

El principio de intervención penal mínima

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ

Profesor encargado de Derecho penal de la Universidad de Sevilla, Doctor en Derecho y Diplomado Superior en Criminología

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto. III. Fundamento. IV. Contenido: 4.1. Carácter «fragmentario» del Derecho penal. 4.2. El Derecho penal como «última ratio». 4.3. La naturaleza «accesoria» del Derecho penal. 4.3.1. Introducción. 4.3.2. La subsidiariedad del Derecho penal. 4.3.3. La autonomía del Derecho penal. 4.3.4. Teorías intermedias. 4.3.5. La potestad sancionadora de la Administración. 4.4. Toma de posición.

I. INTRODUCCION

La justicia, como escribe Gutiérrez-Alviz y Armario (1), es «un ideal supremo de la vida humana comunitaria en régimen de igualdad y libertad», mientras que la política, subraya el citado autor, es «un conjunto de actividades puestas en juego coordinando las distintas ideologías y fuerzas operantes en la realidad social y tendentes a conseguir bajo la norma jurídica un régimen razonable de pacífica convivencia».

Pues bien, si el Derecho penal y el procesal penal, según Bettiol (2) son «no sólo una lógica formal sino también una filosofía, una política y, finalmente, una dogmática, que no es una suma de conceptos vacíos sino un «*quid*» que se mueve bajo el impulso y los contenidos políticos de un determinado momento histórico», estimo un honor contribuir el merecido homenaje del profesor Doctor Don Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario con el análisis de uno de los principios informadores del Derecho Penal, de mayor contenido ético, filosófico y jurídico-político de cuantos sustentan la Ciencia de los Delitos y las Penas: «El principio de intervención penal mínima.»

(1) GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, FAUSTINO: «Estudios jurídicos», Universidad de Sevilla, 1978, p. 210.

(2) BETTIOL, GIUSEPPE: «Instituciones de Derecho Penal y Procesal». Traducción de FAUSTINO GUTIERREZ-ALVIZ y CONRADI, editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1977, p. 7.

Por consiguiente, dedico este trabajo, con afecto y gratitud, a Don Faustino Gutiérrez-Alviz Y Armario, quien, a través de su magisterio, me enseñó los secretos del proceso penal, dando así «forma jurídica», a lo que ya era en mí una clara vocación por cuantas pretensiones y partes generan el proceso como institución (3)...

II. CONCEPTO

El intervencionismo estatal ha influido decisivamente en el nacimiento del Derecho Administrativo, de tal suerte que, como enseña Entrena Cuesta (4), «se hacía necesaria la aparición de una rama del Derecho en la cual se conjugasen las prerrogativas de la Administración con las garantías de los particulares».

El Derecho Penal, por su parte, se basa en un presupuesto de naturaleza ético-filosófica y notable trascendencia político-criminal, cual es el principio de intervención mínima, conforme al cual las infracciones que sólo perjudican a la ausencia de fricciones en ciertas manifestaciones funcionales vitales de la comunidad del pueblo, no necesitan siempre, según Mattes (5), estar provistas de «penas». Tales infracciones del orden no perturban el «orden interno de la comunidad», sino sólo el «orden externo de la convivencia» en el que se trata de «meros problemas utilitarios» que no tienen nada que ver con los mandatos de la ética.

El injusto criminal, por el contrario, no va tan sólo contra los mandatos del derecho, sino también contra los de la ética. Se percibe —subraya Rietzsch (6)—, cómo una «lesión del sentimiento jurídico de la comunidad del pueblo» y despierta una «necesidad de integración».

Por consiguiente, el principio de intervención mínima significa que «el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo».

III. FUNDAMENTO

El principio de intervención mínima se fundamenta, según Quintero Olivares (7), en la tesis de que «el Derecho Penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el

(3) Sobre este particular, véase por todos, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, «Estudios...», *op. cit.*, pp. 145 y ss.

(4) ENTRENA CUESTA, RAFAEL: «Curso de Derecho Administrativo», volumen I/1. Editorial Tecnos, S. A., 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 51.

(5) MATTES, HEINZ: «Problemas de Derecho Penal Administrativo». Traducción y notas por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, EDESA, 1979, pp. 215 y s.

(6) RIETZSCH, OTTO: Die Neuordnung des Rechts der Übertretungen», en DStr., 1935, p. 66.

(7) QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Introducción al Derecho Penal». Parte General, editorial Barcanova, Barcelona, 1981. nn. 48 v s.

funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales».

Sin embargo, la esencia del principio de intervención mínima radica en «*el respeto a la capacidad de la persona humana para adquirir derechos y obligaciones jurídicas que no dañen a un tercero*».

En efecto, los presupuestos antropológicos, filosóficos y sociológicos que a lo largo de la Historia de la Humanidad, han generado la formación y evolución de la Ciencia del Derecho Penal, permiten hoy sintetizar aquellas constantes, esos «mínimos ético-sociales», necesarios para la propia supervivencia de la especie humana.

Por eso, el Derecho Penal interviene «mínimamente» en la Sociedad: porque aún confía en el hombre, de tal modo que cuanto menor sea la intervención punitiva, más fecunda y próspera será nuestra vida comunitaria, pues ello supondría tanto como que, v. gr., el mandato moral «no matarás» carecerá, entonces, de traducción legislativa que recuerde la sanción prevista para «el que matare a otro», una vez conocidos y neutralizados los factores que determinan la «psicología de la agresión».

Por consiguiente, el «principio de intervención mínima» constituye no sólo un límite importante al «ius puniendi», sino que además sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición en el Ordenamiento: la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos (si se trata de delitos o faltas perseguibles a instancia de parte), o bien el último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una Sociedad democrática avanzada, empeñada en la defensa y desarrollo de los valores consustanciales al Derecho Penal democrático.

IV. CONTENIDO

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

4.1. CARACTER «FRAGMENTARIO» DEL DERECHO PENAL

Los preceptos del Derecho son, según Justiniano (8): «Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo». Ahora bien, ¿cómo puede protegerse el Ordenamiento Jurídico que garantice el efectivo cumplimiento de estos preceptos? Este delicado problema po-

(8) JUSTINIANO, «Instituciones». Traducción de FRANCISCO PÉREZ DE ANAYA y MELQUIADES PÉREZ RIVAS. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1976, p. 27.

lítico criminal sólo puede resolverse partiendo de la base de que las modificaciones necesarias de la justicia criminal, en cada momento histórico concreto, impiden que el Derecho Penal tenga un «carácter absoluto», o lo que es lo mismo que su acción protectora se extienda a todos los ámbitos de la vida social donde se haya quebrantado el orden jurídico. El Ordenamiento Tutelar jurídico penal, forzosamente, como reconoce Zipf (9) adolece de lagunas y es imperfecto; posee «carácter fragmentario», como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano (10).

La relatividad y fragmentariedad del Derecho Penal se asientan, según Polaino Navarrete (11), en que «la estimación de lo que a la sociedad conviene sancionar penalmente no puede ser efectuada sino por la vía de la comprobación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela penal».

Esto es así porque en un Estado social y democrático de Derecho, como el nuestro, que propugna como el «*primer valor superior de su ordenamiento jurídico: la libertad*», la fácil huida hacia el Derecho Penal, prefiriéndose el recurso a la pena o a la medida de seguridad antes que el examen de medios menos gravosos para los ciudadanos, conduciría inexorablemente a un Estado policial. Por consiguiente, los ciudadanos no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en su desarrollo personal y comunitario; eso sería, como subraya Bustos (12), «la negación del Estado de Derecho, que provocaría la inseguridad de sus ciudadanos».

De aquí surge la moderna tendencia político-criminal a la «*desriminalización de conductas antaño delictivas*»; es decir, a su conversión en ilícitos civiles o administrativos perdiendo de esta suerte toda relevancia penal. Así, v. gr., el antiguo delito de conducción ilegal ha sido suprimido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, atendiendo según la exposición de motivos de dicha Ley, «*a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo*».

En efecto, si lo decisivo en dicha conducta no era el hecho de conducir, sino, como señala Rodríguez Devesa (13), «el carácter de permiso» parece evidente que el sujeto omitió el cumplimiento de un requisito administrativo, cual es la obtención del correspondiente permiso, para poder conducir un vehículo de motor por la vía pública, in-

(9) ZIPF, HEINZ: «Introducción a la Política criminal». Traducción de MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA. Edersa, 1979, p. 43.

(10) Sobre el carácter fragmentario del Derecho Penal, véase, por todos, MAIWALD, M.: «Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts» en «Festschrift für R. Maurach», Karlsruhe, 1972.

(11) POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: «Derecho Penal». Parte General. Tomo I, «Fundamentos científicos del Derecho Penal». Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1984, p. 98.

(12) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: «Manual de Derecho Penal español». Parte General. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1984, p. 49.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: «Derecho Penal español». Parte General. Octava edición. Madrid, 1981, pp. 369 y s.

dependientemente de su pericia o de la inexistencia de un perjuicio efectivo en las personas o en las cosas, a consecuencia de la conducción ilegal llevada a cabo por el agente. Por consiguiente, el tipo ha quedado sin contenido porque ya no cumple la función que le asignara Córdoba Roda (14) de salvaguardar «la potestad de la Administración para autorizar la conducción de vehículos de motor», quedando la «seguridad del tráfico» garantizada por la tipificación, y consecuente castigo, de los hechos más graves para el normal funcionamiento del tráfico motorizado, previstos en los artículos 340 bis a) y siguiente.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que, como subraya Baratta (15), «el Derecho Penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales está, igualmente, interesado el conjunto de los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario». Para este autor, el carácter fragmentario del Derecho Penal afecta, fundamentalmente, al proceso de selección de los bienes jurídicos esenciales, condicionado por la preponderancia de los intereses particulares de grupos poderosos sobre los intereses generales, según se advierte en las legislaciones penales en los diferentes países sobre las drogas, delitos ecológicos, accidentes de trabajo y, en general, la legislación relativa a la criminalidad económica.

La legitimación tradicional del carácter fragmentario de la defensa de los intereses jurídicos que proporciona la ciencia jurídico penal ha sido cuestionada por Baratta (16) en términos que afectan a las características del delito y que condicionan la selectividad de la protección jurídico-penal, pues, si desde un punto de vista convencional, puede definirse el Derecho Penal como una técnica para el control social que actúa sobre aquellos comportamientos que infringen el margen de tolerancia ética de la comunidad, imputables y, por ende, reprochables y que, además, lesionan y ponen en peligro intereses de sujetos jurídicos, no existen, sin embargo, razones suficientes, en opinión del meritado autor, para justificar la hipótesis de que la ciencia jurídica deba necesariamente permanecer ligada al concepto anteriormente dado de Derecho Penal, así como al sistema existente de control social. En definitiva, Baratta (17) propugna «una reflexión crítica que contribuya aportando argumentos racionales al progreso de las valoraciones éticas en la sociedad».

En este sentido se manifiesta, también, Muñoz Conde (18) para quien el carácter fragmentario del Derecho Penal tiene un significado

(14) CÓRDOBA RODA, JUAN: «Comentarios al Código Penal». Tomo III. (Artículos 120-340 bis c). Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1978, p. 1282.

(15) BARATTA, ALESSANDRO: «Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal», en PAPERS. Revista de Sociología. Publicada per la Universitat Autònoma de Barcelona. Número 13 «Sociedad y Delito» 1980, p. 29.

(16) BARATTA, Criminología..., *op. cit.*, p. 43.

(17) BARATTA, Criminología..., *op. cit.*, p. 44.

