Capítulo I

CONCEPTO DE DERECHO PENAL

1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL

El Derecho Penal puede definirse, desde un enfoque *dinámico* y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo¹.

Desde un punto de vista *estático* y *formal*, puede afirmarse que el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídico-públicas que definen ciertas conductas como delito y asocian a las mismas penas y medidas de seguridad² y otras consecuencias jurídicas.

¹ Sobre este enfoque sociológico, vid.: MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 1990 (3ª Ed.), Barcelona, P.P.V., págs. 4 y 5; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993 (3ª Ed.), pág. 28 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la Criminalidad*. Madrid, 1988 (España Calpe), págs. 103 a 107; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal, P.G.*, Madrid (Akal-Iure), 1990, (2ª Ed.), págs. 9 y ss.; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia (1989), Tirant lo Blanch, págs. 114 y ss. En cuanto a la necesidad de ver en el Derecho Penal no sólo un conjunto de “normas”, Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios Penales*. Barcelona (Bosch), 1984, pág. 136; del mismo, *Tratado de Criminología* (Tirant lo Blanch), 3ª Ed. (2003), Capítulo II, 5.b y c; Vid. también, MUÑOZ POPE, C.E., *Introducción al Derecho Penal*, Panamá Viejo, 2003, (2ª Ed.), Panamá, págs. 29 y ss.

² Sobre el concepto *formal* de Derecho Penal, vid.: CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, 1981 (2ª Ed.), Tecnos, pág. 15; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español, P.G.*, Barcelona, 1984 (Ariel), pág. 5; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, Valencia, 1987 (2ª Ed.), Tirant lo Blanch, pág. 25; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, P.G.*, T. I. *Fundamentos científicos del Derecho Penal*. Barcelona (Bosch), 1996, págs. 13 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho Penal Español*, Madrid (Tecnos), 1996 (4ª Ed. con la colaboración de Mª Dolores Fernández Rodríguez), págs. 17 y ss.; MORILLAS CUEVAS, L., *Manual de Derecho Penal, P.G., Introducción y Ley Penal*, Madrid, 1992 (Edersa), págs. 21; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Madrid, 1981 (Servicio Publicaciones Universidad Complutense), págs. 33 y ss.; LANDECHO, C.Mª., *Derecho Penal Español, P.G.*, I., 1991 (2ª Ed.), Madrid, Librería ICAI, págs. 51 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, P.G.*, Madrid (Civitas), 1978, págs. 11 y ss.; MIR PUIG, S., ...

1.1. El Derecho Penal como instrumento del control social formal³

Toda sociedad necesita un sistema de control para asegurar su estabilidad y supervivencia; un sistema de normas y sanciones que trace modelos de conducta a sus miembros y castigue aquellos comportamientos que pongan en peligro al propio grupo⁴. Sólo un eficaz sistema de control social garantiza la conformidad del individuo y su sometimiento a las normas de la convivencia (disciplina social), dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización.

La moderna sociedad postindustrial –que es una sociedad, por definición, plural y conflictiva– necesita, también, ejercer su dominio sobre los individuos que la integran, desplegando una rica gama de mecanismos que aseguren la conformidad de éstos a sus normas. Por control social, en definitiva, suele entenderse el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias⁵.

El control social dispone de numerosos *sistemas normativos* (la religión, la ética, el Derecho Civil, el Derecho Penal, etc.); de diversos *órganos o portadores* (la familia, la Iglesia, los partidos, los sindicatos, la justicia, etc.); de variadas *estrategias* de actuación o respuestas (represión, prevención, resocialización, etc.); de diferentes modalidades de *sanciones* (positivas, como ascensos, distinciones, buena reputación; negativas, reparación del daño, sanción pecuniaria, privación de libertad, etc.); y de particulares *destinatarios* (estratos sociales deprimidos, estratos sociales privilegiados, etc.).

La Justicia, lógicamente, constituye uno de los posibles portadores del control social. El Derecho Penal representa sólo uno de los sistemas normativos existentes. La infracción legal contiene nada más que un elemento parcial de todas las conductas desviadas imaginables, la pena significa la opción por una de las sanciones disponibles⁶.

El control social *penal*, por ello, es un *subsistema* en el sistema total del control social.

Su especificidad deriva tanto del objeto a que se refiere (no toda conducta “desviada” sino sólo el “delito”), como de sus fines (prevención y represión), medios que utiliza (penas y medidas) y rigurosa formalización en su forma de operar (principio de legalidad)⁷.

... *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 11 y ss.; del mismo: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona (1976), Bosch, pág. 29; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, P.G.*, Madrid, 1989 (2ª Ed.), Marcial Pons, pág. 8; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal, P.G.*, Madrid, 1985 (2ª Ed.), Trivium, págs. 9 y ss.

³ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 2003, Tirant lo Blanch, págs. 196 y ss.

⁴ Vid., HASSEMER, W. – MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, cit., pág. 115 y ss.

⁵ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 3ª Ed. (2003). Capítulo II, 5.b.

⁶ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II.5.b.

⁷ Vid., MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 5; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., págs. 34 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios*, cit., pág. 9.

El Derecho Penal, en palabras de KAISER⁸, simboliza el sistema normativo más formalizado, con una estructura más racional, y cuenta con el más elevado grado de división del trabajo y especificidad funcional entre todos los subsistemas normativos.

Pero el control social “penal”, como modalidad del llamado control social “*formal*”, entra en funcionamiento sólo cuando han fracasado los mecanismos primarios del control social “*informal*” que intervienen previamente y el comportamiento desviado, antisocial, tiene una especial gravedad.

Toda sociedad, en efecto, cuenta con unos dispositivos de autodefensa que suelen ser suficientes para resolver conflictos cotidianos de escasa importancia. A pesar de que actúan con cierta espontaneidad y sin someterse a procedimientos formales, estos mecanismos tienen probada eficacia. Sus portadores o agentes son la familia, la escuela, la pequeña comunidad, la opinión pública, etc. Poseen, lógicamente, sus correspondientes sistemas normativos y sus sanciones, que aplican al individuo cuyo comportamiento se desvía de las expectativas del grupo. Se trata de las instancias del *control social informal*, cuya actuación es decisiva en los procesos de socialización.

Pero sería erróneo restar importancia al control social informal y a sus *sanciones*. Porque éstas, aunque no se prevean explícitamente en disposiciones legales, ni se impongan por autoridades públicas competentes siguiendo un procedimiento previsto en la ley, existen y poseen un inequívoco efecto preventivo o disuasorio⁹. Pues, sin duda alguna, muchos infractores potenciales se abstienen de cometer el delito no ya por temor al castigo, sino porque caso de ser descubiertos tendrían que hacer frente a ciertas reacciones sociales negativas: desaprobación de la familia o de sus padres, rechazo del entorno, aislamiento por parte del vecindario y de la pequeña comunidad, pérdida del puesto de trabajo, etc.¹⁰.

Más aún, todo parece indicar que las sanciones penales (formales) no son capaces, por sí solas, de prevenir el delito si no cuentan con el respaldo de las normas sociales que tutela el control social informal; o, dicho de otro modo: que las sanciones formales solo son especialmente efectivas cuando refuerzan la vigencia real de las sanciones informales¹¹.

⁸ *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Madrid (1978), Espasa Calpe, pág. 83. Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II, 5.b.

⁹ *Sobre la eficacia preventiva de las sanciones informales*, vid.: ANDERSON, L.s., CHIRICOS, T.G. y WALDO, G.P., *Formal and informal sanctions: a comparison of deterrent effect*, *Social Problems*, 25, 1977, págs. 111 y ss.; ERICKSON, M.L., GIBBS, J.P. y JENSEN, G.F., *The deterrence doctrine and the perceived certainty of legal punishment*, en: *Annual Review of Sociology*, 1977, págs. 316 y ss.; PATERNOSTER, R., *The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment: a review of the evidence and issues*, en: *Justice Quarterly*, 4, págs. 192 y ss.; etc. Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, Madrid, 2003 (Dykinson), págs. 241 y ss.

¹⁰ *Sobre las sanciones informales*, vid. GARRIDO GENOVES, V., STANGELAND, V.P. y REDONDO ILLESCAS, S., *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 199 y ss. Los autores critican que el mundo del Derecho (Penal) suela desentenderse e ignorar la relevancia de estas sanciones informales.

¹¹ En este sentido, BRAITHWAITE, J., *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, págs. 73 y ss. Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, cit., pág. 241.

Ciertamente no existe aún evidencia empírica significativa ni consenso científico sobre la función precisa que desempeñan estas sanciones informales¹². Afirmar que sean más eficaces que las propias sanciones formales¹³, y que estas últimas carezcan de toda eficacia preventiva a diferencia de las primeras no parece realista, pues unas y otras sanciones, las formales y las informales, se refuerzan mutuamente como dispositivos del control social¹⁴. Ahora bien, lo que no cabe ya es atribuir la función preventiva exclusivamente a las sanciones penales (*formales*) –que la tienen, desde luego, aunque sin la eficacia que se les asigna– olvidando la de las sanciones *informales* cada vez más subrayada por las investigaciones empíricas¹⁵.

