el hecho que le sirve de base”*, y evidenciando así un respeto por la presunción de inocencia y los derechos de la defensa que no puede calificarse de escrupuloso.

También ha podido rastrear la doctrina algún punto de colisión con el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por ejemplo, en el art. 294 del Código Penal. Aunque el parecer del Tribunal Constitucional es bien distinto. Así lo ha reiterado en la sentencia 161/1997, sobre el delito de desobediencia por la negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia: *“no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE”*. En la misma línea, y en el ámbito de los delitos económicos, la sentencia 76/1999, corrige a la Sala 3ª del Tribunal Supremo y afirma que la exhibición de documentos contables acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente no se puede considerar *“como una colaboración equiparable a la ‘declaración’ comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE”*.

---

<sup>61</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “El criminalista ante la Constitución”, cit., p. 397.

<sup>62</sup> CAPELLA, J.R., *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, p. 152.



Sin poner en tela de juicio esta línea interpretativa, no se puede dejar de subrayar que una colaboración consistente en aportar las pruebas determinantes, cuando no únicas, de la declaración de culpabilidad, equivale materialmente a declarar contra sí mismo o a declararse culpable. Y el derecho a no hacerlo es lo que consagra el art. 24.2. Aunque la colaboración procesal no sea una confesión, parece obvio que una de las preocupaciones del constituyente fue la de brindar no sólo el máximo apoyo a la presunción de inocencia, sino también la de asegurar que no puede quedar enervada por un proceso que se decide en virtud de pruebas auto-inculpatorias o en el que queden menoscabadas las posibilidades de la defensa<sup>63</sup>.

La reticencia ante el pleno desarrollo del espíritu constitucional se muestra en otro ámbito que ha sido tradicional marco de discusión: la Audiencia Nacional. Tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como numerosas sentencias del Tribunal Constitucional han zanjado la cuestión sobre su constitucionalidad: es jurisdicción ordinaria predeterminada, con criterios objetivos, por la ley. Que es lo que exige el art. 24.2.

Aceptando los resultados de una polémica que mayoritariamente se estima cerrada, procede observar dos datos. El primero de ellos es el de que la objetividad de los criterios de atribución de competencias sobre ciertos delitos, como los de terrorismo, queda relativizada si la configuración de los mismos en el derecho sustantivo viene aquejada por una subjetividad que se acerca al derecho penal de autor en la misma medida en que se aleja del derecho penal de hecho.

Por otra parte, aunque la Audiencia Nacional merezca la consideración de juez ordinario predeterminado por la ley, *“no constituye el juez legal o natural del justiciable”*, como quería el Anteproyecto de Constitución, con lo que *“se compagina mal con otros principios que el concepto genuino de juez legal o natural pretende salvaguardar, en especial, la inmediación judicial con las fuentes de la prueba”*<sup>64</sup>. Sin desconocer, por tanto, los argumentos jurídicos y las exigencias políticas (también político-criminales) que están en la base de la creación y mantenimiento de la Audiencia Nacional, habría que tender a opciones que aseguraran, en la medida de lo posible, esa inmediación. Y no sólo en el campo de la prueba, sino también en el de la ejecución de las penas, fundamentalmente las privativas de libertad. Desde esta perspectiva, procede calificar de “sombrio” el panorama dibujado por la creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria adscritos a la Audiencia Nacional.

---

<sup>63</sup> “Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses”: sentencia del Tribunal Constitucional, 197/1995.

<sup>64</sup> CORDON ROMERO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 60-61.

Difícilmente conciliable con las garantías propias del proceso penal, e incluso con la presunción de inocencia, resulta el mantenimiento de instituciones tan problemáticas como el premio a la confesión o a la colaboración (artículos 376 y 579)<sup>65</sup>. Aunque se hayan mitigado muchos de los excesos del código anterior<sup>66</sup>, en la medida en que los efectos han quedado reducidos a los de una semi-excusa, lo cierto es que, desde el objetivo de lucha contra el crimen sus éxitos están por probar<sup>67</sup>; y, desde la perspectiva garantista propia del Estado de Derecho, es más que dudoso que éste pueda penetrar en el mundo criminal "*hasta copiar su metodología*"<sup>68</sup>.