(18) MUÑOZ CONDE, «Adiciones al Tratado de Derecho Penal de JESCHECK» Parte General, volumen primero, Editorial Bosch, S. A. Barcelona 1981, p. 84.

ideológico, particularmente, en la delincuencia de «cuello blanco». En esta materia el Derecho Penal se caracteriza, según el referido autor, «más por lo que no castiga, que por lo que castiga. Ciertamente, la delincuencia socio económica se caracteriza por la ausencia de «*contenidos típicos*» que propicia la «*inmunización del Derecho Penal*» (19) frente a este tipo de criminalidad de los negocios de grandes empresas nacionales y transnacionales cuyas acciones, marcadas por el anonimato y la dificultad de su imputación a personas físicas determinadas, pese al enorme perjuicio que causan a la economía nacional, quedan generalmente impunes.

Por consiguiente, es urgente y necesario que en el sistema penal, entendido como un complejo dinámico de funciones, integrado por los procesos de «*criminalización primaria*» (formación de la ley penal) y «*secundaria*» (aplicación de la ley penal), no se produzca lo que Muñoz Conde (20) ha denominado «*perversión*» del carácter fragmentario del Derecho Penal, a través de los procesos de selección primaria.

El fundamento de la afirmación del carácter fragmentario del Derecho penal presente, hoy, nuevas dimensiones que conectan, según Polaino Navarrete (21) con dos tipos de cuestiones bien diferenciadas: en primer lugar, con el origen de la pena; y, en segundo lugar, con la dependencia histórica de la configuración fragmentaria de los tipos.

Por lo que se refiere al primer problema planteado, entiende el citado autor que el Estado solamente puede penar al sujeto que ha realizado un comportamiento que es objeto de un desvalor realmente muy grave, siendo necesario, además, que tales acciones ofrezcan también respecto de la sociedad un elevado grado de nocividad. Por consiguiente, en el pensamiento de este autor se excluye la «*nocividad criminológica*», integrada por la «*agresividad*» y la «*indiferencia afectiva*»; es decir, la capacidad del sujeto para recorrer el «*íter criminis*», desde la concepción hasta la consumación de su plan criminal, de una parte, así como la falta de resonancia que encuentra en el autor el sufrimiento de su víctima.

Por el contrario, la «*nocividad*» aludida ha de ser considerada «*respecto de la sociedad*» y no «*desde el autor*», y, además, la cantidad de mal que puede temerse del sujeto ha de ser empíricamente constatable, por lo que Polaino (22), concluye afirmando que «*el autor tiene que incidir sobre bienes jurídicos, que son, respectivamente, afectados en concreto por las acciones típicas*», para hacerse acreedor de la pena. La precisión anteriormente apuntada denota una nueva dimensión al carácter fragmentario del Derecho Penal: «*la dimensión criminológica*», habida cuenta de que, como afirma La Torre (23), «*la con-*

(19) Sobre la teoría de la inmunización del Derecho penal, véase por todos SCHUMANN, K.F.: «Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer Konflikttheoretischen Kriminologie», en Arbeitskreis Junger Kriminologen (ed.), «Kritische Kriminologie», 1974, pp. 69 y ss.

(20) MUÑOZ CONDE, Adiciones..., *op. cit.*, pp. 100 y s.

(21) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, pp. 100 y s.

(22) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, p. 101.

(23) LATORRE, ANGEL: «Introducción al Derecho». 4.ª Edición. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1972, p. 204.

sideración puramente jurídica del delito no debe hacer olvidar su contorno real como acto de una persona».

En cuanto a la dependencia histórica de la configuración fragmentaria de los tipos, Polaino (24) advierte que «ciertas formas de comportamiento de la persona existen típicamente a lo largo de los siglos, como modalidades de comisión de determinadas lesiones de bienes jurídicos». Sin embargo, conviene añadir al respecto que tales modalidades típicas de comportamiento, por ejemplo, el incendio voluntario, la alteración de monedas o la estafa, además de destacar determinadas formas de ataques contra bienes jurídicos permanentemente conculcados, revelan, también, «*conflictos socio culturales insatisfactoriamente resueltos por el Derecho Penal*». Tales conflictos, dependientes de las condiciones materiales y espirituales de la comunidad, mostraron, v. gr., cómo en Roma, según refiere Kunkel (25), el «crecimiento del proletariado de la capital y el aumento de los contingentes de esclavos fue acompañado de un auge de la criminalidad, que exigió enérgicas medidas para mantener la seguridad pública». Por eso surgió, ya en el curso del siglo III, a. de C., una justicia policial contra delincuentes violentos, incendiarios, envenenadores y ladrones.

Por consiguiente, el Derecho Penal que ha sido impregnado profundamente por la filosofía de los valores, de tal modo que, en opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA (26) el Estado debe recoger y enfocar «teleológicamente» todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida, configura los tipos de modo fragmentario conforme a las exigencias político criminales y grado de sabiduría jurídico penal alcanzado en una época determinada.

En efecto, al ser «el» criminal una pálida abstracción, observa Von Hentig (27), resulta todavía más difícil abarcar en una imagen única las modalidades de la infracción, pues, ¿a quién debería asemejarse el sujeto que hoy roba y mañana estafa? A pesar de estas consideraciones, el citado autor estima justificada plenamente la inclinación humana hacia un patrón cognoscitivo manejable, un «tipo» que nos guía en los casos dudosos mejor que la total falta de experiencia.

Así, el «engaño», es decir esa falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre, elemento constitutivo del delito de estafa, pervive, junto con la mentira a lo largo de la historia de la humanidad, generando en el tráfico jurídico consecuencias de elevado costo social y económico. Sin embargo, este elemento de naturaleza anímica se ha ido perfilando lentamente, de tal modo que, v. gr. en el Código de Hammurabi (28), lo determinante no es que concurra en el es-

(24) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, p. 101.

(25) KUNKEL, WOLFGANG: «Historia del Derecho Romano», Editorial Ariel, S.A., Tercera edición, Barcelona, 1972, p. 71.

(26) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: «Tratado de Derecho Penal». Tomo I, Editorial Losada, S. A., Buenos aires, 4.ª edición, 1964, pp. 34 y ss.

(27) VON HENTIG, HANS: «El delito». Volumen I. Traducción castellana y notas por MARINO BARBERO SANTOS, editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1971, p. 19.

(28) HAMMURABI, «Código de Hammurabi». Edición preparada por FEDERICO CARA PEINADO. Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 93 y 170.

tafador un elemento subjetivo del injusto específico: el «ánimo de lucro», sino por el contrario, el hecho de que «levantó una calumnia» al no presentar el propietario de la cosa perdida testigos que testimonien sobre el objeto perdido, pues, según este cuerpo legal, la intención de robo y la calumnia en materia de robo son faltas cuya gravedad equivale a la del robo en sí.

Asimismo, en el Derecho Penal Romano, Mommsen (29) nos indica que la palabra «*falsum*» («de fallere») se aplicaba a los más importantes hechos delictivos conminados en la «*Lex Cornelia testamentaria nummaria*», dictada por Sila sobre los testamentos y la moneda y en las ampliaciones que se hicieron de ella; pero de los muchos actos que caían bajo el ilimitado concepto de engaño fraudulento la citada ley sólo recogía algunos de ellos, a saber, los que envolvían un peligro real.

La misma incertidumbre se observa en el Derecho Penal privado, continúa el citado autor, pues la acción para perseguir la estafa como delito privado no tenía lugar sino en el caso de que concurriera en el hecho un elemento ético que el magistrado director del Tribunal le pareciera que requería ser tratado penalmente, no siéndole posible a la víctima buscar que se le hiciera justicia por otra vía. Por consiguiente, en el Derecho Penal Romano es imposible definir positivamente el delito de estafa, no hallándose legalmente determinado el círculo de los hechos punibles que daban origen a la acción de estafa.

Semejante laguna legal va ser cubierta en el curso del tiempo satisfactoriamente, merced a una depurada técnica legislativa y a un considerable esfuerzo doctrinal. Definida la estafa por Antón Oneca (30) como «la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero», se sientan los pilares para construir una «teoría general de la estafa», que, partiendo de esta definición, deduce los elementos esenciales del delito: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y provecho, debiendo mediar entre el perjuicio y el engaño una adecuada relación de casualidad de tal modo que el engaño sea el motivo o la causa del perjuicio.

La trascendencia de esta teoría general de la estafa es tal que ha adquirido rango legislativo, merced a la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal, cuya Exposición de Motivos refiere «la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito», defecto subsanado por la nueva redacción del artículo 528, del CP, a cuyo tenor, «*cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero*». Por consiguiente, mientras que el sis-

(29) MOMMSEN, TEODORO: «Derecho Penal Romano», traducción de P. DORADO. Editorial Temis, Bogotá, 1976, pp. 418 y s.

(30) ANTÓN ONECA, JOSÉ: «Estafa». Nueva Enciclopedia Jurídica, IX, 1958, pp. 56 y ss.

tema anterior a la Reforma se caracterizaba, según la meritada Exposición de Motivos por un «desequilibrio entre ciertos abusos del método casuístico —la estafa es un ejemplo frente a la desatención hacia valores patrimoniales o situaciones económico-patrimoniales que merecen particular respeto por parte de la ley penal—», la nueva redacción del artículo 528 del CP, otorga «positividad» a la aludida teoría general de la estafa, mediante la consagración legal de «una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables», como reconoce la propia Exposición de Motivos.

El cambio operado es importante, pues como afirma Muñagorri (31) «la reforma de 1983 en lo relativo a delitos patrimoniales ha abandonado el criterio de la cuantía del valor del perjuicio patrimonial como determinante de la gravedad de la pena», es decir, que lo decisivo, ahora, no es que el estafador defraude a la víctima en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregue en virtud de un título obligatorio, sino que aquel lleve a cabo la conducta descrita en el párrafo primero del artículo 528 con un elemento intencional específico: «el ánimo de lucro», quedando relegado el perjuicio patrimonial a un mero límite fronterizo que deslinda el delito de la falta de estafa, según que aquel exceda o no de 30.000 pesetas, como se desprende del párrafo segundo del artículo 528 en relación con el 587.3.º, todos ellos del Código Penal.

Por consiguiente, el principio de intervención mínima, como subraya Muñoz Conde (32) «es un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, derivado de la propia naturaleza del Derecho Penal, el cual se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter “fragmentario”, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte, fragmentos, si bien la de mayor importancia». En efecto, las conminaciones penales no tienen por qué extenderse a todas las infracciones, como sostiene Cobo Del Rosal Y Vives Antón (33), pues no todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal.

El carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuya virtud, la pena sólo ha de aplicarse a aquellas acciones u omisiones que por su peligrosidad y responsabilidad lo merezcan en interés de la protección social, constituye, sin duda, uno de los fundamentos político-criminales más importantes de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva, que degrada la verdadera función de la pena. En este sentido, Von Liszt (34), tras cri-

(31) MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO: «Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del Código Penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas, en ADCPCP, 1984, p. 741.

(32) MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», editorial Bosch, S. A., Barcelona. 1975, pp. 71 y s.

(33) COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: «Derecho Penal» Parte General, Universidad de Valencia, 1984, p. 91.

ticar el empleo superabundante de la pena como medio de lucha contra el crimen, propone la restauración del antiguo principio «Mínima Non Curat Praetur», bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material) (impunidad por insignificancia de la infracción).

El carácter fragmentario del Derecho Penal, consecuencia del principio de intervención mínima, conforme al cual el Derecho Penal sólo debe intervenir en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos de particular relevancia, configura la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho, en el sentido de que no cabe acudir a instrumentos aflictivos cuando éstos no son socialmente imprescindibles ni necesarios. De ahí que en nuestro sistema constitucional la pena cumpla, como destaca Mir Puig (35), una misión política de «regulación activa» de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la «función de prevención» de los hechos que atenten a estos bienes y no basar su cometido en una hipotética necesidad «ético jurídica» de no dejar sin respuesta, sin «retribución», la infracción del orden jurídico.