Cuando el conflicto social reviste particular gravedad, su solución no puede quedar a merced de las instancias del control social “informal”. Entonces interviene el Estado, a través de la justicia penal. Y lo hace sometiendo a normas de actuación escrupulosamente diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el debido respeto a las garantías de las personas involucradas en el conflicto¹⁶. Las sanciones del control social formal, a diferencia de las que imponen las agencias “informales”, nunca son neutras, sino negativas, estigmatizantes.

El *modus operandi* y las *sanciones* en uno y otro caso difieren sensiblemente.

El padre puede sancionar al hijo que ha obtenido malas calificaciones, sin más. No existen normas de procedimiento al respecto, ni preceptos que determinen la clase de castigo, ni su entidad. El niño tampoco puede negarse a dar una explicación “sino en presencia de sus abogados”. La comunidad también castiga marginando o descalificando (sanciones) a sus miembros incómodos, descorteses o pendencieros, sin necesidad de someter tal decisión a normativa alguna. En ambos casos se trata de instituciones del control social “informal”.

Sin embargo¹⁷ las agencias del control social “formal” no pueden actuar con tal flexibilidad. La Policía, por ejemplo, no ha de detener a una persona sino en los casos y en la forma prevista por la Ley (*art. 489 LECr.*). Practicada la detención, el detenido debe ser informado inmediatamente de los derechos que le asisten (*art. 520, nº 2, LECr.*), entre otros: derecho a ser informado de los hechos que se le imputan y de las razones de su detención, derecho a guardar silencio, a no declararse culpable, a designar abogado y solicitar su presencia, a ser reconocido por un

¹² Así, BACHMAN, R., PATERNOSTER, R. y WARD, S., *The rationality of sexual offending: testing a deterrence/rational choice conception of sexual assault*, en: *Law and Society Review*, 1992, págs. 366 y ss. Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, cit., pág. 242, nota 10.

¹³ En este sentido: PATERNOSTER, R., *The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment*, cit., pág. 192; del mismo y SIMPSON, S., *Sanction threats and appeals to morality: testing a rational choice model of corporate crime*, *Law and Society Review*, 30, 1996, págs. 571 y ss.; ERICKSON, M.L., GIBBS, J.P. y JENSEN, G.F., *The deterrence doctrine and the perceived certainty of legal punishments*, cit., págs. 316 y ss. Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, cit., pág. 241.

¹⁴ Así, SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, cit., pág. 241, nota 10.

¹⁵ Vid. BURKETT, S.R. y WARD, D.A., *A note on perceptual deterrence, religiosity based moral condemnation, and social control*, en: *Criminology*, 31, 1993, págs. 126 y ss. Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, cit., pág. 242, nota 11.

¹⁶ Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., págs. 35 y ss.

¹⁷ Cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pág. 36.

médico, etc. La detención sólo durará el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones que permitan esclarecer los hechos y, en todo caso, no más de setenta y dos horas hasta que sea puesto el detenido a disposición de la autoridad judicial (art. 520, nº 1 LECr.). Esta no podrá imponer otras penas que las señaladas en la ley para el delito o falta cometidos (art. 2.1 C.P.) y, por supuesto, después del oportuno juicio público (art. 680 LECr.), celebrado con toda suerte de garantías, en el que se desvirtúe la presunción de inocencia (art. 24.2º C.E.) del imputado. La sentencia ha de estar motivada (arts. 24.1º y 120.3º de la C.E.) y podrá ser recurrida en los casos previstos en la Ley. Su ejecución se llevará a cabo en la forma prevista en el ordenamiento (art. 3 C.P.) bajo el control del juez de vigilancia penitenciaria (art. 76 LOGP), etc.

De la citada estructura del control social –y de las relaciones entre el control social “informal” y el “formal”– se desprenden dos consecuencias que afectan al control “penal”: en primer lugar, la naturaleza “subsidiaria” de éste; en segundo lugar, la necesidad de una correcta coordinación de las dos clases de instancias, como garantía de la más eficaz prevención del crimen.

En efecto, si todo orden social cuenta con mecanismos primarios de autoprotección, por lo general eficaces, la intervención del control social “formal” sólo se legitima en defecto de aquéllos: cuando la entidad del conflicto exija una respuesta formalizada más drástica por no ser suficiente la de las instancias informales. La maquinaria pesada del Estado debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Los conflictos de menor entidad pueden ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos. El Derecho Penal es la “*ultima ratio*”.

Por otra parte, todo parece indicar que la prevención eficaz del delito no ha de perseguirse incrementando progresiva e indefinidamente el rendimiento del sistema legal (control social penal) sino a través de una mejor coordinación del control social formal e informal¹⁸, aceptando la relativa intercambiabilidad de uno y otro¹⁹. *Efectividad y coste social* son los dos criterios que permiten ponderar la necesidad y adecuación de la intervención penal.