En sentido opuesto a los ejemplos anteriores, en otros el proceso más parece un obstáculo que un cauce para la tutela de los derechos penalmente tutelados.

Así, en los delitos contra el orden socioeconómico, los frecuentes supuestos en los que se excepciona el régimen general de persecución de oficio hacen problemática la defensa de bienes jurídicos cuya relevancia proclama explícitamente la Exposición de Motivos —por otra parte tan parca— del Código Penal. El art. 287, p. ej., supedita la persecución de los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual, al mercado y a los consumidores, a la denuncia del agraviado, con la excepción de los casos de afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Y el art. 296 da reglas semejantes en el caso de los delitos societarios.

En realidad, la especialidad que introducen estos artículos no condiciona la persecución de todos los delitos aludidos, ya que alguno de ellos, como la publicidad engañosa, ha de afectar necesariamente a una pluralidad relevante de personas, lo que abre el paso a la intervención directa del Ministerio Público. Pero aún queda una multitud de conductas delictivas en las que la intervención de éste se condiciona a la iniciativa del particular. Lo que, como poco, resulta contradictorio cuando se trata de delitos que —al menos, pretendidamente— no se dirigen contra estrictos intereses individuales sino colectivos<sup>69</sup>.

También puede ser limitador el dejar la iniciativa procesal en manos del agraviado en delitos que, en algún caso, no exigen la causación de un perjuicio económico constatable. Aun entendiendo que "*agraviado*" no equivale a perjudicado, sino al que sufre las consecuencias de la acción típica, lo cierto es que no se puede esperar una entusiasta iniciativa procesal del particular no

---

<sup>65</sup> Los artículos Primero —cuarto— y Tercero —segundo— del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves*, supeditan la concesión de la libertad condicional o del paso al tercer grado de tratamiento penitenciario a la colaboración activa del delincuente con las autoridades.

<sup>66</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 74 a 80.

<sup>67</sup> Como se reconoce en la sentencia del Tribunal Constitucional 68/2002.

<sup>68</sup> CARBONELL MATEU, J.C., "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", cit., p. 142.

<sup>69</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., "Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995", en MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., (dir.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, p. 87.

directamente afectado. Resulta igualmente complicado fijar en los inicios procesales de la causa cuestiones tan complejas, pero que condicionan la actuación de oficio, como la afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas<sup>70</sup>.

### 2.3.Las sanciones penales

La eliminación de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes supone el primer paso para adecuar el sistema de penas al modelo constitucional. Pero no agota las tensiones entre éste y aquél.

Así, la reinserción, aunque no constituye un derecho subjetivo del penado, tampoco se puede estimar mención superflua e intrascendente. No se puede entender que el inciso primero del art. 25.2 de la Constitución no existe. Y, sin embargo, esa es la situación real que a veces se percibe: con frecuencia excesiva, lo primero que se reclama, incluso en el Parlamento, para hacer frente a la delincuencia grave, es *“la creación de un sistema de excepciones a todo tipo de ejecución progresiva de la pena de libertad (el cumplimiento íntegro de la totalidad de la pena) o al acceso al disfrute de cualquier clase de beneficio penitenciario”*<sup>71</sup>.

La pretensión, hecha pública por el Gobierno a finales de 2002, de crear dos Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, competentes en la ejecución de condenas dictadas por la Audiencia Nacional, supone una opción difícilmente compatible no ya con el sentido que inspira a la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino con el propio del art. 25.2. El seguimiento individualizado del proceso que sigue cada interno es imposible desde instancias tan fuertemente centralizadas que impiden la intermediación. Intermediación que, precisamente, identifica la justificación misma de la figura del Juez de Vigilancia<sup>72</sup>.

Quizá a este espíritu responde la supresión del arresto de fin de semana, proyectada en las reformas penales de enero de 2003: la constatación de su irregular aplicación -que debería dar lugar no a su supresión sino a la exigencia de las correspondientes responsabilidades políticas- ha determinado la desaparición de una pena que, por obvias razones (no desocializadora, efecto *shock*, no criminógena, etc.), en 1995 había sido considerada idónea.