Por consiguiente, el carácter fragmentario constituye, hoy, un postulado del Derecho Penal que revela el cambio de una concepción retribucionista a otra, basada en una estricta necesidad de la prevención, fundamentada políticamente en el artículo 1.1 de la Constitución. Por tanto, en un Estado democrático el desarrollo de una política penal está sujeto a los condicionamientos que impone su estructura, pues si partimos del presupuesto de que la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una permanente revisión de su aparato coercitivo, Estado democrático será aquel que, como sostiene Hormazábal (36), «en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable». Por eso la misión fundamental del Estado democrático reside en la constante revisión de su función protectora de bienes jurídicos; de ahí que el Derecho penal tenga, en opinión de Bustos y Hormazábal (37), «carácter lagunario y trate de discriminalizar mas bien que de criminalizar».

Esta tarea la lleva a cabo el Estado mediante un riguroso proceso de selección de bienes jurídicos e intereses estatales cuya demanda social los ha elevado a la categoría de «presupuestos jurídico-penales esenciales para el progreso personal y social». De ahí que pese a su diversa naturaleza, en ocasiones eminentemente «comunitaria», v. gr., la seguridad interior o exterior del Estado; la recta Administración de

(34) VON LISZT, FRANZ: «Tratado de Derecho Penal». Traducido de la 20.ª edición alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y Adicionado con el Derecho Penal Español por QUINTILIANO SALDAÑA. Tomo Segundo, tercera edición Editorial Reus S. A., Madrid, s/f, p. 21.

(35) MIR PUIG, SANTIAGO: «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1979, p. 25.

(36) HORMAZÁBAL MALLARE, HERNÁN: «Política penal en el Estado democrático», en ADPCP, 1984, p. 333.

(37) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALLARE, HERNÁN: «Pena y Estado», en PERS, número 13 «Sociedad y Delito», 1980, p. 126.

la Justicia; la fe pública; la salud pública, etc.; y en otras, profundamente «personalista», como por ejemplo: la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., todos, en cambio, participan de un denominador común: su adecuación a unos principios teóricos que sintetiza Quintero Olivares (38) de la forma siguiente:

«a) Las leyes penales indican el mínimo ético-social que ha de dominar la vida comunitaria.

b) Ese mínimo se expresa en la prohibición de determinadas acciones u omisiones que atentan contra intereses que, precisamente por ser tenidos como esenciales por la mayoría de los ciudadanos, delimitan las acciones que la comunidad no puede tolerar: las dirigidas contra ellos.

c) Todas las leyes penales deben proteger bienes jurídicos, encarnados por intereses valorados de forma positiva y esencial por la comunidad.

d) Si la ley penal tutela valores o intereses que afectan o preocupan a un grupo, entonces esa ley no será «derecho»... El Derecho penal no marcará reglas ético-sociales, sino sólo deberes del más débil ante el más fuerte».

En definitiva, el Estado democrático debe enfocar su política criminal conforme a las exigencias de uno de los principios informadores del Derecho penal: el principio de la «exclusiva protección de bienes jurídicos», entendidos, como pone de manifiesto Hormazábal (39), materialmente en cuanto expresare lo realmente protegido por una norma penal, esto es, «síntesis normativas de relaciones sociales concretas» en una sociedad democrática, asegurando, simultáneamente, el funcionamiento democrático de la sociedad por la vía del reforzamiento de sus estructuras y una mayor receptividad a las necesidades reales que este complejo tipo de sociedad demande.

Por otra parte, el carácter fragmentario del Derecho Penal tiene particular incidencia en la teoría jurídica del delito y, más particularmente a la hora de determinar si existe o no una «antijuricidad específicamente penal». En efecto, sabido es que una conducta típica puede ser conforme a derecho cuando concurre una causa de justificación, v. gr., la prevista en la circunstancia onceava del artículo octavo del Código Penal, conforme a la cual el comportamiento del sujeto, penalmente relevante, puede estar amparado por una norma extrapenal. Sin embargo, la «unidad» del Ordenamiento impide formular un concepto «divisible» de lo antijurídico, según enfoquemos el hecho concreto desde uno u otro sector del Ordenamiento; de ahí que no pueda sancionarse penalmente una conducta reconocida por otras normas jurídicas. El concepto de antijuricidad, por tanto, debe ser limitado por

(38) QUINTERO OLIVARES, «Represión penal y Estado de Derecho», editorial Diosa, Barcelona, 1976, pp. 83 y s.

(39) HORMAZÁBAL, «Política...», *op. cit.*, p. 345.

el principio de intervención mínima, pues si la función del Derecho penal es «proteger la esfera vital de los particulares y los intereses esenciales de la comunidad», ni el fundamento de carácter «general» de lo antijurídico ni su contenido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico permite afirmar la existencia de una antijuricidad «específicamente» penal. Consecuentemente, a tenor del carácter fragmentario del Derecho penal, «no todo ilícito se transforma automáticamente en injusto penal si no es a través de un proceso de criminalización primaria, acreditativo de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente relevantes».

Por consiguiente, la conducta humana sólo deviene injusto punible si lesiona un bien jurídico, pues al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien —como subraya Hassemer (40)—, «tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses». La teoría del bien jurídico ha evolucionado hacia una teoría de la «dañosidad social» (41), conforme a la cual, no toda lesión de un interés humano exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos trasciende del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre.

En este sentido, con Hassemer (42) proponemos que la legislación penal se base en el principio «*in dubio pro libertate*», limitando la intervención punitiva «exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas, pues, mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos debe quedar libre de amenaza penal».

4.2. EL DERECHO PENAL COMO «ULTIMA RATIO»

El Derecho Penal como ordenamiento de protección y paz sirve, en opinión de Wessels (43), «a la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguardia de la paz jurídica». La bondad de este pensamiento adquiere particular importancia en nuestro orden político constitucional, cuyo objetivo fundamental es alcanzar la «paz social» sobre la base de dos pilares esenciales: de un lado, el reconocimiento y protección de los «derechos humanos»; y, de otro, el respeto a la «ley», como manifestación de la voluntad popular.

Los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestro tex-

(40) HASSEMER, WINFRIED: «Fundamentos del Derecho Penal». Traducción y notas de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO.

(41) Sobre la teoría de la «dañosidad social», véase por todos, AMELUNG, KNUT, «Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft», 1972, pp. 366 y ss.

(42) HASSEMER, Fundamentos..., *op. cit.*, p. 39.

(43) WESSELS, JOHANNES: «Derecho Penal». Parte General. Traducción de la 6.ª edición alemana de 1976 por el Dr. CONRADO A. FINZI. Ediciones Depima, Buenos Aires, 1980, p. 3.

to constitucional reconoce y garantiza a todos los españoles reclaman no sólo que el Derecho Penal sea lo menos extenso posible sino, como advierte Rodríguez Ramos (44), «mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo o estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y prohibiciones penales».

Mientras el carácter fragmentario del Derecho penal se configura conforme al principio de protección, el carácter subsidiario de este sector del ordenamiento, se inspira, según POLAINO (45) «en la significación del principio de oportunidad que configura el Derecho penal como la última «ratio» del Ordenamiento jurídico». En efecto, si el Derecho penal se basa en la soberanía popular y si se limita a regular determinadas representaciones ético-sociales de valor de la comunidad jurídica, la subsidiariedad de las disposiciones jurídico-penales vendrá determinada por las exigencias constitucionales inherentes al Estado social y democrático de Derecho, antes que, como sostiene el citado autor (46) «por la mera diversidad histórica de las singulares formas políticas, más o menos esporádicas, de organización estatal».

Por consiguiente, la intervención penal sólo está justificada cuando así lo reclame la peculiar estructura normativa del Estado social y democrático de Derecho, basado en el «*principio de la necesidad de la intervención*», bien entendida esta última, no como la consecuencia lógica de un derecho subjetivo del Estado a castigar, «per se», sino como la «*asunción de una potestad legitimada democráticamente*». El Derecho Penal, por tanto, ha de concebirse como «última ratio», esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales o informarles, pues, como afirma BUSTOS (47), «la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia».

Si el primer valor superior del Ordenamiento constitucional español es la libertad, parece evidente que el Derecho Penal sólo puede limitar ese bien de los hombres y los pueblos cuando ello sea necesario para la protección del Estado social y democrático de Derecho en el que se ha constituido la Nación española. En efecto, por la dureza de sus recursos, que implican la privación o restricciones de bienes fundamentales para el individuo y la comunidad, el Derecho Penal debe representar, como señala Muñoz Conde (48), la «última ratio legis» y entrar sólo en liza cuando resulte indispensable para el mantenimiento del orden jurídico violado, de tal suerte que cuando el legislador no respeta esta exigencia ética y antes de aplicar otros medios jurídicos civiles, administrativos, fiscales, etc., menos gravosos, recurre ya a la sanción penal, criminalizando más hechos de los que

(44) RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: «Compendio de Derecho Penal». (Parte General). Editorial Trivium, S. A., Madrid, 1984, p. 33.

(45) POLAINO, «Derecho...», *op. cit.*, pp. 103 y s.

(46) POLAINO, «Derecho...», *op. cit.*, p. 105.

(47) BUSTOS, «Manual...», *op. cit.*, p. 49.

(48) MUÑOZ CONDE, «Introducción...», *op. cit.*, p. 71.

se debían de castigar, entonces se crea, como ha destacado Rodríguez Mourullo (49), una recusable hipertrofia del Derecho Penal, que, utilizada abusivamente con fines políticos, desencadena el denominado «terror penal».

Para proteger los intereses sociales el Estado debe preferir, sobre todos, la utilización de medios desprovistos de todo carácter sancionatorio. En este sentido, ya Ferri (50), sostenía que, era necesario recurrir a otras medidas que puedan sustituir a las penas como instrumentos de defensa social, para satisfacer el apremio social del orden, proponiendo al respecto, los «sustitutivi penali». La teoría de los equivalentes de la pena parte de la base de que no se llegará a evitar los delitos por las penas, sino por estas otras medidas que, en los límites de su eficacia, las «sustituyen», mucho más que cooperan con ellas. Por su parte, Callies (51) destaca el «carácter del Derecho Penal como el último recurso de la Política Social». A continuación, seguirán, «sanciones no penales»; sólo cuando estos instrumentos legales se muestren insuficientes para restaurar el orden jurídico conculcado, será lícito el recurso a la pena o a la medida de seguridad. Ello interesa destacarlo, especialmente, como advierte Mir Puig (52) frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil «huida al Derecho penal».

Que el Derecho Penal es la «última ratio» significa, pues, como afirma Sainz Cantero (53), que «sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico».

Tal aserto parte sobre la base de la unidad del Ordenamiento Jurídico, de la función social del Derecho que no es otra que la de proteger las bases de la convivencia social a través de la tutela de los bienes jurídicos, mediante los instrumentos legales de reacción específicos de cada una de las ramas que integran el Ordenamiento.

Para ello, el legislador, ante todo, debe remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación «efectiva» de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural», conforme exige el artículo 9.2 de la Constitución española, pues, no le faltaba razón a Ferri (54) cuando escribía que «para la defensa social contra la criminalidad y para la elevación moral de las poblaciones, el más insignifi-

(49) RODRÍGUEZ MOURILLO, GONZALO: «Derecho Penal». Parte General, editorial Civitas, S. A., Madrid, 1977, p. 20.

(50) FERRI, ENRICO: «Sociología Criminal». Versión española por ANTONIO SOTO y HERNÁNDEZ. Centro editorial de Góngora, Tomo I, Madrid, s/f., pp. 293 y s.