La eficacia preventiva del Derecho Penal es más limitada de lo que pudiera pensarse y, desde luego, no parece asociada al rigor o severidad del castigo, sino a otras variables que interactúan en el curso de un complejísimo mecanismo disuasorio. La amenaza del castigo –y la imposición de éste– contribuyen menos de los que se suponía al cambio de actitudes del infractor y al afianzamiento de la vigencia social de las normas, según demuestran autorizadas investigaciones empíricas recientes. Todo parece indicar, además, que el respeto a las leyes de la mayoría de los ciudadanos se debe más a los valores que éstos profesan, a sus vínculos y arraigo social, a las sanciones *informales* (respuesta que esperan de los demás caso de cometer el delito) que a la propia pena. Por ello, una política *penal* basada prioritariamente en el incremento progresivo del rigor del castigo o en la

¹⁸ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II, 5.c..

¹⁹ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II. 5.c..

mejora de la efectividad del sistema legal (más policías, más jueces, más cárceles, más penas...) en términos de prevención de la criminalidad está condenada al fracaso porque no incide en la etiología del fenómeno delictivo: no articula una prevención “primaria”. Evidentemente, no se puede prescindir del Derecho Penal en el momento de diseñar una respuesta racional y efectiva al delito. Los climas generalizados de impunidad por vacío normativo, por tardío o ineficaz funcionamiento del sistema legal, son, en sí mismos, criminógenos. Pero confiar solo o fundamentalmente en la efectividad del Derecho Penal es una ingenuidad²⁰.

1.2. El Derecho Penal como ordenamiento o conjunto de normas

Estática o formalmente considerado, el Derecho Penal es un conjunto de normas, un sector del ordenamiento jurídico-público, que asocia a ciertas conductas (delictivas) determinadas consecuencias (penas y medidas de seguridad fundamentalmente)²¹.

De esta definición provisional se desprende que tres son las *instituciones* penales básicas: el *delito*, como antecedente o presupuesto de la reacción criminal; la *pena* y las *medidas de seguridad* (consecuencias jurídicas que integran aquélla) y las *normas* (instrumento para formular los mandatos y las prohibiciones legales). Cada una de ellas requerirá un estudio detenido.

Pero la propia *denominación* de nuestra disciplina y su correcta *incardinación* en el ordenamiento jurídico son, también, temas controvertidos. A ambos me referiré con anterioridad, como cuestiones previas.

2. EL PROBLEMA DE LA “INTITULACIÓN” DEL DERECHO PUNITIVO Y LA CONTROVERSIA SOBRE SU ADECUADA INCARDINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1. El problema de la “intitulación”: Derecho “Penal” versus Derecho “Criminal”

Son, ciertamente, muchas las denominaciones que los diversos autores asignan al Derecho Penal, cuando buscan una fórmula feliz que refleje de forma expresiva sus particulares convicciones²². Pero esto no interesa ahora. Cuando se plantea el

²⁰ Tanto desde posiciones marxistas, como radicales, se ha sugerido la inutilidad preventiva del castigo, en comparación con los efectos duraderos y estables de la “socialización”. Cfr. GARLAND, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. siglo XXI. México. 1999, pág. 338.

²¹ Digo “fundamentalmente”, porque el vigente *Código Penal* de 1995 añade las llamadas “consecuencias accesorias” (Título VI del Libro 1º) al catálogo tradicional binario de “penas” y “medidas de seguridad”.

²² Por ejemplo: “*Derecho protector de los criminales*” (DORADO MONTERO), “*Derecho de la lucha contra el delito*” (THOMSEN), “*Derecho determinador*” (LABORDE), “*Derecho represivo*” (PUGLIA), “*Derecho sancionador o restaurador*” (J. MARÍA VALDÉS), etc. Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, cit., I., pág. 28 y 29; LANDROVE, G., op. cit., pág. 16.

problema de la intitulación de nuestra disciplina, se plantea, en realidad, la necesidad de optar entre dos denominaciones: Derecho Penal o Derecho Criminal²³.

Durante muchos lustros, acudir a una u otra opción carecía de trascendencia. El problema surgió al tomar cartas de naturaleza en las diversas legislaciones las medidas de seguridad. Porque entonces –y sólo desde entonces– la denominación de nuestra disciplina reclama un mínimo de coherencia respecto a su nuevo y más amplio contenido²⁴.

