

PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO E HIPERTROFIA DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Francesco Palazzo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Florencia

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO E HIPERTROFIA DEL DERECHO PENAL*

Francesco Palazzo
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Florencia

1. La tendencia hacia una *hipertrofia* del Derecho penal está presente en gran número de países con elevadas tasas de progreso tecnológico e industrial. Las causas de este fenómeno hay que buscarlas en complejos procesos sociales, más que normativos, que son característicos del modelo de Estado social y democrático de Derecho propio del capitalismo postindustrial.

El incremento del riesgo que trae consigo el progreso tecnológico reclama una significativa anticipación y extensión de la tutela de los bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el Derecho penal (vida, salud, seguridad). Ello trae como consecuencia la incriminación de hechos en sí mismos insignificantes pero cuya represión se muestra irrenunciable dada la tardía e ineficaz tutela que supone atender únicamente a los bienes jurídicos “finales”. Por otro lado, el ámbito parlamentario en el que se elaboran las leyes comporta dificultades de carácter técnico y político para diseñar “tipos” penales correctamente determinados, precisos; de ahí la frecuencia con la que las normas presentan un alcance casi *omnicomprensivo* capaz de castigar tanto los hechos realmente graves como aquellos que son pura bagatela. En tercer lugar, puede hablarse de una indeterminación *sobrevenida*, refiriéndonos a aquellos preceptos que en origen sí tenían un alcance bien definido pero que después han ido aplicándose a nuevas realidades sociales heterogéneas desde un punto de vista criminológico. Así ocurre, por ejemplo, con el delito de fraude comercial: las características que presenta la distribución comercial en la actualidad puede generar comportamientos macro-ofensivos y provocar una “bagatelización sobrevenida” de los tradicionales delitos

* Traducción realizada por Nicolás GARCIA RIVAS. UCLM

de fraude comercial. Lo mismo se podría decir del hurto y de la falsedad contable, sin ir más lejos.

Junto a este fenómeno *cualitativo* de la bagatelización del Derecho penal puede observarse otro de carácter *cuantitativo* cual es la tendencia hacia un incremento de la criminalidad y sobre cuyas causas no podemos indagar en este momento. Ambos fenómenos convergen provocando justamente la hipertrofia del sistema en su conjunto.

La terapia contra esta disfunción del Derecho penal puede ser variada, dependiendo del ángulo político-criminal desde el que se afronte el problema. Por lo que se refiere al aspecto “cuantitativo” del incremento de la criminalidad (no solo de bagatela, sino general) el legislador tiene ante sí tres grandes opciones político-criminales: criminológica, estructural y normativa. La primera obliga al legislador a incidir sobre las causas de la criminalidad; se trata, obviamente, de una opción de largo alcance que exige un enorme esfuerzo y que requiere mucho tiempo, nada fácil de calcular. Se trata de una opción integrada por elementos caracterizados por una incerteza ineludible. La segunda vía de solución requiere que el legislador fortalezca la estructura judicial y penitenciaria para afrontar el incremento de criminalidad; se trata de una vía “economicista” que reclama un cálculo preciso del esfuerzo que supone para el sistema económico, así como de la relación coste-beneficio. La tercera opción obliga al legislador a adoptar soluciones normativas que no suelen requerir gastos para las arcas del Estado pero que sí implican con frecuencia un coste para la coherencia teleológica del sistema. Así, por ejemplo, en el ámbito carcelario se potencian los llamados “beneficios” (desde la suspensión condicional de la pena hasta otras variadas formas de libertad) más allá de los límites lógicos y funcionales de dichos institutos, todo ello con el fin de “aligerar” la población reclusa, pero con el riesgo de aminorar la *efectividad* de la pena y por consiguiente, su función. En el plano procesal, la vía elegida es la creación de procedimientos alternativos simplificados, basados en la aceptación de culpabilidad por el acusado a cambio de una disminución de la pena que comporta una quiebra paralela de las garantías; de este modo se produce una especie de “privatización” del conflicto penal con posibles distorsiones no sólo de la función de la pena sino de la misma idea de justicia.

Dando relevancia al aspecto “cuantitativo”, el legislador afronta la hipertrofia punitiva tratando de incidir sobre la bagatelización. Este fenómeno merece especial atención porque responde no sólo a una necesidad práctica de rebajar la sobrecarga del sistema penal sino también a un principio de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito y la gravedad de la respuesta sancionadora. Moviéndose en esta línea, el legislador respeta perfectamente el principio de *ultima ratio*, que si bien no constituye un principio básico de la

justicia penal sí que expresa una tendencia histórica procedente del Derecho penal liberal y “humanista”.