(51) CALLIES, R. P.: «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion», Frankfurt am Main, 1974, pp. 128 y s.

(52) MIR PUIG, «Derecho Penal», Parte General, Promociones Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1984, p. 74.

(53) SAINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO: «Lecciones de Derecho Penal», Parte General, Tomo I, editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1979, p. 37.

cante progreso en las reformas de prevención social vale cien veces más y mejor que la publicación de todo un Código penal».

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

Sin embargo, para Quintero Olivares (55), el convencimiento de que la pena es un mal irreversible, y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección (la pena entendida como «última ratio») obliga a reducir al máximo el recurso al Derecho penal (intervención mínima).

Por otra parte, téngase en cuenta que, como subraya Muñoz Conde (56), «el Derecho penal es parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que de un modo u otro, es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses», diferenciándose este sector del Ordenamiento de otros mecanismos de control social, de una parte; por la «formalización» del control, liberándolo de la espontaneidad, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social; y, de otra, porque el control social jurídico penal, tiene carácter normativo, es decir, se realiza por medio de un conjunto de normas elaboradas con tal fin.

Ciertamente, el sistema jurídico penal es una «parte del control social» altamente formalizada, en base a tres instrumentos capitales: norma, sanción y proceso que integran el «control social», «condición básica irrenunciable de la vida social», según Hassemer (57). En efecto, la norma define el comportamiento desviado como criminal, la sanción es la reacción vinculada a la desviación y el proceso es la prolongación de la norma y la sanción en la realidad. Ahora bien, estos elementos estructurales no pueden entenderse aisladamente de otras normas, sanciones y procesos correspondientes a otros sectores del control social. Antes al contrario, el sistema jurídico-penal presupone la existencia e influencia de esos aquellos otros sectores, una vez comprobado que la criminalidad no puede erradicarse si antes no se logra ello por la vía de los demás procesos de socialización personal y social. Por ello, el sistema jurídico-penal necesita, como apunta Hassemer (58) «ciudadanos que transformen las normas jurídico-penales en normas sociales y vivan de acuerdo con ellas, necesita procesos de control social que elaboren la conducta desviada antes y fuera del proceso penal; y necesita instancias socializadoras que reciban a los re-

(54) FERRI, *Sociología...*, *op. cit.*, p. 337.

(55) QUINTERO OLIVARES, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 49.

(56) MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal y control social», *Fundación Universitaria de Jerez*, 1985, p. 17.

(57) HASSEMER, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 390.

(58) HASSEMER, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 391.

clusos una vez liberados y culminen (o incluso creen) lo que el tratamiento penitenciario no consiguió».

No obstante, la teoría del control social, aplicada al Derecho penal, ofrece dos vertientes claramente diferenciadas: la dimensión jurídica y la perspectiva sociológica.

Desde un punto de vista jurídico, la «criminalidad» es también el resultado de un proceso social de selección, en tanto que el Derecho penal produce el delito contra el cual él mismo se dirige; de ahí que su función no sea eliminar de la órbita terrestre la criminalidad «en sí», sino, como observa Stratenwerth (59), «la de establecer un mayor grado de justicia a través de un múltiple proceso social de selección de comportamientos que se desvalorizan como criminales y que se sancionan realmente en un número limitado de casos».

A mayor abundancia, bueno será recordar que las raíces del Derecho penal se encuentran, como sostiene Wessels (60), «en las representaciones ético-sociales de valor de la comunidad jurídica; constituyen el fundamento para que surjan bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos penales». Por consiguiente, si bien los mandatos y prohibiciones del Derecho penal son válidos en el ámbito ético-social, por el contrario, no todas las normas ético-sociales merecen sanción penal, pues, como sabemos, las disposiciones penales como «última ratio» sólo se justifican cuando se revelen como insuficientes otros medios, menos severos que los específicamente penales, para una tutela eficaz de los bienes jurídicos. Es indudable, pues, que «*el Derecho penal tiene un fundamento ético-filosófico, a tenor del cual tutela un "nimum ético" que posibilita la convivencia y asegura el respeto de los valores socialmente dominantes*».

En la doctrina española, la teoría del Derecho penal, como instrumento de control social, ha sido desarrollada por Muñoz Conde (61), en torno al análisis sobre la «función motivadora de la norma jurídica penal», que estimo interesante comentar. Sobre la base de que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto mucho más amplio de control social, el meritado autor (62), tras rechazar una importante corriente doctrinal que entiende la pena con prevención integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social (63), mantiene la tesis de que «el Derecho penal es la superestructura represiva de una determinada estructura socioeconómica y de un determinado sistema de control social pensado para la defensa de la estructura».

Este pensamiento es susceptible, a mi juicio, de las siguientes puntualizaciones:

(59) STRATENWERTH; GÜNTER: «Derecho Penal». Parte General, I, El hecho punible. Traducción de la 2.ª edición alemana (1976) de GLADYS ROMERO. Edersa, Madrid, 1982, p. 9.

(60) WESSELS, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(61) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(62) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(63) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, p. 41 nota 28 con cita bibliográfica.

1.º Es cierto que el delito no es un producto ahistórico o un comportamiento preexistente a cualquier sistema de control social o jurídico, como afirma Muñoz Conde, pero mucho más dudoso parece, a mi entender, que sea el modo de producción de la vida material el que condiciona la delincuencia y, por ende, la pena, como sostiene el citado autor (64), habida cuenta de la existencia del «**principio universal de protección de bienes jurídicos**».

Es decir, si el Derecho penal fuese sólo el reflejo de una determinada estructura socioeconómica, ello supondría la existencia de Ordenamientos Jurídicos-penales radicalmente diferenciados, en función de la estructura socioeconómica que, respectivamente, tutelan. Sin embargo, el análisis comparativo nos conduce a conclusiones distintas. En efecto, un examen comparativo de los bienes jurídicos tutelados por Ordenamientos de estructuras socioeconómicas tan diversas como Suecia y la Unión Soviética nos permite demostrar la existencia de bienes jurídicos comunes a ambos ordenamientos y, por tanto, merecedores de tutela penal, entre los que destacan, los siguientes:

- a) La vida, la salud y la libertad.
- b) Las costumbres locales.
- c) La propiedad personal de los ciudadanos.
- d) El orden público.
- e) La seguridad interior y exterior del Estado (65).

Por consiguiente, ello indica que el Derecho penal tutela, cada vez con mayor intensidad, amplias zonas comunes, en las que afloran bienes jurídicos idénticos, sentidos y vividos como tales por encima de la estructura socioeconómica que da vida real a los Ordenamientos jurídico-penales de los distintos pueblos.

2.º Para la filosofía marxista, el delincuente es una pieza más en el engranaje productivo. Así, según Marx (66), «el criminal produce todo el conjunto de la policía y la justicia criminal, los aguaciles, jueces, verdugos, jurados, etc.; y todos estos distintos ramos de negocios que constituyen a la vez, muchas categorías de la división social del trabajo». Este planteamiento pragmático e irónico de la figura y función del delincuente, olvida, debido a su parcialidad, que el delito es un fenómeno complejo, y no utilitario generado por una constelación de factores que la sociedad debe conocer y encauzar, si es posible, hacia metas supradelictivas. Se trata de la comprensión y aceptación por parte de todos los ciudadanos —sobre la base de la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político y la solidaridad entre ellos— de la existencia de unos bienes jurídicos de cuyo respeto pende la continuidad en el progreso de la civilización humana.

Sin embargo, justo es reconocer, como pone de relieve Muñoz Con-

(64) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, p. 43.

(65) Véase «Les Codes Pénaux européens» par MARC ANCEL et IVONNE MARX. Centre Français de Droit Comparé. tome IV. Paris, 1971, pp. 1.826 y ss., y 2.235 y ss.

(66) MARX, KARL: «Teorías sobre la plusvalía». Tomo I, editorial Cartago, Buenos Aires, 1974, pp. 327 y s.

de (67), la existencia de determinadas clases o grupos sociales que desarrollan estrategias de contención o de neutralización de las normas penales cuando éstas pueden afectar a sus intereses de clase. Ello es particularmente notorio en el ámbito de los delitos económicos, en los que «slogans» como «economía de mercado», «libertad de empresa», etc., se utilizan a veces como pretexto, justificación o excusa de los más graves atentados a los intereses económicos colectivos. Respecto a estos «delitos contra los intereses generales o los derechos sociales», me remito, como ya expuse en otro lugar (68) a la existencia de «técnicas de contraneutralización» presentes en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, cuyos artículos 279,3 y 333, respectivamente, prevén que, tanto en el delito publicitario como en los delitos contra la salud pública el Tribunal podrá decretar, además, la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, con la expresa autorización para ser reproducidas total o parcialmente en los demás medios de difusión. De esta forma podrá quebrar ante la opinión pública la imagen de buen caballero de industria, común a los delincuentes de «cuello blanco».

3.º Importa, pues, como postula Gimbernat (69) «ir modificando en lo posible las estructuras sociales injustas y revisar el Código Penal para convertirlo en uno más racional, más humanitario y más progresista». He aquí la función primordial de la dogmática jurídico-penal en un Estado social y democrático de Derecho: mantener el Derecho penal bajo control —subraya el citado autor— para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica.

Por consiguiente, la hipótesis del carácter superestructural del Derecho Penal, sostenida por Muñoz Conde, no libera al intérprete del estudio técnico-jurídico de la Ciencia de los Delitos y de las penas así como del análisis de los fundamentos filosóficos, políticos, éticos y sociológicos que la informan, si bien, destaca los factores socioeconómicos que sustentan un determinado sistema de control social, en la línea, ya iniciada por Ferri (70), que proponía la transformación radical del edificio social en sus bases económicas y, por consiguiente, morales, políticas y jurídicas.

A tenor de lo anteriormente expuesto, se abre paso la «tesis sociológica del control social» para la que el Derecho es un instrumento de poder social que, por medio del equilibrio de intereses contradictorios, debe conseguir y fomentar la solidaridad de la comunidad. Las

(67) MUÑOZ CONDE, Derecho..., *op. cit.*, pp. 39 y s.

(68) Véase MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO: «Protección de los consumidores y usuarios», en las V Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 6, 1985 pp. 19 y 453.

(69) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: Prólogo a «Comentarios a la Legislación Penitenciaria» de CARLOS GARCÍA VALDÉS, editorial Civitas, S. A., Madrid, 2.ª edición, 1982, p. 11, y ¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?, en «Estudios de Derecho Penal», editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976, p. 81.

(70) FERRI, Sociología..., *op. cit.*, p. 293.

funciones fundamentales del Derecho —según Llewellyn son las siguientes:

- a) La resolución de conflictos.
- b) La orientación del comportamiento.
- c) La legitimación y la organización del poder social.
- d) La configuración de las condiciones de la vida, y
- e) La Administración de Justicia.

Analicemos, brevemente, cada una de estas funciones asignadas al Ordenamiento Jurídico.

a) *La resolución de conflictos.* La adecuada solución del conflicto tiene que estar, como subraya Rehbinder (72), «en consonancia con el sentimiento social de justicia, servir al bien general y unir estos dos puntos con rapidez y economía». Así, se ha conculcado una norma, la sociedad tiene que reaccionar ante dicha violación por medio del «staff jurídico», por sí mismo o a instancia de los afectados, a fin de no quebrar la confianza depositada por la sociedad en el cumplimiento de la norma conculcada.