En España, ha gozado de gran predicamento la denominación: “Derecho Criminal”. De hecho, hasta principios del siglo XIX, era ésta la de los Tratados de materia penal más conocidos, como sucede aún con la 5ª Edición de la *Práctica Criminal*, de MARCOS GUTIÉRREZ, en 1828²⁵. Sin embargo, desde las *Lecciones* de PACHECO²⁶ y la obra de SILVELA²⁷, se ha impuesto la denominación que podríamos calificar de tradicional: Derecho Penal²⁸, probablemente, en palabras de

²³ A juicio de LANDROVE DÍAZ, la denominación “Derecho Criminal” se corresponde con la etapa histórica de fuerte vinculación del Derecho a la Religión, mientras la denominación “Derecho Penal” se aviene al proceso de secularización del Derecho Penal, iniciado en la segunda mitad del siglo XVIII. (*Introducción al Derecho Penal*, 4ª Ed., cit. –revisada y puesta al día con la colaboración de M^º DOLORES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ– págs. 15 y ss.).

²⁴ MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, A., T. 4 Ed., Karlsruhe, 1971, pág. 4; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, A., T.2, Ed., 1975, págs. 3 y 4; JESCHECK, H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A., T.3, Ed., Duncker Humblot, 1978, pág. 8; WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11. Ed., 1969, págs. 15; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, A., T., Ein Studienbuch, 15. Ed., 1973, pág. 4; BLEI, H., *Strafrecht*, I, A., T. 17, Ed. 1977, pág. 4. Respecto a la doctrina italiana, vid: ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale, P.G.*, 6ª Ed., A. Giuffrè Edit., 1969, pág. 2 y ss.; PETROCELLI, B., *Principi di Diritto Penale*, I., Napoli, 1964, Eug. Jovene, págs. 5 y 6. En cuanto a la doctrina española, vid: MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, págs. 18 y ss.; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, P.G.*, Tomo I, Vol. I, 17 Ed. (puesta al día por CÉSAR CAMARGO), pág. 7, nota 1; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^º, *Derecho Penal Español, P.G.*, Madrid, 1949, I, págs. 4 y 5, SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, Madrid, Reus, 1942, 3 Ed., pág. 26; SERRANO RODRÍGUEZ, en: *Estudios penales*, II, Salamanca, 1967, págs. 15 y ss.; LANDROVE, G., op. cit., 22 y ss. (y bibliografía allí citada); OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, cit., pág. 36 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 8 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal español*, cit., págs. 4 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 25 y ss.

²⁵ Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^º, *Derecho Penal*, cit., pág. 12, nota 11.

²⁶ PACHECO, F., *Estudios de Derecho Penal*. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 4ª Ed., Madrid, 1877.

²⁷ SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874 y 1879.

²⁸ *Opinión dominante*. Cfr.: ANTÓN ONECA, J.M., ob. cit., pág. 5; DEL ROSAL, J., *Principios*, I., 1945, pág. 24 y 25; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^º, *Derecho Penal Español*, cit., pág. y nota cit.; CUELLO CALÓN, estima incluso que la denominación: Derecho Criminal ha quedado anticuada (*Derecho Penal*, cit., pág. 7, nota 1) y SÁNCHEZ TEJERINA preferiría distinguir entre el Derecho Penal en sentido estricto y un Derecho de la Defensa Social: derecho éste que comprendería las medidas de seguridad a menores y enajenados (*Derecho Penal*, cit., pag. 26). Como señala, MIR PUIG, S., (*Introducción*, cit., pág. 19, nota 7) en España la denominación de Derecho Penal ni siquiera ha conocido desde el siglo XIX las excepciones que cabe señalar en otros ordenamientos. Vid., RODRÍGUEZ MUÑOZ, A., en: *Notas a E. Mezger (Tratado de Derecho Penal*, 2ª Ed., Madrid, 1946, I, pág. 28); OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, cit., pág. 36 y ss.; ...

ANTÓN ONECA, porque la costumbre es el supremo tribunal en cuestiones lexicológicas, y la pena sigue siendo la principal –aunque no la única– consecuencia jurídica²⁹. Es más, como ha señalado con acierto RODRÍGUEZ MUÑOZ³⁰, a diferencia de lo que sucede en Italia y en Alemania, la denominación “Derecho Penal” es casi unánime en nuestro país, desde principios del siglo XIX.

En Italia sucede otro tanto. Obras tan importantes y tan clásicas como las de CARMIGNANI³¹, CARRARA³² y FERRI³³, optaron por la denominación de: *Diritto Criminale*, terminología que, por otras razones, propugnaran los positivistas³⁴. Y lo cierto es que incluso cabe apreciar un giro hacia la denominación que, según ANTOLISEI, responde mejor a la tradición de la ciencia jurídica italiana: *Diritto Criminale*³⁵. A favor de esta última, como es lógico, se invoca la importancia creciente de las medidas de seguridad, y la necesidad de poner el acento en el presupuesto u objeto de la reacción penal, y no sólo en uno de los instrumentos de ésta.