2. Así pues, voy a prestar especial atención a las opciones político-criminales y a los instrumentos normativos encaminados a hacer frente al fenómeno de la bagatelización. A este respecto conviene distinguir de entrada el delito de bagatela *propio* del *impropio*. El primero aparece en una *previsión legislativa* que contiene *en abstracto* la insignificancia, mientras que el segundo está constituido por un *hecho* que, en general no resulta insignificante, pero que se revela *en concreto* como un hecho de escasa relevancia. Para hacer frente a los delitos de bagatela propios están indicadas tanto la descriminalización como la despenalización, mientras que para remediar el problema que plantean los segundos pueden utilizarse las circunstancias que excluyen la punibilidad por ausencia de lesividad o por la irrelevancia del hecho mismo.

Descriminalizar significa convertir en lícito un hecho previamente punible, mientras que despenalizar implica la degradación del ilícito desde el campo penal al campo administrativo. No cabe duda de que mientras la primera tiene un radio de acción circunscrito al proceso de secularización y liberalización del Derecho penal, el recurso al ilícito administrativo *en lugar* del ilícito penal permite una utilización bastante más amplia. En muchos países europeos (Alemania, Austria, Italia, Portugal) se observa, en efecto, una tendencia a desarrollar todo un sistema de Derecho penal administrativo.

A mi modo de ver, la despenalización presenta tres dificultades fundamentales. En primer lugar, plantea un problema político-criminal pues deben determinarse los criterios que sirven para decidirse por la infracción penal o administrativa. Aunque se trate de un terreno propicio a la *discrecionalidad legislativa*, e incluso asumiendo que ni siquiera la criminalidad “constante”, relativa a las agresiones a bienes jurídicos fundamentales, es inmune a la misma, es indudable que debe existir una *racionalización* de esa discrecionalidad. A tal fin se han elaborado dos criterios principales: merecimiento y necesidad de pena. El primero pretende limitar la utilización de la pena respecto de aquellos hechos que la “merecen” atendiendo a la *elevada* importancia del bien jurídico protegido y a la *intensidad* de la agresión (daño o peligro); se trata de un criterio eminentemente valorativo, fruto de la tensión entre “razón política” y “consenso social”. Con el segundo de los criterios mencionados, el de la necesidad de pena, se hace referencia a la imposibilidad de utilizar un instrumento punitivo distinto de la pena pero dotado de un grado de eficacia similar o superior al de ésta, es decir, la sanción administrativa. En este caso estamos ante un criterio de carácter técnico-científico cuya flexibilidad se debe a que el juicio comparativo sobre la eficacia de las diferentes sanciones no es más que un pronóstico, de carácter por tanto hipotético, condicionado por numerosos factores indeterminados.

En segundo lugar, se plantea el problema de las garantías del sistema sancionador administrativo: habrá que dilucidar si las garantías sustantivas y procesales (principio de legalidad, de irretroactividad, de culpabilidad, de contradicción, etc.) deben ser *iguales* que las propias del sistema penal. En este sentido, mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a identificar ambos sistemas por su homogeneidad funcional, el Tribunal Constitucional italiano establece diferencias. Creo preferible esta segunda solución siempre y cuando las sanciones administrativas mantengan una gravedad inferior al de las sanciones penales y que el procedimiento sancionador administrativo no contenga instrumentos probatorios lesivos de derechos fundamentales (domicilio, correspondencia, etc.). En lo referente al primer aspecto, las sanciones más graves –como la privación de libertad o de derechos- no podrán calificarse como administrativas, ni se admitirán instrumentos sancionadores que supongan cualquier valoración sobre la personalidad del autor. Y en cuanto al segundo, el procedimiento sancionador deberá adoptar una configuración preferentemente.... Bajo estas dos condiciones, la diferenciación de ambos modelos de infracción y de sus respectivas garantías beneficia una despenalización que contribuya a aliviar la sobrecarga que provocan en el sistema penal las infracciones de bagatela.