La reacción del «staff jurídico», como señala Maihofer (73) tiene la misión de la «negación de la negación» hegeliana, que se realiza, fundamentalmente, a través del amplio espectro de sanciones (negativas) previstas por el Ordenamiento. Estas sanciones negativas tienen dos funciones primordiales:

— *La función represiva*, tendente a conseguir que la norma violada sea respetada en el futuro. Esta función se ejerce directamente sobre el infractor de la norma («prevención especial») e, indirectamente, también actúa sobre la generalidad («prevención general»), persuadiéndola abstenerse de infringir la norma en cuestión, y

— *La función de represalia* que persigue, en el supuesto de la infracción de un bien jurídico producida por la violación de una norma, una indemnización o satisfacción.

El denominador común a ambas funciones de las sanciones negativas (represiva y de represalia) es el hecho de que por medio de la intervención activa del «staff jurídico» se restablece el equilibrio social.

b) *La orientación del comportamiento.* En sociedades dinámicas como la nuestra el Derecho tiene que cuidar de la transformación del comportamiento ciudadano, del nacimiento de nuevas costumbres, y de la creación de nuevas expectativas de la conducta, correspondientes a las cada vez más cambiantes condiciones de vida del grupo o del individuo.

Las normas jurídicas que tienden a orientar el comportamiento son,

(71) LLEWELLYN, KARL N.: «The Normative, the legal, and the Law-Jobs, en «Yale law Journal», 49, 1939-40, pp. 1.355-1400.

(72) REHBINDER, MANFRED: «Sociología del Derecho». Traducción de GREGORIO ROBLES MORCHÓN, ediciones PIRÁMIDE, S. A., Madrid, 1981, pp. 158 y s.

(73) MAIHOFFER, WERNER: «Die gesellschaftliche Funktion des Rechts», en «Jahrbuch für Rechtssoziologie», I, 1970, pp. 11-36.

como anota Maihofer (74), «normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, estimulan al comportamiento jurídico e impiden el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido». En este sentido, Schott (75) resalta la *función educadora del Derecho*. La *internalización*, es decir, el aprendizaje de las normas jurídicas, es un medio de la socialización, pues, a través de la formación de la conciencia jurídica se construye la personalidad individual y se la somete al proceso del control social.

c) *La legitimación y la organización del poder social*. La tercera función social del Derecho es la distribución del poder de decisión, así como la formación de las correspondientes formas procesales, cuya observancia en la realización de una decisión a que designa como oficial y vinculante. Se trata aquí, no de la concesión de derechos subjetivos, sino de reglas de competencia y de reglas procesales, es decir, de la dotación de instrumentos jurídicos y de su delimitación.

Es la función constituyente, no sólo de la sociedad en su conjunto, sino de la de cada grupo o subgrupo, es decir, de la distribución del poder, que sólo puede ser ejercido de acuerdo con determinadas reglas procesales. Estas reglas de competencia y procedimiento tienen una especial función legitimadora, pues, a través de ellas el poder se convierte en Derecho.

d) *La configuración de las condiciones de vida*. Por medio de la *organización y dirección del grupo* se da el impulso necesario para una actividad positiva, integradora del grupo. En efecto, no sólo penas y prohibiciones, sino también beneficios y concesiones de derechos y libertades jurídicamente protegidos pueden ser utilizados a fin de influir positivamente sobre la vida del grupo y del individuo.

La integración grupal puede lograrse no sólo a través de sanciones negativas (represivamente), sino también y, preferentemente, por medio de sanciones positivas (v. gr. subvenciones, premios, gratificaciones, etc.). Normas jurídicas de esta naturaleza, en lugar de controlar, configuran porque su fin no es la observancia de lo tradicional, sino que constituyen un importante estímulo para la iniciativa creadora. Ello explica claramente la tendencia actual del Derecho a la socialización.

e) *La Administración de Justicia*. Es la técnica de resolver el caso particular, atendiendo al interés de la generalidad y de adoptar la maquinaria jurídica a las necesidades que demanda la sociedad. Si el «staff jurídico» no tiene éxito en la adaptación del Derecho a las necesidades sociales —ya sea a través de leyes reformistas, o bien por medio del desarrollo del Derecho ya creado—, entonces crece rápidamente una fuerte competencia para el Derecho. La jurisdicción arbitral, la huelga, las manifestaciones de protesta, las revoluciones, etc., surgirán para poder derrotar al «staff jurídico».

(74) MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche...*, *op. cit.*, p. 27.

(75) GCHOTT, RÜDIGER: «Die Funktionen de Rechts in primitiven Gesellschaften», en «Jahrbuch für Rechtssoziologie», 1, 1970, pp. 107-174, 156 y ss.

Ello puede repercutir negativamente para la solidez del grupo, debido a la posible imposición de intereses particulares, en detrimento de la generalidad.

En suma, el Derecho pretende la cooperación social de la comunidad jurídica.

1. Por medio de la resolución de los conflictos (función de reacción).
2. Por medio de la dirección del comportamiento (función de orden).
3. Por medio de la legitimación y organización del poder social (función constitucional).
4. Por medio de la configuración de las condiciones vitales (función de planificación),y
5. Por medio del cuidado del Derecho (función de supervisión).

Esta enumeración muestra, en opinión de Rehbinder (76) «como el Derecho de la actualidad no se agota en las tradicionales funciones de la seguridad, de la paz y del orden. El Derecho consigue, asimismo, la organización y legitimación del poder social. Es también un medio de planificación social y un medio de inspección y de consecución de progreso social».

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

4.3. LA NATURALEZA «ACCESORIA» DEL DERECHO PENAL

4.3.1. Introducción

En épocas pretéritas, el Derecho Penal tuvo naturaleza jurídico-privada, que se transformó en pública cuando el poder de castigar por parte del Estado, fijó prudentemente, según Von Liszt (77), «el supuesto» y el «contenido» de su actuación (el crimen y la pena). La evolución de una concepción privada del Derecho Penal a su moderna configuración jurídico-pública adquiere solidez cuando el Estado soberano, por encima de los intereses particulares, dote a la pena de su actual carácter público.

La doctrina dominante postula, hoy, la tesis del Derecho Penal como una rama del Derecho Público, en base a los argumentos que Sainz Cantero (78) resume de la forma siguiente:

(76) REHBINDER, Sociología..., *op. cit.*, p. 169 y s.

(77) VON LISZT, Tratado..., *op. cit.*, Tomo primero, tercera edición, p. 5.

(78) SAINZ CANTERO, Lecciones..., *op. cit.*, p. 35 y s.

- a) La naturaleza comunitaria de los bienes e intereses que tutela.
- b) Las relaciones que regula, que no son las que se dan entre particulares sino las que se producen entre el individuo y la sociedad.
- c) Las necesidad de salvaguardar la paz pública que corresponde al Derecho Penal.
- d) Sólo el Estado tiene facultad de crear normas jurídicas que definen delitos y conminan sanciones, y
- e) La acción tendente a la persecución de los delitos y faltas es pública, aún en los casos en que debe ser instada previamente por los particulares.

No obstante, en la doctrina persiste una viva polémica en torno a la verdadera naturaleza del Derecho Penal y, en consecuencia, a determinar su carácter constitutivo, o, meramente sancionatorio.

4.3.2. La subsidiariedad del Derecho Penal

Ya Rousseau (79) afirmaba que, en el fondo, «las leyes criminales mas bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás».

Sin embargo, la idea de que el Derecho Penal tiene naturaleza meramente sancionatoria, pues se limita a establecer sanciones para la violación de preceptos que se encuentran en otras ramas jurídicas, recibió un riguroso planteamiento dogmático por obra de Binding. Para el citado autor, sobre la base de la distinción entre norma y ley penal, el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas. Binding sostiene que la misión principal de toda norma es la de establecer deberes altamente personales que fundamentan el hacer y el omitir. Se trata de deberes de «obediencia». Binding denomina «Delikt» a toda conducta contraria a la norma. La misión de la ley penal es la de señalar, estableciendo la correspondiente sanción, que «Delikt» es punible y cuál no (80).

En consecuencia, para Binding el delito no hace sino cumplir las previsiones establecidas en la ley penal, generando la aplicación de la sanción correspondiente. Una ley penal de esta guisa no contendría mandatos ni prohibiciones, limitándose a establecer la sanción para las infracciones de normas de Derecho público no contenidas en ella. Tesis ésta insostenible a la luz de la afirmación de Von Hippel (81), en el sentido de que, «la ley penal misma, a causa de la vinculación entre presupuesto y consecuencia penal, contiene mandatos y prohibicio-

(79)ROUSSEAU, JUAN JACOBO: «Contrato Social». Traducción española de FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI. Editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1969, p. 69.

(80)BINDING, K.: «Die Normen und ihre Übertretung», I, 3.ª ed. Lipzig 1916, pp. 4, 82, 89, 96 y s., y 255.

(81) VON HIPPEL, R.: «Deutsches Strafrecht», tomo I, Berlín, 1925, p. 20.

nes, esto es, normas que el delincuente viola». Grispigni (82), por su parte, sostiene que, lo que caracteriza al Derecho penal en el sistema de todo el Ordenamiento jurídico y determina sus relaciones con las diversas ramas de éste, es el «carácter ulteriormente sancionatorio que presenta y que deriva del hecho de que su función específica consiste en reforzar con su sanción propia los preceptos y las sanciones de las otras ramas del Derecho; es decir, que en el pensamiento de este autor, la ley penal contiene tanto el precepto (el mandato o la prohibición) cuanto la sanción; si bien, el momento sancionatorio prevalece desde que los preceptos penales se limitan, en todo caso, a reforzar preceptos no penales. Esta tesis ha sido contestada en la doctrina española, en base a los siguientes argumentos:

1.º Es un hecho probado, como subraya Rodríguez Mourullo (83), que la ley penal estatuye a veces imperativos que no aparecen consagrados en ninguna otra rama jurídica, como acontece en el artículo 489 bis, del Código Penal que criminaliza el delito de omisión de socorro.

2.º Si los preceptos que se contienen en la ley penal fuesen «comunes» otros sectores del ordenamiento jurídico, ¿por qué se castigan con sanciones de naturaleza diversa?, pues, en efecto, como anota Stampa (84) «no existe razón jurídica, política ni sociológica para castigar la desobediencia a unos mismos imperativos con sanciones penales, unas veces y con sanciones civiles, otras.

3.º El precepto penal y el extrapenal difícilmente se identifican debido a que, como observan Cobo Del Rosal y Vives Antón (85) «las funciones específicas del Derecho Penal y la naturaleza de sus sanciones imponen en cada caso exigencias que obligan a remodelar los presupuestos».

En la doctrina jurídico-penal española se muestran partidarios del carácter puramente sancionatorio del Derecho Penal, entre otros, los siguientes autores:

Silvela (86) para quien «sólo puede mirarse como delito la infracción de aquello que se ha afirmado antes como derecho. Por esto el penal supone necesariamente otro más sustantivo, que contenga el concepto de los derechos que han de ser respetados y por esto la ley penal, sea considerada como positiva, o en la esfera de los principios, sigue paso a paso el desenvolvimiento de la civil, de la administrativa, comercial, etc. De ahí que para este autor, el Derecho Penal sea «Derecho Sancionador», si por sanción no se entiende la retribución

(82) GRISPIGNI, F.: «Diritto penale italiano», 2.ª edición. Tomo I, Milán, 1952, pp. 232 y ss.

(83) RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(84) STAMPA BRAÚN, JOSÉ MARÍA: «Introducción a la ciencia del Derecho penal». Valladolid, 1953, p. 44.

(85) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho..., *op. cit.*, p. 34.

(86) SILVELA, LUIS: «El Derecho Penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España», 2.ª ed., Parte Primera, Madrid, 1903, p. 18 y s.

de un mal por otro mal, y si se conviene en que no es el único con este carácter, pues en cada orden de relaciones jurídicas hay una sanción apropiada a su peculiar naturaleza.