Tampoco parece compatible con el objetivo resocializador la ampliación de la duración máxima de la pena carcelaria hasta cuarenta años, que pretende

---

<sup>70</sup> MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M., "Los delitos societarios", cit., p. 367.

<sup>71</sup> QUINTERO OLIVARES, G., "El criminalista ante la Constitución", cit., pp. 400-401. Por las mismas razones, la inercia impone soluciones restrictivas ante las posibilidades legales de suspensión especial o sustitución de la pena privativa de libertad a los condenados con antecedentes penales vivos: CID MOLINE, J., LARRAURI PIJOAN, E., y otros, *Jueces penales y penas en España*, cit., pp. 106-107.

<sup>72</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 134.

*Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves* (enero, 2003). La decisión se basa en la necesidad de evitar que los beneficios penitenciarios “se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes”. El argumento revela una desconfianza en la resocialización, y un desconocimiento de su sentido, que difícilmente puede convivir con el art. 25 de la Constitución.

El art. 36 del mismo *Anteproyecto* condiciona el paso del condenado al tercer grado penitenciario al hecho de que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Lo preventivo-especial se condiciona así a presuntas demandas sociales que, además de no haber sido probadas, nada tienen que ver con los fines de la pena. Pero el proyectado precepto revela algo más: en primer lugar, el desconocimiento de la dignidad personal del condenado, cuyo *iter* se condiciona a objetivos que le son ajenos -se le toma como instrumento-; en segundo lugar una profunda contradicción político-criminal, en la medida en que aquí se restringe el ámbito de actuación del juzgador, para evitar sus veleidades como expresamente reconoce la *Exposición de Motivos*, mientras que, en el proyectado art. 93.2 del Código Penal, el juez dispone de la más absoluta manga ancha para revocar la libertad condicional del condenado.

Las penas carcelarias inferiores a seis meses habían desaparecido del Código Penal de 1995 en respuesta a un argumento elemental: no pueden resocializar y, por el contrario, son idóneas para provocar la definitiva marginación del condenado. Hoy se pretende que vuelvan, de la mano del *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 16/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, penas de tres meses de prisión, para conseguir “que la pena pde privación de libertad de corta duración cumpla una función de prevención general adecuada” (i).

Tampoco parece interiorizado en la práctica penitenciaria el “especial rigor”<sup>73</sup> con el que se ha de afrontar la tutela de los derechos, doblemente vulnerables, de los sometidos a penas privativas de libertad. De ahí que el Tribunal Constitucional se haya visto obligado a pronunciarse reiteradamente, en amparo, sobre supuestos tan evidentes como el del Juez de Vigilancia que informa al recluso —sin formación jurídica ni asistencia letrada— que ya no cabe recurso alguno contra el auto que deniega un permiso penitenciario, siendo así que la vía de la apelación estaba abierta (sentencia 65/2002); o como el del que no resuelve sobre las pretensiones del interno ni fundamenta su decisión (104/2002); o como el de la Audiencia que prorroga la prisión provisional más allá de los límites legales basándose en las dilaciones procesales imputables a terceros (98/2002) o en ausencia de motivación (142/2002; 144/2002).

---

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2002.

Muy próxima es la problemática suscitada por las diligencias de investigación practicadas en la fase instructoria (intervención de correspondencia o de conversaciones telefónicas, p. ej.).

En estos casos se impone una adecuada ponderación entre los derechos afectados y los hechos objeto de enjuiciamiento. Pero la necesaria proporcionalidad puede quedar rota si la gravedad del hecho se determina de acuerdo con criterios ajenos a los seguidos por el legislador penal, que es el único legitimado para establecerlos. Cuando la sentencia 82/2002 del Tribunal Constitucional declara que *“la gravedad del delito no se determina exclusivamente por la pena con la que el mismo se sanciona, sino también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos”*, quizá deja de lado que estos últimos criterios son los tenidos en cuenta por el legislador para decidir el marco penal. Y, por tanto, no pueden ser utilizados, además, por otras instancias para afirmar la gravedad de un hecho, y a su tenor, estimar proporcionada una intervención telefónica. La sentencia identifica la proporcionalidad en el hecho de que se intervienen los teléfonos de una poderosa organización dedicada al contrabando de tabaco, *“por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan”*. No se puede dejar de lado, sin embargo, que si el legislador hubiera querido valorar esos datos habría acudido a un tipo agravado, tal como observa la sentencia 123/2002.