En tercer lugar, se plantea el problema quizá más delicado, de índole institucional. Es habitual que se atribuya la competencia para aplicar las sanciones administrativas a una autoridad de este orden, entre otras cosas con la finalidad de descongestionar la jurisdicción penal. En ciertos países europeos puede dudarse de la imparcialidad de las autoridades administrativas o, al menos, de algunas de ellas. De ahí que una despenalización, en el mejor de los casos, pueda crear áreas de impunidad, huérfanas de protección; y en el peor de los casos podría generar un uso instrumental y espurio de la sanción administrativa. Por tanto, el éxito de la despenalización depende en buena medida del “estado de salud” general de la Administración y de la autoridad a la que el legislador confía la competencia sobre infracciones administrativas. En general, deberán evitarse tanto aquellas que se encuentren congestionadas de tareas ordinarias como las de libre designación. De ahí que sea digna de tomarse en consideración la experiencia de atribuir esta competencia a las denominadas “autoridades independientes”, que aún formando parte de la Administración carecen de vínculos de subordinación respecto al poder, sea público o privado.

3. Llegamos así a la segunda parte de mi exposición: la relativa al impropio delito de bagatela. Recuérdese que se trata de un hecho conforme al tipo pero de exigua relevancia, de tal manera que respecto de él no puede hablarse de una necesidad de despenalización *en abstracto*, sino únicamente de

ese específico hecho delictivo, es decir, *en concreto*. Ello comporta igualmente problemas político-criminales, de garantías y, en el fondo, institucionales, pero entreverados de tal manera con cuestiones propiamente dogmáticas que se antoja imposible llevar a cabo una disección analítica.

Pero antes de afrontar el problema de la despenalización “concreta” conviene dar un rápido repaso a una modalidad de despenalización que es en cierto modo se sitúa en un lugar intermedio entre lo abstracto y lo concreto. Buen número de ordenamientos conceden al acusado la posibilidad de extinguir el delito aceptando una pena inferior a la ordinaria. Se trata de una despenalización en abstracto en la medida en que los delitos a los que abarca están determinados por el legislador en relación con infracciones leves; pero también lo es en concreto en cuanto que queda a expensas de la voluntad del acusado, a la que se le concede una especie de derecho a la degradación punitiva. Es notorio que este tipo de medidas se inspiran en una finalidad de *deflación* del sistema basada en un trueque utilitarista entre el Estado y el individuo, y mucho menos en asegurar una adecuada *proporción* entre el delito y la sanción vinculada al principio de *ultima ratio*.

Dicho lo anterior, debo añadir que a mi modo de ver las medidas de despenalización en concreto tal y como aparecen configuradas en algunos países europeos (Alemania, Austria, Portugal, Polonia; en Italia se discute actualmente) están sujetas a una intrínseca e indefectible contradicción (o, al menos, a una cierta tensión), porque la impunidad del hecho concretamente exiguo o insignificante se contrapone a la función primordial del legislador expresada en la selección mediante un “tipo” de ilícito criminal abstracto. De manera que estamos ante un hecho que aún siendo *conforme al tipo abstracto*, se revela en concreto carente del desvalor que debería expresar o “encarnar” ese tipo delictivo: las condiciones de no punibilidad del impropio delito de bagatela implican una confesión de la imperfecta selección típica. Esta es la razón que impulsa la sospecha que acompaña a dichos instrumentos sea cual sea la configuración que presentan en los distintos ordenamientos y que está muy presente en la discusión que tiene lugar en Italia actualmente.

Para aclarar este aspecto debe comprenderse que la “irrelevancia” penal del hecho típico puede valorarse de acuerdo con criterios *externos* o *internos*. En el primer caso entran en juego intereses completamente ajenos a aquellos que se hallan tutelados gracias a la incriminación; así ocurre, por ejemplo, cuando la impunidad se basa en la salvaguarda de las relaciones internacionales del Estado o de la unidad de la familia, etc. En estos supuestos se plantean problemas de política criminal y de garantía contra privilegios arbitrarios más que de legalidad o de preservación de la función que debe cumplir la tipicidad. Se plantea, en efecto, el problema de identificar los intereses capaces de prevalecer sobre el interés general de la represión de los delitos sin vulnerar