Por su parte, Jiménez De Asúa (87) considera que la índole secundaria complementaria y sancionatoria del Derecho penal se deduce de que el derecho punitivo protege, con la redoblada sanción que es la pena, los bienes jurídicos. Esta enérgica defensa de los intereses protegidos por el derecho interviene en todos los dominios jurídicos. Y, precisamente, que sea una de las características específicas del delito —la «última diferencia»—, el estar «sancionado con una pena»—, constituye el corolario de la naturaleza complementaria del Derecho penal. El reconocimiento del carácter subsidiario del Derecho penal comporta, de manera inequívoca, según Polaino (88), la «ineludible apreciación de la mayor gravedad material, que no sólo puramente formal, del Derecho penal respecto del Derecho sancionador en general. El baremo de la ponderación de tal superior gravedad sustancial de las normas penales estriba en la estricta exigencia de sumisión de sus disposiciones positivas a la necesidad, normativamente apreciada, de la protección de bienes jurídicos, cuya categoría dogmática, estimada en sentido técnico, juntamente a dimensiones axiológicas, exegéticas y sistemáticas, abarca, además, expresamente a los requerimientos político-criminales determinantes de la utilidad y conveniencia de su protección penal, frente a comportamientos particularmente graves que inciden de forma típica sobre aquéllos».

Según Cerezo (89), «el legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad; es decir, el castigo como delito de conductas cuya relevancia ético-social o cultural (política, económica) sea escasa. La pena ha de ser considerada como la «última ratio» en la defensa del orden social. Sólo se deber acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.). En base a todo ello, concluye el citado autor afirmando, el carácter subsidiario y, por tanto, fragmentario de nuestra disciplina jurídica.

En definitiva, para esta corriente doctrinal el Derecho Penal es un Derecho tutelar que presupone la ordenación a proteger, a la cual está referido. No crea esta ordenación sino que la «encuentra al llegar», entendido ello, no según la historia evolutiva, sino funcionalmente llegados a este punto se plantean, a juicio de Zipf (90), dos problemas políticos de configuración que conviene diferenciar, separadamente:

¿Qué ordenamiento jurídico y social se pretende y cómo debe de estar configurado en particular?, y ¿cómo puede protegerse del mejor modo este ordenamiento?

(87) JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., *op. cit.*, p. 40 y s.

(88) POLAINO, Derecho..., *op. cit.*, p. 105.

(89) CEREZO MIR, JOSÉ: «Curso de Derecho Penal español» Parte General, I, 2.ª edc., editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1981, p. 22.

(90) ZIPF, Introducción..., *op. cit.*, p. 43.

Sólo el segundo problema planteado corresponde resolver al Derecho penal, según el citado autor.

4.3.3. La autonomía del Derecho Penal

Frente a la pretendida natura secundaria del Derecho Penal, sostenida por la corriente doctrinal, anteriormente analizada, otro sector, en cambio, proclama el carácter autónomo y constitutivo de nuestra ciencia.

Así, ya Carrara (91) censuró la tesis de Rousseau porque su fórmula «reduce la tarea del Derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición que es, con todo, parte integrante de él». Del mismo modo, Antolisei (92) reconoce la existencia indudable de preceptos que pertenecen tan sólo al Derecho penal, por lo que rechaza la tesis de su naturaleza sancionatoria, pues, «si se considera que esta rama del Ordenamiento Jurídico tiene exigencias propias, finalidades particulares y que depende solamente de ellas la determinación de las conductas que prohíbe o preceptúa, parece imposible —subraya el citado autor— poner en duda la autonomía del Derecho penal, que, por tanto, tiene carácter constitutivo, autónomo y no complementario».

Ciertamente, el Derecho penal por ser un Derecho eminentemente protector es una «rama accesoría del Derecho»; pero esta locución, como observa, Jescheck (93) «no debe malinterpretarse como si el Derecho penal sólo añadiera su carácter prohibitivo a un Ordenamiento jurídico previamente creado e imaginado como permisivo; al contrario, el Derecho penal es la forma históricamente más antigua en la que aparece reflejado el Derecho en general y todavía hoy regula autónomamente amplios sectores como, por ejemplo, la protección de la vida, de la libertad, del honor, o de la moral sexual, sin tener que recurrir a los conceptos de otras ramas del Ordenamiento jurídico».

Esta tercera línea de pensamiento es seguida por un importante sector en la doctrina jurídico penal española, entre los que destacan:

Del Rosal (94) para quien el Derecho penal ocupa en el marco de las disciplinas jurídicas una posición singular, «debido a la específica índole de sus objetos, creando sus propios preceptos y delimitando por medio del tipo las porciones de antijuricidad penal». Para la teoría del carácter sancionatorio o secundario resultaría que la norma penal siempre sería, con anterioridad, un injusto jurídico de naturaleza extrapenal y tan sólo el precepto penal vendría a reforzar la gravedad con la pena impuesta a la acción injusta.

(91) CARRARA, F.: «Programa de Derecho Criminal». Parte General, Traducción de ORTEGA TORRES Y GUERRERO, Bogotá, 1956, vol. I, p. 23.

(92) ANTOLISEI, F.: «Manual de Derecho Penal». Parte General. Traducido por J. DEL ROSAL y A. TORIO. Buenos Aires, 1960, p. 41.

(93) JESCHECK, Tratado..., *op. cit.*, p. 73.

(94) DEL ROSAL, JUAN: «Tratado de Derecho Penal español» Parte General, volumen I, 3.ª edc., revisada y corregida por MANUEL COBO DEL ROSAL. Ediciones DARRO, Madrid, 1978, p. 24 y s.

Opinión errónea, según Del Rosal (95), «en cuanto todo precepto penal exige para castigar, además, el cumplimiento de especiales condiciones que exactamente son en las que consiste el carácter autónomo y específico de la norma penal».

Por consiguiente, la disciplina penal es una rama del Derecho público pero siempre conserva —en el pensamiento del citado autor—, carácter independiente, conviniendo tal carácter a la realidad jurídico-penal.

En este sentido, Rodríguez Devesa (96) advierte que en la discusión se olvida totalmente que el Derecho penal no se limita «nunca» a tutelar los bienes jurídicos, sin más que añadir al ataque la sanción constituida por la pena, pues el Derecho penal no protege, por ejemplo, la propiedad contra cualquier clase de ataques, sino contra determinados ataques, y no en todos sus aspectos, sino en aspectos concretos. Es decir, anota el citado autor, «aún allí donde aparentemente el Derecho penal refuerza instituciones civiles mediante la amenaza de la pena, procede con criterios propios que no pueden ser extraídos ni comprendidos con puntos de vista extrapenales. No cabe, por consiguiente, desconocer, añade Devesa, que existe una peculiaridad no sólo en el establecimiento de la sanción (pena), sino también en el establecimiento del presupuesto (delito). Consecuentemente, esta línea argumental hace concluir al meritado autor lo que ya se intuye en sus razonamientos:

«El Derecho penal tiene carácter autónomo y constitutivo.»

Desde otro punto de vista, pero a la misma conclusión, llega Rodríguez Mourullo (97), pues si el Derecho penal cumple, dentro del total Ordenamiento jurídico, su particular misión a base de manejar recursos que le pertenecen en exclusiva —penas y medidas de seguridad—, habrá de reconocerse que co-responderá también a él en exclusiva fijar las prohibiciones y mandatos cuya infracción acarreará, como consecuencia, la aplicación de aquellos recursos. En suma, desde el momento en que se admite, como es inevitable un especial proceso de tipificación, que corre a cargo exclusivamente de la ley penal, se está reconociendo, en opinión de este autor, una «autónoma valoración» llevada a cabo por el Derecho penal que es, en definitiva, el que decide la aplicación de sus específicos efectos.

En consecuencia, cabe afirmar, como reconocen Cobo Del Rosal y Vives Antón (98), la autonomía del Derecho penal, autonomía «limitada» por la unidad y congruencia del Ordenamiento jurídico.

(95) DEL ROSAL, Tratado..., *op. cit.*, p. 26 y s.

(96) RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho..., *op. cit.*, p. 27.

(97) RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho..., *op. cit.*, p. 36.

(98) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: Derecho..., *op. cit.*, p. 34.

(99) MAURACH, REINHART: «Tratado de Derecho Penal» Traducción y notas de Derecho Español por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, p. 32 y s.

4.3.4. Teorías intermedias

Para Maurach (99), desde el punto de vista de política jurídica, de «*lege ferenda*», el derecho penal, como inequívoca «última ratio», tiene carácter secundario frente a las restantes ramas jurídicas, respecto de las cuales se muestra independiente en sus «efectos» y relativamente dependiente en sus «presupuestos».

En sus efectos jurídicos, esto es, en la interposición de los recursos a él reservados, el derecho penal es, en un principio, independiente. Si bien se halla limitado a los recursos de que dispone (penas y medidas preventivas), puede aplicar estos recursos sin tomar en consideración el que la misma relación vital origine efectos jurídicos conforme a las reglas vigentes en otros ámbitos del Derecho.

Sin embargo, los presupuestos de la facultad punitiva del Estado muestran, por el contrario, una mayor dependencia de los restantes ámbitos del ordenamiento jurídico en su totalidad. El grado de esta dependencia no puede ser dilucidado tratando de resolver la cuestión de si existe o no, un especial «injusto jurídico-penal». En efecto, para Maurach (100) el origen del injusto es unitario, de tal suerte que la diversidad de consecuencias jurídicas vinculadas, por los distintos sectores del ordenamiento, al concepto unitario de injusto, constituye tan sólo una consecuencia de la diversidad de funciones, no el resultado de una valoración diferente.

No obstante, el derecho penal da un nuevo paso adelante, pues merced a un especial proceso de tipificación, incluye gran parte del injusto en su ámbito, de tal modo que la denominación «injusto punible» será correcta si con estos términos se entiende un subgrupo del injusto, esto es, una especie del injusto realzada por su inclusión en tipos penales. Esta denominación, por el contrario, será desacertada si bajo su manto se pretende incluir algo originariamente distinto al injusto civil o administrativo.

En suma, «el derecho penal proporciona la sanción, no la valoración. El derecho penal no pronuncia prohibición alguna, sólo fija las consecuencias jurídicas, que la infracción de lo prohibido produce en su propio campo».

Esta línea argumental es seguida en la doctrina patria por Muñoz Conde (101) para quien «el uso de los efectos característicos o privativos del Derecho penal, la pena y las medidas de seguridad postdelictuales está reservado, exclusivamente, al Derecho penal, aunque pueden coexistir con otras sanciones de carácter civil o administrativo».

Por consiguiente, para Muñoz Conde (102) el Derecho penal es totalmente independiente, si bien propone de «*lege ferenda*» que «no sea rehusado en la magnitud de la gravedad de las sanciones por ninguna otra disciplina jurídica y que a los hechos constitutivos de delito

(100) MAURACH, Tratado..., *op. cit.*, p. 35.

(101) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 63 y s.

(102) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 68.

no puedan aplicarse otras sanciones que las que se pronuncian en la sentencia penal, ya de por sí suficientes para restablecer el orden jurídico violado».

Cosa distinta ocurre con los presupuestos de la facultad punitiva del Estado, pues junto a la existencia de delitos genuinamente penales, en el sentido de que carecen de correlación en las leyes extrapenales (como acontece en los delitos contra la vida y la moral sexual), hay otro grupo de delitos, en cambio, íntimamente ligados con otras ramas del Ordenamiento, como ocurre con los delitos patrimoniales, cuyos presupuestos, constitutivos se basan en relaciones jurídico-privadas.