La tesis opuesta se formula por PETROCELLI, quien considera preferible la denominación de: “*Diritto Penale*”, por diversas razones³⁶.

Por lo demás, algún autor utiliza indistintamente los términos: “criminal” y “penal”³⁷; e incluso dan al primero de ellos una acepción muy amplia –como sinónimo, tal vez, de “sancionador”– lo que permite distinguir un Derecho “criminal” penal de un Derecho “criminal” civil, administrativo, etc.³⁸.

En Francia, sin embargo, la nomenclatura: “Derecho Penal” no goza del mismo trato de favor, ya que los términos: “*Droit Pénal*” y “*Droit Criminel*” se utilizan indistintamente. No pocos Tratados dan buena prueba de ello³⁹, lo que es muy significativo, ya que la tradicional clasificación tripartita de las infracciones (crimen-delito-

... QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal*, P.G., cit., págs. 8 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal español*, cit., págs. 4 y ss.; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal*, P.G., cit., págs. 25 ss.; Vid., para Panamá, MUÑOZ POPE, C.E., *Introducción*, cit., págs. 33 y ss.

²⁹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., págs. 4 y 5.

³⁰ Notas a la 2ª Ed. del *Tratado* de MEZGER, cit., pág. 28.

³¹ CARMIGNANI, G., *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, 1863.

³² CARRARA, F., *Programma del corso di Diritto Criminale*, Florencia, 1859.

³³ FERRI, E., *Principi di Diritto Criminale*, Turín, 1928.

³⁴ Cfr., PETROCELLI, *Principi*, cit., págs. 5 y 6. Los partidarios de la Nueva Defensa Social (MARC ANCEL, entre otros), preferían, también, la denominación de Derecho Criminal. Vid., BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español*, cit., pág. 5.

³⁵ ANTOLISEI, F., *Manuale*, cit., pág. 2; RANIERI, S., *Manuale*, cit., pág. 4. En este sentido. ANTOLISEI, F., *Manuale*, cit., pág. 2; aunque apuntando otras razones; RANIERI, S., *Manuale*, cit., pág. 4. Resaltando los inconvenientes de la denominación tradicional, pero sin tomar postura expresamente en favor de la denominación: Derecho “criminal”; SANTORO, A., *Manuale*, cit., pág. 1 y 2. Utilizando como sinónimos los términos “penal” y “criminal”, PESSINA, E., *Elementi di Diritto Penale*, I., Napoli, 1882, págs. 6 y ss.

³⁶ PETROCELLI, B., *Principii*, cit., págs. 5 y 6.

³⁷ PESSINA, E., *Elementi*, cit., pág. 6.

³⁸ Así: RANIERI, S., *Manuale*, cit., pág. 4. Vid., BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español*, cit., pág. 5.

³⁹ Por ejemplo: VIDAL-MAGNOL, *Cours de Droit criminel et de science-pénitentiaire de Droit criminel et de législation pénale comparé*, 3ª Ed., Paris, 1947; MERLE-VITU, *Traité de Droit criminel*, Paris, 1967. Cfr., MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., pág. 21.

contravención), sin duda, podría haber sugerido la oportunidad de abandonar el término “criminel”, por su identificación con una de las tres clases de infracciones.

En Alemania, como advierte MEZGER⁴⁰, se ha abandonado, prácticamente, la denominación “Kriminalrecht”, optándose por la de: “Strafrecht”. Esta parece que se impuso con el siglo XIX⁴¹. No obstante, importantes obras doctrinales, como las de FEUERBACH⁴² o SAVIGNI⁴³, y legislativas, como los Códigos Penales de Sachsen de 1838 y Hamburg de 1869⁴⁴, conservaron la terminología hoy abandonada: “Kriminalrecht”. Anteriormente, el hoy Strafrecht, se había denominado, primero, “Peinliches” Recht⁴⁵ y, después, “Kriminalrecht”⁴⁶. Por eso advierte, con razón, V. HIPPEL⁴⁷ que la terminología actual es bastante reciente: porque, a su juicio, la voz: “Strafe”, en su sentido actual, no empezó a emplearse hasta el siglo XIV; la de: “Verbrechen”, hasta el XVII; y la de: “Strafrecht”, hasta 1800.