por ello el principio de igualdad. Una vez resuelto este problema no es difícil configurar con claridad los supuestos de no punibilidad, es decir, de modo determinado y taxativo, salvo que se trate de intereses a valorar sólo en concreto y que, como tales, reclamen una formulación indeterminada y “discrecional”. En relación con esto último, existe un consenso generalizado respecto a aquellas causas de no punibilidad basadas en la *prevención especial*, que huyen a una cristalización en cláusulas legalmente determinadas. La “dignidad” del interés tutelado legitima en estos casos desde un punto de vista político criminal (e incluso constitucional) no sólo la no punibilidad del hecho, sino la imposibilidad de prescindir de una valoración del caso concreto en perjuicio del principio de legalidad. Muy distinta es la cuestión referida a los criterios de no punibilidad basados en la existencia de un *interés público* susceptible de ser valorado en el caso concreto. En relación con él se constata un repudio generalizado incluso en aquellos ordenamientos que lo prevén expresamente (como el alemán), donde se reconducen a puras exigencias genéricas de *prevención general*. Se acepta la idea de que el hecho puede quedar impune si, aparte de otros requisitos, se constata que la pena no producirá en ese caso el efecto intimidatorio que le es propio (como ocurriría en el caso de un delito que no fuera a “imitarse” por otros sujetos). Sin embargo, en los países de la Europa continental no se permite prácticamente nunca la posibilidad de renunciar en el caso concreto a la pena por razones de interés público de carácter económico o social (como lo serían la evitación del desempleo o de disturbios difícilmente sofocables). En un planteamiento que no sea el de la estricta ética kantiana de la absoluta necesidad de la pena, no cabe desconocer la alta “dignidad” social de este tipo de intereses ajenos al delito mismo y la consiguiente legitimidad de una ponderación razonada con la exigencia general de represión. Y en lo que se refiere al decaimiento de la legalidad, tal y como se asume ante exigencias de prevención especial, podría tolerarse igualmente por razones sociales no menos importantes.

Este modo de plegarse al “interés público” se debe realmente no tanto a preocupaciones político-criminales ni, menos aún, de debilitamiento de la legalidad, sino a razones de índole institucional. El sistema de justicia penal en los países del *civil law*, integrado por órganos privados de legitimidad democrática directa, se considera ajeno a una valoración del “interés público” que – en cuanto extraño a la función de la pena y de alcance general- tiene que residir necesariamente en los órganos políticos.

4. Como adelantábamos hace poco, la “irrelevancia” del hecho puede afirmarse también –y sobretodo– en virtud de criterios referidos al *interior* del hecho mismo relativos a su desvalor “mínimo”, “exiguo”, “insignificante”. Criterios que necesariamente se vinculan a la gravedad de la ofensa y a la

intensidad de la culpabilidad, valoradas en concreto. Se trata de una operación de graduación de la pena que tiene un resultado rayano en el cero y que conduce, por ello, a la declaración de no punibilidad que contrasta con la previsión legal según la cual el desvalor del hecho (conforme al tipo) no podría jamás situarse por debajo del mínimo legalmente previsto.

Bajo estas premisas, puede comprenderse que el esfuerzo constante del legislador para precisar los criterios (internos) de irrelevancia del hecho, sin introducir referencia alguna a la función de prevención especial y al autor, está destinada al fracaso. En efecto, el juicio de irrelevancia del hecho tiene sentido únicamente atendiendo a criterios relativamente indeterminados como los relativos a la gravedad de la ofensa y a la intensidad de la culpabilidad: si el legislador hubiese podido precisar dichos criterios en abstracto habría construido un tipo penal *distinto*. El auténtico espíritu del principio de legalidad estriba en la convicción de que el legislador es capaz de establecer una correspondencia perfecta entre el desvalor del hecho y la descripción típica del mismo. De ahí que las causas de no punibilidad representen una toma de conciencia sobre los límites intrínsecos del principio de tipicidad.

En consecuencia, la declaración de irrelevancia del hecho basada en criterios “internos” no puede considerarse un procedimiento utilitarista para aligerar la sobrecarga del sistema penal, ni tampoco representa únicamente un instrumento de aplicación del principio de *ultima ratio* con el fin de evitar que la sanción penal sea desproporcionada respecto al hecho concretamente cometido. La discusión que al respecto tiene lugar en Italia se inscribe en un debate de mayor alcance sobre la erosión de los presupuestos epistemológicos del principio de legalidad. La tradicional lógica “binaria” que se expresa en la contraposición “verdadero/falso”, la cual ha dado lugar en el ámbito penal a la alternativa “conformidad/no conformidad” con el supuesto de hecho típico, se cuestiona hoy ante el empuje de una nueva lógica. Se trata de la denominada lógica *flue* (Delmas-Marty), caracterizada por el predominio de criterios cuantitativos de adecuación funcional de la respuesta (en el ámbito jurídico sería el tratamiento jurídico) respecto a la finalidad regulativa. Una lógica que sustituye la aparente certeza y neutralidad de la subsunción por una argumentación orientada teleológicamente. No es el momento de explicar las profundas razones que llevan a adoptar este giro epistemológico que pone en crisis las virtudes tradicionales del principio de legalidad penal. Pero desde luego no se trata de una moda cultural pasajera ni de un reflejo de la transformación acaecida en el equilibrio de los órganos constitucionales con la pérdida de la primacía absoluta del Parlamento. Más bien parece que la insuficiencia de la lógica formal y de la legalidad tradicional procede, por una parte, de la complejidad de una sociedad plural y conflictiva y, de otra, de la expansión de un “criticismo” cognoscitivo y valorativo refractario