Una buena parte de la relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos, la ve Muñoz Conde (103), en «la existencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de las cuestiones perjudiciales (artículos 3 a 7), creadas para dilucidar los casos en los que la existencia de un delito depende de la constatación de relaciones jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho».

4.3.5. La potestad sancionadora de la Administración

Uno de los principios constitucionales rectores de la organización y actuación de las Administraciones públicas viene dado por la configuración de España como un «Estado social», por lo que la gestión de las Administraciones públicas será marcadamente «intervencionista»; es decir, como subraya Entrena Cuesta (104) «la Constitución impone a los poderes públicos y, en particular a las Administraciones públicas, un a actitud positiva y dinámica en orden a la realización de los derechos que reconoce» y, añadimos nosotros, de los deberes que, asimismo, sanciona.

Evidentemente, la compleja estructura social, política y económica del moderno Estado social y democrático de Derecho genera una inflación normativa considerable, en la que para la consecución del bienestar social, coexisten penas criminales y sanciones administrativas.

Por sanción administrativa entendemos, con García De Enterría (105) «un mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho». La sanción administrativa es consecuencia de la potestad sancionadora de la Administración que se ejerce, como «potestad correctiva», con el fin de tutelar el orden social general y como «potestad disciplinaria», tendente a tutelar la propia organización de la Administración pública, su orden interno.

(103) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 69.

(104) ENTRENA CUESTA, Curso..., *op. cit.*, p. 87 y s.

(105) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS - RAMÓN: «Curso de Derecho Administrativo», Volumen Segundo, editorial Civitas S. A.; Madrid, 1982, p. 147.

Sin embargo, así como la Ciencia jurídico-penal ha forjado una «teoría general del delito», que separa rigurosamente los diversos elementos que configuran el hecho punible, a fin de lograr una justicia legalizada y personalizada, el Derecho Administrativo, en cambio, desconoce semejante creación sobre la infracción administrativa. De ahí la ausencia de unos principios sustantivos del Derecho sancionatorio administrativo, principios que la teoría jurídico-administrativa ha de tomar de los que propiamente se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial.

Es evidente, pues, la necesaria limitación de las potestades sancionatorias de la Administración en todo Estado de Derecho, pues, la Administración no puede invadir competencias que le están reservadas exclusivamente al Poder Judicial. Y es a éste al que nuestra Constitución confiere, ciertamente, la facultad de imponer sanciones limitativas de los derechos fundamentales y, obviamente, los privativos de libertad, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, como proclama el artículo 117,3 de nuestra Ley Fundamental.

De ahí que la limitación constitucional a la Administración civil, que el artículo 25,3, prevé, en el sentido de que ésta no puede imponer sanciones privativas de libertad directa ni subsidiariamente, haya de ser entendida, según ha puesto de relieve Cobo Del Rosal y Boix Reig (106), como un «límite» al proceso de administrativización de la potestad de castigar, que originariamente reside en los Jueces y Tribunales, y cuyo ejercicio por otros órganos habrá de someterse a un control judicial inmediato y efectivo, sin que en ningún caso pueda deducirse la existencia de un poder sancionatorio de la Administración, incontrolado o autónomo, en supuestos que no impliquen, directa o subsidiariamente, privación de libertad, ya que, a tenor de lo establecido en el artículo 106,1 de la Constitución, «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Téngase en cuenta además que los poderes públicos están sujetos plenamente a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (artículos 9,1 y 103 de la Constitución española).

Por consiguiente, parece lícito concluir, a este respecto, que la *potestad sancionadora de la Administración, en primer lugar, no es una potestad autónoma, sino delegada y, en consecuencia, susceptible de revisión ante los Tribunales.*

En segundo lugar, se plantea el problema de determinar si es ilícito administrativo y el penal son cualitativamente distintos o, por el contrario, tienen idéntica naturaleza diferenciándose sólo desde el punto de vista cuantitativo (esto es, por la mayor gravedad de los ilícitos penales).

A este respecto, la doctrina se halla dividida entre quienes sostie-

(106) COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: «Comentarios a la Legislación penal» Tomo I, «Derecho penal y Constitución», Everssa, 1982, p. 231.

nen que entre ambos ilícitos, penal y administrativo, existen diferencias cualitativas; otros reconocen diferencias cuantitativas y en último sector no ve diferencia alguna entre ambas infracciones. Analicemos, brevemente, cada una de estas posiciones:

a) *Teorías que atienden a criterios cualitativos.* Parten de la base de que el injusto administrativo protege sólo intereses administrativos y no bienes jurídicos, como es el caso del delito. Así, Goldschmidt (107), considera que «serán conductas criminales aquellas declaradas ilícitas por la ley. La infracción administrativa, por el contrario, supondrá el incumplimiento de una obligación que el ciudadano tiene para con la Administración». Rietzsch (108), por su parte, entiende que el injusto criminal no va tan sólo contra los mandatos del derecho, sino también contra los de la ética. Se percibe como una «lesión del sentimiento jurídico de la comunidad del pueblo» y despierta una «necesidad de integración». El injusto no criminal afecta ciertamente reglas dictadas «en interés de una ordenada vida en común», pero que no tendrían «ningún paralelo en los mandatos de la Ética», creados artificialmente por razones utilitarias.

Para Maurach (109) el injusto administrativo y el criminal se distinguen por la diferencia e intensidad del ataque al bien jurídico y en lo que afecta a la culpabilidad. En efecto, «solamente en los hechos punibles criminales se muestra un bien jurídico claramente perfilado; la falta administrativa está constituida, en cambio, no por un ataque a bienes materiales en todo tiempo protegidos, sino por la insubordinación, por la desobediencia, por la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones administrativas de seguridad, ligadas en su mayor parte a tiempo y circunstancias». Así, mientras que el delito produce un «daño social», la falta administrativa ocasiona un «daño a la Administración». De otra parte, mientras que la culpabilidad criminal implica siempre un juicio ético social de desvalor sobre el autor, en la falta administrativa para el reproche de la culpabilidad basta con el incumplimiento por el autor de las exigencias positivamente formuladas, de «favorecimiento de la actividad dirigida al bien del Estado».

Además, la obligación jurídico-administrativa, la multa, es algo fundamentalmente distinto de la pena criminal, pues en aquélla falta la idea de expiación y el juicio de desvalor ético-social sobre el autor consustancial a toda pena criminal: «La pena administrativa, carece, como subraya Maurach (110), de contenido ético y de un ético punto de referencia».

Esta doctrina ha encontrado eco en España. Así, Cuello Calón (111), sostiene que el derecho penal verdadero y propio regula he-

(107) GOLDSCHMIDT, JAMES: «Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre», en «Festgabe für Koch», Berlín, 1903, pp. 415 y ss.

(108) RIETZSCH, OTTO: «Die Neuordnung des Rechts des Übertretungen», en DStr. 1935, p. 66.

(109) MAURACH, Tratado..., *op. cit.*, p. 21 y s.

(110) MAURACH, Tratado..., *op. cit.*, p. 23.

chos que afectan directa e íntimamente a la comunidad, hechos que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales y que, su mayoría, poseen un marcado tono de inmoralidad como el asesinato, el robo, la falsificación de documentos, etc. Esta es materia del llamado «derecho penal criminal». Fuera del ámbito de éste, y con autonomía propia, se aspira a constituir el «derecho penal administrativo», bajo cuyas normas caerían hechos sancionados sólo a título preventivo por constituir un peligro para el orden público y la seguridad general o individual.

b) *Teorías que defienden criterios cuantitativos.* Sostienen que el criterio de distinción entre la infracción administrativa y el hecho punible, radica en la «falta de ese alto grado de reprochabilidad», de la actitud interna del autor, que por sí sólo justifica el desvalor ético-social de la pena propiamente dicha (112).

En las infracciones administrativas la multa sólo puede servir como «admonición», como «mandato administrativo reforzado» o como «especial advertencia para que se cumplan los deberes», ya que no alcanza los límites de la grave inmoralidad. Dado que se trata de diferencias de grado y no de diferencias esenciales es comprensible, según Jescheck, que el legislador tenga muchas veces que decidir con criterios programáticos el lugar que debe ocupar un hecho ilícito dentro del Derecho sancionatorio o la cuestión de si deber quedar sin sanción represiva.

Como vemos, la dogmática jurídico-penal intenta hallar distinciones conceptuales entre lo injusto «en sí» criminalmente reprochable, y lo injusto administrativo como mera desobediencia a las ordenanzas estatales. En este sentido, Stratenwerth (113) reconoce que «sólo se trata de distintos niveles desde el punto de vista cuantitativo. Por tanto, la limitación del ámbito en el cual se aplica la pena criminal, corresponde al legislador»; doctrina seguida en España por Cobo Del Rosal y Vives Antón (114) para quienes «la diferencia entre ilícito administrativo o ilícito penal es puramente cuantitativa. Sólo cabrá, en consecuencia, efectuar la distinción entre las infracciones que uno y otro orden y sus respectivas sanciones, atendiendo a su gravedad, pues este criterio se ajusta a lo establecido en el artículo 25,3 de la Constitución».

c) *Teorías indiferenciadoras.* Un importante sector doctrinal entiende que no es posible hallar criterio cualitativo o cuantitativo alguno capaz de diferenciar, nítidamente, la infracción administrativa del hecho punible. Así, Casabo (115) afirma que según lo dispuesto en el Código penal, «no existe diferencia cualitativa alguna entre el delito y

(111) CUELLO CALÓN, EUGENIO: «Derecho Penal». Revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ. Tomo I (Parte General), Volumen Primero, decimoséptima edición, editorial BOSCH, S. A., Barcelona, 1975, p. 11.

(112) JESCHECK, Tratado..., *op. cit.*, p. 81.

(113) STRATENWERTH, Derecho..., *op. cit.*, p. 25.

(114) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: Derecho..., *op. cit.*, p. 51 y s.

(115) CASABO RUIZ, JOSÉ RAMÓN, en «Comentarios al Código penal» Tomo II (artículos 23-119), *op. cit.*, Barcelona, 1976, p. 86.

la contravención, ni tampoco entre sus respectivas sanciones. Por tanto, la competencia judicial excluye cualquier otra, no siendo posible la doble sanción administrativa y judicial por el mismo hecho, debiendo quedar la infracción administrativa sujeta, por su igual naturaleza, a las reglas generales de legalidad y culpabilidad del Derecho penal». En el Derecho español las diferencias entre las sanciones jurídico-penales, propiamente dichas, y aquellas otras que la Administración impone merced a sus facultades correctivas y disciplinarias, como sostiene Muñoz Conde (116) «no son sustanciales sino puramente formales», pues, «no se puede decir que la infracción administrativa tenga que tener los mismos requisitos estructurales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que necesariamente tiene que tener el delito». En todo caso, Muñoz Conde (117) considera fundamental un control de la actuación administrativa por parte del poder judicial, admitiendo siempre un recurso suspensivo ante la jurisdicción criminal, y reconocer, por supuesto, la vigencia del principio del «ne bis in ídem». A juicio de Bajo Fernández (118) no hay más distinción que la formal. «Ilícito administrativo es el castigado con sanción administrativa impuesta por los órganos de la Administración pública, o ilícito penal el castigado con pena impuesta por los Tribunales de Justicia».

Ilícito penal e ilícito administrativo, no se diferencian ontológicamente por su contenido, sino únicamente como observa Rodríguez Mourullo (119) «por la naturaleza de la sanción predispuesta para cada uno de ellos. Un ilícito es penal si el ordenamiento jurídico le asocia como consecuencia una pena criminal. Es administrativo, si le anuda una sanción administrativa». Ciertamente, el injusto penal difiere del administrativo en algunos extremos, como ya puso de relieve Del Rosal (120), sobre todo respecto al contenido cuantitativo de ellos; que, técnicamente, exige un tratamiento político-criminal diferente y que la esfera de extensión es distinta. Incluso la pena criminal no tiene vínculo de hermandad con la sanción administrativa; a lo sumo habrá de traslucirse en una ordenación aparte, por ejemplo, en un libro especial de los códigos penales y hasta puede postularse la elaboración de un Código de contravenciones.