Pero, aunque la denominación: Strafrecht se ha impuesto definitivamente, la propia doctrina alemana reconoce sus inconvenientes. Por una parte, es demasiado amplia; por otra, demasiado estricta, como afirma, con razón, SCHMIDHÄUSER⁴⁸. Demasiado estricta, porque al incorporarse al StGB las medidas de seguridad y corrección, con la Novela de 24 de noviembre de 1933, el término: *Strafe* se refiere sólo a uno de los dos resortes fundamentales del poder estatal, y no cubre la totalidad de su campo de acción, con lo que, desde entonces, cabría cuestionar la conveniencia de tal denominación⁴⁹. Pero el término: Strafrecht es, de otro lado, demasiado amplio y conduciría a un desbordamiento del contenido de nuestra disciplina, si se atribuyeran al mismo todos los comportamientos que el ordenamiento alemán sanciona con una “Strafe”. Porque, de acuerdo con una terminología muy equívoca y poco precisa, que tiende a corregirse en la legislación alemana más reciente, lo cierto es que otras sanciones no criminales también se conocen con el nombre de “Strafen” en el Derecho alemán: las sanciones gubernativas, administrativas, disciplinarias, civiles, etc.⁵⁰.

⁴⁰ MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, A., T., 15ª Ed., cit., pág. 4.

⁴¹ Así: MAURACH, R., *Strafrecht*, cit., pág. 2; MAYER, H., *Strafrecht*, A., T., W. Kohlhammer Verlag, 1967, pág. 11; V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, I., Berlín, 1925, J. Springer, pág. 2 y 3; BAUMANN, J., *Strafrecht*, A., T., 8, Ed., 1977, Verlag E.W. Gieseking Bielefeld, pág. 6; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, A., T., 2ª Ed., 1975, J.C.B. KOHR (P. Siebeck), Tübingen, pág. 3 y ss.; JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, cit., pág. 8.

⁴² FEUERBACH, J.P.A., *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1801. El autor comprende el Peinlichesrecht y la Strafrechtswissenschaft en el más amplio término de: “Kriminalrecht”. Cfr., V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 3.

⁴³ SAVIGNI, System, L., 1840, págs. 22 y ss. (Cfr. BAUMANN, J., *Strafrecht*, cit., pág. 6).

⁴⁴ Cfr., BAUMANN, J., *Strafrecht*, cit., pág. 6.

⁴⁵ Así, KLEINSCHROD, *Peinliches Recht*, 1805; FEUERBACH, J.P.A., *Lehrbuch*, cit., Cfr., V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 3.

⁴⁶ Por ejemplo: KÖSTLIN, *Neue Revision des Grundbegriffe des Kriminalrechts*, 1845; ZUMPT, *Kriminalrecht der Römischen Republik*, 1965; SAVIGNI, System, cit., supra. Cfr., V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 3.

⁴⁷ *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 2.

⁴⁸ *Strafrecht*, A., T., cit., págs. 3 y 4.

⁴⁹ Expresamente: WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 15; Así: JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, cit., pág. 8; y Vid., MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, cit., págs. 2 y ss.

⁵⁰ Vid., SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, cit., págs. 3 y 4.

De este análisis iuscomparatista pueden ya desprenderse los argumentos a favor y en contra de las dos denominaciones más usuales que recibe nuestra disciplina. A favor de la denominación dominante (Derecho Penal), se señala el lugar central que corresponde hoy aún a la “pena” frente a la “medida de seguridad” y el arraigo de que disfruta tal denominación en virtud de una justificada tradición jurídica⁵¹, argumentación que se refuerza si excluimos del Derecho Penal las llamadas medidas predelictuales y exigimos también como presupuesto para la imposición de una medida de seguridad la naturaleza delictiva del hecho por el que se aplican. Por otra parte, el adjetivo “criminal” no es más preciso ni adecuado, y parece evocar la clasificación tripartita de las infracciones, de acuerdo con unos esquemas que, como dice H. MAYER, quedaron superados a principios del siglo XIX⁵².

A favor de la denominación Derecho Criminal, históricamente anterior a la de Derecho Penal y, también, refrendada por una brillante tradición jurídica, obran otros tantos argumentos: la conveniencia de potenciar el presupuesto de la reacción penal (crimen), en lugar de definir un sector jurídico exclusivamente en función de una de sus consecuencias jurídicas (pena), la creciente importancia en el Derecho Penal moderno de las medidas de seguridad, y, sobre todo, la insuficiencia de la denominación clásica (Derecho Penal).