automatismos simples y autoritarios; y, de manera general, a la reconquista de la importancia del individuo y de la diversidad sobre una racionalidad en la que impera el “todo” hermético.

En conclusión, pues, la posibilidad de valorar el (mínimo) desvalor del hecho “típico” no es un procedimiento que debilite la legalidad, sino –más bien al contrario– un síntoma de un proceso profundo y general de deterioro del principio de legalidad. Ser conscientes de ello puede atemperar la hostilidad contra las causas de no punibilidad por irrelevancia del hecho, pero no nos hace olvidar las implicaciones político-constitucionales, derivadas del margen de incerteza, de ese *flo* indefectiblemente unido al juicio de irrelevancia basado en criterios inherentes al hecho mismo. Es cierto que bajo estos criterios –no ocurre lo mismo con los *externos*- los órganos judiciales mantienen la actividad valorativa sobre su propio terreno, pues se trata de una discrecionalidad que tiene por objeto la (mínima) gravedad de la ofensa y la (mínima) intensidad de la culpabilidad. Pese a ello, exigencias garantistas dirigidas a prevenir y limitar el peligro de un ejercicio arbitrario de dicha discrecionalidad aconsejan supeditar la previsión de causas de irrelevancia del hecho a la *independencia* del órgano competente en el momento de su aplicación, ya sea el juez o el ministerio fiscal.

5. Esta alusión al papel del ministerio fiscal nos permite concluir con el problema político-criminal e institucional referente al momento procesal y al órgano competente para realizar la declaración de irrelevancia. Aunque ésta no persigue principalmente una finalidad de deflación del sistema es indudable que cuanto antes se produzca producirá *también* un efecto deflacionario. Sin embargo, en los sistemas inspirados en un riguroso principio de legalidad procesal este tipo de declaraciones pueden realizarse al inicio del procedimiento a iniciativa del ministerio fiscal bajo una doble condición: por una parte, que los criterios estén suficientemente determinados en la ley y que impliquen una valoración “técnica” pero no “política” sin exigir comprobaciones probatorias que resulten imposibles fuera del juicio oral. A ello responden perfectamente los criterios que hemos denominado “inherentes” al hecho (gravedad de la ofensa e intensidad de la culpabilidad). Como es obvio, nada impide que ulteriores exigencias político-criminales obliguen a supeditar la irrelevancia del hecho a otros requisitos, como la reparación del daño o la eliminación de las consecuencias del delito. Por otra parte, el respeto escrupuloso al principio de legalidad procesal obliga a establecer un control del juez sobre la valoración realizada por el ministerio fiscal, correspondiéndole a aquél la declaración formal aunque sea mediante el simple archivo de la causa y sin una *plena cognitio* sobre la misma. Por el contrario, en los sistemas inspirados en el principio de oportunidad cabe imaginar toda una amplia gama

de soluciones que va desde la competencia exclusiva del ministerio fiscal para efectuar la declaración de irrelevancia hasta la previsión de criterios teñidos de discrecionalidad “política”, lo que comporta la consiguiente “contaminación” de este órgano y la pérdida de su independencia.

El respeto riguroso a la legalidad procesal conlleva el precio de la reducción al mínimo de la potencialidad desincriminadora de la declaración de irrelevancia del hecho, pero su auge supone, en el fondo, renunciar a la independencia del ministerio fiscal. Entre estos dos extremos es posible hallar soluciones intermedias, que pueden adoptarse a la medida de las condiciones político-institucionales de los distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, creo que una dosificación equilibrada llevaría a atribuir al ministerio fiscal, en razón de su irrenunciable independencia, la declaración de irrelevancia basada en criterios *inherentes* al hecho.

Pero al margen de la idoneidad de esta u otras propuestas, he pretendido demostrar que el grave problema de la hipertrofia del Derecho penal no reside únicamente en el ámbito político-criminal sino que repercute en principios fundamentales como el de *ultima ratio* y provoca incluso transformaciones de carácter epistemológico.