Sin embargo, esto no quiere decir, en modo alguno —subraya el meritado autor— «que exista una diferencia de fondo sustancial que “a priori” señale qué infracciones tienen verdadero carácter de delito y cuáles otras revisten sólo naturaleza de injusto de policía».

La declaración efectuada por el legislador penal en el artículo 26,3 revela en opinión de Rodríguez Devesa (121) la neta distinción en nuestro Ordenamiento entre «pena criminal» y «sanción administrativa».

(116) MUÑOZ CONDE, Adiciones..., *op. cit.*, p. 86.

(117) MUÑOZ CONDE, Introducción..., *op. cit.*, p. 67.

(118) BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: «Derecho Penal económico» Aplicado a la actividad empresarial». Editorial Civitas, S. A.; Madrid, 1978, p. 92.

(119) RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho..., *op. cit.*, p. 34.

(120) DEL ROSAL, Tratado..., *op. cit.*, p. 45 y s.

(121) RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho..., *op. cit.*, p. 32.

repudiando la existencia de un Derecho «penal» de naturaleza administrativa. Rechazo compartido por Jiménez De Asúa (122), quien no acepta la autonomía del «Derecho penal administrativo», porque ofrece evidente inseguridad para la garantía de las libertades del hombre.

En suma, no está probada por la vía empírica, como enseña Mattes (123) «la existencia de infracciones del orden o administrativas sujetas a leyes propias (deducidas de la naturaleza de las cosas, que descansen en la diferente índole material de las acciones). Ciertamente, los ordenamientos jurídicos han desarrollado formas para conseguir diversos fines prácticos, que también son propugnados por la teoría del derecho penal administrativo, pero sin admitir sus exigencias teóricas ni quebrantar la mitad del derecho penal.

Desde el punto de vista de las exigencias propias del Estado democrático de Derecho, resulta inadmisibles la hipertrofia actual de la potestad sancionadora de la Administración, pues el límite penal previsto en el artículo 603 para las faltas se ve fácilmente superado. En efecto, si las penas correspondientes a las faltas son, esencialmente, el arresto menor (de uno a treinta días) y la multa hasta 30.000 pesetas, no cabe la menor duda de que hoy las sanciones administrativas superiores a 30.000 pesetas no son, como señala Cerezo (124), «una excepción sino un fenómeno muy frecuente». Pero es que, además, la coexistencia de diversos tipos de sanciones, administrativas y penales, sobre el mismo hecho se mantiene respecto de las faltas, a tenor del párrafo segundo del citado precepto, si bien de ahí parece derivarse directamente, «a sensu contrario», según Córdoba RODA (125), que «las disposiciones del libro 2.º (delitos) excluyen la corrección gubernativa de los hechos constitutivos de delitos». El hecho de que el meritado precepto aparezca recogido en el Código penal implica, según Casabo (126) «la adopción de la teoría de la diferenciación cuantitativa, pues carecería de sentido que el Código penal viniera a inmiscuirse en la normativa administrativa si ésta le fuera extraña por ser cualitativamente diversa. Por el contrario, poseen idéntica naturaleza, diferenciándose sólo en que las sanciones administrativas importan una gravedad menor que las penales».

Por consiguiente, ni la compatibilidad de sanciones administrativas y penas judiciales, ni la dependencia en la prueba y en la calificación de unos mismos hechos (con prioridad absoluta para la apreciación judicial, por ser su potestad «exclusiva»: artículo 117,3 de la Constitución) resulta, pues, posibles tras nuestra Ley Fundamental. A este respecto, interesa destacar el artículo 106,2 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal que prohíbe imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos, correspondiendo exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el enjuicia-

(122) JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., *op. cit.*, p. 54.

(123) MATTES, Problemas..., *op. cit.*, p. 496.

(124) CEREZO, Curso..., *op. cit.*, p. 53.

(125) CÓRDOBA RODA, en «Notas al Tratado de MAURACH...», *op. cit.*, nota 17, pp. 19 y ss.

(126) CASABO, Comentarios..., *op. cit.*, p. 83.

miento de las faltas previstas en el Código Penal y obliga a las autoridades administrativas a abstenerse de todo procedimiento.

4.4. TOMA DE POSICION

El carácter fragmentario del Derecho Penal y su consideración como «última ratio» no prejuzgan, en cambio, su naturaleza autónoma respecto de los demás sectores del Ordenamiento jurídico.

En efecto, ello es así porque el delito, antes que la infracción de una norma o un deber jurídico, de desobediencia al Estado, es *«lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad»*.

La esencia del delito estriba, por tanto, en la lesión o puesta en peligro de bienes sociales garantizados por normas jurídico-penales que no sólo prohíben u ordenan la realización de determinadas conductas, sino que, además, «valoran» objetivamente la adecuación o no de éstas a las exigencias de tutela sobre aquellos bienes sociales.

No existen, pues, dos Ordenamientos jurídicos distintos: un, «permisivo», creador de derechos y relaciones jurídicos; y otro, «prohibitivo», sancionador de los ataques que puedan sufrir los bienes jurídicos reconocidos por el primero y tutelados por el Derecho Penal. Antes, al contrario, los presupuestos de la facultad punitiva del Estado se configuran autónomamente, merced al proceso de «tipificación penal», en cuya virtud, esta rama del ordenamiento «valora», de acuerdo con las necesidades reales de tutela que demanda la sociedad y, en última instancia *«fragmentos de antijuricidad penalmente relevantes»*.

Pero es que además, el «tipo penal» genera términos específicamente jurídicopenales, por lo que las «cuestiones prejudiciales» que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo demuestran *«la comunicación existente entre las diversas disciplinas jurídicas que constantemente transmiten savia nueva por el tronco común que representa el Derecho Penal hacia todas las ramas del Ordenamiento jurídico»*.

Así, v.gr., tras la desaparición de los diversos tipos de estafa contenidos en el extenso casuismo de los artículos 528 y ss., y la cláusula genérica del artículo 523, era necesario dar cabida en el nuevo texto legal a realidades criminológicas de particular incidencia en la sociedad. Me refiero, indudablemente, a aquellas hipótesis en las que concurren una pluralidad de acciones u omisiones penalmente relevantes que, no obstante, se consideran, a efectos político-criminales como constitutivas de una sola infracción penal: el «delito continuado» y el «delito masa», previstos y penados en el artículo 69 bis del Código Penal, cuya redacción exige la existencia de presupuestos rigurosamente jurídicopenales para que nazca el delito o la falta continuados, tales como:

— *«Pluralidad de acciones u omisiones»*: evidentemente, comportamientos «penados por la ley».

— *«Infracción del mismo o semejantes preceptos penales»*: lógica-

mente, lesión o puesta en peligro de «bienes jurídicos homogéneos».

— «Plan preconcebido»: es decir «dolo conjunto».

Por consiguiente, cabe afirmar «el carácter autónomo y constitutivo, que no independiente, del Derecho Penal para fijar sus presupuestos y las consecuencias jurídicas asignadas a los mismos, respecto de los demás sectores del Ordenamiento».

Esta autonomía del Derecho Penal, limitada por la unidad del Ordenamiento jurídico, coexiste con la potestad sancionadora de la Administración que, sin embargo, no puede reputarse «independiente» de los principios y garantía que informan el ejercicio del «ius puniendi», puesto que ambas potestades, tanto la correctiva como la penal, actúan sobre «el orden social general» pero a través de diferentes instrumentos: el ilícito penal, cuya realización determina la pena criminal, y la infracción administrativa que genera la correspondiente sanción de esta naturaleza.

Ciertamente, ambos ilícitos guardan importantes diferencias formales y materiales. Así, en primer lugar, la «categoría de bienes jurídicos» que regula la actividad administrativa, difiere esencialmente de la que garantiza el Derecho Penal, por cuanto existe un mayor predominio de «bienes de naturaleza jurídicopública» en la legislación administrativa. En efecto, frente a la «seguridad del Estado»; «las falsedades»; «la recta Administración de la Justicia»; «la seguridad del tráfico y en el trabajo»; «la salud pública» y el «ejercicio de la función pública» que tutela el Derecho Penal, la compleja legislación administrativa abarca amplios sectores de la sociedad que van desde el «Ordenamiento Constitucional del Estado» hasta la Administración Local, pasando por el «Régimen jurídico de los funcionarios públicos»; la «Ley de Procedimiento Administrativo»; la «Ley de Contratos del Estado»; la «Ley de Patrimonio del Estado»; la «Ley de Expropiación Forzosa»; la «Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa»; la «Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado», etc.; en suma, un aparato legislativo de mayor incidencia en la ordenación y estructura sociopolítica que la que pueden tener bienes jurídicos que, sin dejar de ofrecer una dimensión pública, pues por eso han sido elevados a la categoría de valores dignos de protección jurídicopenal, ofrecen en cambio, mayor interés para sus singulares titulares como la vida y la integridad corporal, la honestidad, el honor, la propiedad, etc. En segundo lugar, la infracción administrativa incumple deberes jurídicos del administrado respecto de la Administración en base a los principios de jerarquía y subordinación; el delito, además, lesiona el «sentimiento jurídico del pueblo»; de ahí que en el injusto penal sea mayor la «intensidad del juicio de reproche» que, por el desvalor ético merece a la sociedad el comportamiento criminal.

Consecuentemente, la pena criminal podrá privar al sujeto de bienes tan esenciales como a) «libertad individual», lo cual está vedado a la sanción administrativa. Pero es que además, la pena criminal, entendiéndose por tal las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, tiene una finalidad político-constitucional específica: «reedu-

car o reinsertar socialmente al condenado» al que nunca se le podrá negar, ni aún en esa situación tan extrema, el «*derecho a un trabajo remunerado, y a los beneficios de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*» (artículo 25.2 de la Constitución española). He aquí, por tanto, las bases de un Derecho humanitario y resocializador que sustentan los «*presupuestos antropológicos*» de una Ciencia que sin renunciar a su condición normativa, no olvida esa trilogía que la determina.

«Delito, Delincuente y Delincuencia»

O lo que es lo mismo NORMA, HOMBRE y SOCIEDAD sobre la cual el Derecho penal ha de intervenir «*mínimamente*».

Por el contrario, la intervención penal será «*máxima y urgente*» cuando la gravedad del ataque a los bienes jurídicos tutelados sea tal, que ponga en peligro los cimientos de toda sociedad democrática que aspire a la consagración del Estado de Derecho. Ello ocurre especialmente con los «*delitos pluriofensivos*», con su enorme costo social y humano, como lo son los crímenes terroristas, que junto a los delitos contra la salud pública (especialmente el tráfico de drogas, y los fraudes alimentarios); los atentados contra el medio ambiente; el delito fiscal; el delito de contrabando y la evasión de capitales, constituyen los obstáculos más graves que la doctrina y praxis jurídico-penal encuentran para una definitiva consagración de este principio de intervención penal mínima, que, si bien no ha encontrado una formulación positiva como el principio de «*intervención legalizada*», creo ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo su importancia y actualidad como criterio ético y político para un mejor servicio del Derecho Penal a la sociedad cuya conservación y desarrollo tutela y garantiza (127).

Universidad de Sevilla, septiembre de 1985

(127) Sobre la fundamentación teórica y las consecuencias del meritado principio, véase por todos, MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización». Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N.º 2, 1983, pp. 61 y ss.