El principio constitucional de igualdad ante la ley, sobre cuyo rango no se discute, tampoco queda paladinamente garantizado en la configuración que hace nuestro Código del sistema vicarial<sup>74</sup>.

Al igual que las penas, las medidas de seguridad tienen un tope cronológico que responde no sólo a necesidades garantistas sino que también viene impuesto por sus objetivos preventivo-especiales. Así, la duración máxima de las medidas de internamiento impuestas a los inimputables peligrosos no podrá superar el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable (artículos 101 a 103 del Código Penal). Pero la limitación cronológica de la medida de seguridad impuesta en los supuestos de imputabilidad disminuida del art. 21.1<sup>a</sup> responde a otros criterios. En estos casos, en los que pueden concurrir penas, atenuadas, y medidas de seguridad, el art. 99 implanta —y ésta es quizá la aportación más importante en la materia— el sistema vicarial, en cuya virtud, el juez ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Y el art. 104 dispone que el Juez o Tribunal podrá imponer a los semi-imputables, además de la pena correspondiente, las medidas de internamiento previstas en los arts. 101 a 103. *“No obstante —añade— la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la*

---

<sup>74</sup> MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 209-210.

*pena impuesta fuese privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito".*

De este modo, los inimputables pueden verse sometidos, además de a una pena atenuada, a una medida de seguridad de duración no superior a la pena prevista legalmente para el delito, pero seguramente superior a la que correspondería al imputable que hubiera realizado los mismos hechos. Se crea así una situación de desigualdad que ha de corregir el aplicador del derecho, por más que, en este caso, el legislador no haya facilitado su trabajo.

Otra indudable zona de sombra viene proyectada por el sistema de sanciones aplicable al extranjero que delinque, sistema caracterizado por la omnipresente preeminencia de la expulsión.

El artículo 89.1 del Código Penal dispone inicialmente que *"las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional"*. Y el art. 57.7 de la Ley sobre derechos y deberes de los extranjeros en España permite la expulsión del extranjero procesado o inculcado, *"si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento sancionador"*. De este régimen general quedan excluidos los condenados como responsables de los delitos de los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518<sup>75</sup>. En este caso, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad" (artículo 57.9).

En la misma línea, el párrafo 3 del propio art. 89 dispone que *"el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa"*. El quebrantamiento de la condena deja de ser delito autónomo o incidencia en la ejecución —lo que en ambos casos determinaría una intervención jurisdiccional— y pasa a ser resuelto por el expeditivo expediente de una decisión administrativa.

De nuevo compete al aplicador del derecho imponer una lectura de estos preceptos en clave constitucional, según la cual el carácter sustitutivo de la expulsión no implica que se sustraiga al régimen general de las sanciones penales, que, a tenor del art. 25.2 de la Constitución, *"estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"*. Por tanto, no es admisible la sustitución de penas o medidas que no responda a los requerimientos de la prevención, sino a otro tipo de objetivos. De otro modo se estaría utilizando el Código Penal como inconstitucional refuerzo de la política migratoria o como expediente de

---

<sup>75</sup> Sin que el legislador haya podido explicar las razones en cuya virtud quedan excluidos de esta lista los artículos 188.1 (tráfico de personas destinadas a la prostitución) y 313 (intervención en inmigraciones ilegales de trabajadores): ver RODRIGUEZ MESA, M.J., *Derechos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 90.

superación de la omnipresente masificación penitenciaria, objetivos que pueden resultar plausibles pero que no pueden perseguirse traicionando la función preventiva propia de todo el sistema penal, incluida la fase de ejecución<sup>76</sup>.

El mismo art. 89.1 prevé también, en su inciso segundo, la posibilidad de que jueces o tribunales acuerden, a instancia del Ministerio Fiscal, la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Aquí resulta fortalecida la tentación de trato discriminatorio al extranjero, ya que, de darse los requisitos para la concesión de la libertad condicional, ninguna razón avala el que se le prive de ella. Para evitar este inadmisibles efecto, que supondría tanto como identificar la expulsión no con un sustitutivo de la prisión, sino de la libertad condicional, habrá que optar por ésta cuando concurren sus presupuestos. Y cuando, a pesar del tiempo de ejecución transcurrido, haya que mantener la situación de prisión, ante la ausencia de otros requisitos, es cuando cabría optar por la expulsión del extranjero<sup>77</sup>.

Esta propuesta interpretativa, que pretende, simplemente, adecuarse a Constitución, parece definitivamente superada por el *Anteproyecto de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* (enero, 2003), que inequívocamente opta por la expulsión, tanto en caso de penas inferiores o superiores a seis años<sup>78</sup>, como en el de medidas de seguridad.

Un sistema penal preventivo no se limita a la observancia del principio de lesividad en la conformación de las conductas típicas. También ha de hacerlo al seleccionar y cuantificar las sanciones<sup>79</sup>.

En este ámbito sigue siendo necesaria la apelación al principio de necesidad, en cuya virtud debe quedar proscrito el recurso a una acción coercitiva —ya pena, ya medida de seguridad— cuando no venga exigida por razones de prevención general o especial. Parece ocioso acumular alegatos en este sentido. Se trata de traer a colación los clásicos principios, que formulara M. E. MAYER, de merecimiento, necesidad e idoneidad de las penas, retomados en buena medida por la jurisprudencia constitucional que exige relevancia del bien jurídico, idoneidad y necesidad de la sanción y proporcionalidad en sentido estricto, es decir: entre la gravedad de la pena y la del delito<sup>80</sup>. Y si bien es cierto que esta comparación no es posible en términos estrictos, sino sólo a través de

---

<sup>76</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, cit., pp. 141-142.

<sup>77</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, cit., p. 142.

<sup>78</sup> El art. 89.1, párrafo cuarto, en la redacción propuesta, precisa que “*La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*”.

<sup>79</sup> Y no parece haberlo hecho en preceptos como el art. 505: ver DIAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., p. 141.

<sup>80</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., pp. 62-63. Los mismos criterios son aplicables para la valoración de la proporcionalidad de diligencias de investigación: sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002.

juicios de valor, no lo es menos que ello no le impide actuar eficazmente frente a las tendencias inflacionarias del sistema penal<sup>81</sup>.

Aunque nuestro Tribunal Constitucional, reiteradamente, ha negado relevancia al principio de proporcionalidad a la hora de configurar un elemento tan relevante de la política criminal como es la graduación de las sanciones —por no constituir aquél *“un canon de constitucionalidad autónomo”*<sup>82</sup>—, también es cierto que la sentencia 136/1999, sin romper totalmente con la doctrina anterior, abre la puerta a la apreciación de *“exceso”* en los actos del legislador que entren en contradicción con el principio de proporcionalidad<sup>83</sup>.

*Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*  
*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad de Cádiz*

SUMARIO: I.CONSTITUCION Y SISTEMA PENAL. I.1.Constitución, prevención e intervención penal mínima. I.2.Modelo constitucional y bienes jurídicos penalmente tutelables. I.3.Criminalización y descriminalización. I.4.Derecho penal y política criminal. I.5.Función simbólica y función enmascaradora. II. CONSTITUCION Y LEY PENAL. II.1. El Derecho penal sustantivo. II.2.El proceso penal. II.4.Las sanciones penales.

---

<sup>81</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 477-478.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 55/1996, y, en el mismo sentido, 129/1996, 161/1997, etc. Ver GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, cit., pp. 60 a 62.

<sup>83</sup> HUERTA TOCILDO, S., “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., p. 68.