En esta polémica sólo un autor discrepa: MAURACH, quien ha creído ver un trasfondo jurídico y político en el uso de una u otra denominación, lo que, a su juicio, constituye una razón más a favor de la terminología hoy dominante: Derecho Penal. En efecto, según MAURACH, el cambio de la denominación Derecho Criminal por la de Derecho Penal, acaecida a comienzos del XIX, no se produce por simple casualidad histórica, ni debe reducirse a una cuestión lingüística o conceptual, sino que reflejaría importantes cambios valorativos. El término “crimen” remite a la esfera de lo “prejurídico”, en cuanto que suena a injusto y a culpabilidad antes de la ley positiva; el de “pena” (Derecho Penal) – continúa MAURACH – apunta, sin embargo, a la ley: a la ley, por cuyo sólo mandato – con exclusión de la costumbre, del arbitrio jurisdiccional y del gobierno – se desvalora un determinado comportamiento, se convierte en delito y somete al poder del Estado. Es más: en el cambio terminológico mencionado, subyace el principio rector del Derecho Penal del siglo XIX: “*nulla poena sine lege* ...”⁵³.

Pero la postura y razonamiento de MAURACH no parecen convincentes, como ha demostrado MIR PUIG, ya que ni la expresión Derecho Penal surge con las ideas de la Ilustración, ni la aparición del principio: “*nulla poena sine lege*” determinó el abandono del término “Derecho Criminal”⁵⁴.

⁵¹ Resaltan el valor y el peso de la tradición jurídica: MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., pág. 19. En Italia, PETROCELLI, B., *Principii*, cit., págs. 5 y 6.

⁵² Según H. MAYER, el cambio de la denominación (de “Kriminalrecht” a “Strafrecht”) reflejó una modificación básica en los fundamentos jurídicos y concepciones de principios del siglo XIX, porque hasta entonces el Kriminalrecht sólo se había ocupado de las infracciones más graves, quedando relegadas todas las restantes a los tribunales inferiores y resolviéndose como cuestiones civiles, administrativas, disciplinarias o policiales (*Strafrecht*, cit., pág. 11).

⁵³ MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, cit., pág. 3.

⁵⁴ MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., pág. 21. Vid., también, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español*, cit., págs. 4 y 5.

La polémica, pues, sobre la intitulación de nuestra disciplina puede darse por zanjada. Dado que no existe ningún trasfondo filosófico, jurídico o político⁵⁵, carece de sentido seguir debatiendo si interesa referir la denominación por la que se opta al presupuesto de la reacción estatal (Derecho “criminal”), o a uno de los instrumentos —el más característico— de ésta (Derecho Penal). Cualquiera de las dos fórmulas será, por fuerza, parcial.

Ahora bien, la denominación convencional (Derecho Penal) tiene una doble ventaja, que la hace preferible; de una parte, subraya lo que permite asegurar el carácter inequívocamente delictivo de una conducta: el que se halle conminada con una “pena”; de otra, se aviene a la opinión científica mayoritaria, que excluye del ámbito penal las medidas de seguridad “predelictuales” y exige, en todo caso, para la imposición de cualquier consecuencia jurídica penal la previa comisión de un delito⁵⁶.

2.2. La correcta “incardinación” del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico general y su pertenencia al Derecho Público

La correcta *incardinación* del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico ha sido, también, un tema controvertido, si bien hoy la doctrina mayoritaria entiende que pertenece al Derecho Público⁵⁷.

No se puede ignorar, sin embargo, que la tradicional distinción entre Derecho Público y Derecho Privado —y los criterios que la inspiraron (ámbito de la autonomía de la voluntad, relación igualitaria o jerárquica de las partes, etc.)— es una distinción dinámica y cambiante, en crisis⁵⁸. Como todos los conceptos y categorías clasificatorias, también aquéllos acusan el relativismo y circunstancialidad que inevitablemente imponen el trascurso del tiempo y el cambio social. Dicha distinción, desde luego, no se plantea hoy en los mismos términos que, por ejem-

⁵⁵ Según, QUINTERO OLIVARES, G., se trata de una cuestión puramente “terminológica” (*Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 10).

⁵⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.^a, *Derecho Penal español*, cit., págs. 12 y 13. Según el autor, el problema de la intitulación se agudiza cuando la “pena” puede ser sustituida por la “medida”, lo que en nuestro ordenamiento sucede en el supuesto del artículo 65 del Código Penal. Y estima que: “Lo que realmente denota que una conducta es delictiva es la pena que la sigue”. Vid., también, OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto de Derecho Penal*, cit., pág. 46; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 10 y 11

⁵⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.^a, *Derecho Penal Español, P.G.*, cit., pág. 10; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 27 y 28; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio*, cit., pág. 17; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 83 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 25; MORILLAS CUEVAS, L., *Manual de Derecho Penal*, cit., I, págs. 26 a 28; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 85 y ss.; LANDROVE DIAZ, G., *Introducción*, cit., pág. 26.

⁵⁸ La unidad esencial del ordenamiento jurídico se invoca por algunos autores para negar virtualidad a la distinción entre Derecho Público y Privado (Así, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*. Madrid, 1980, págs. 260 y ss.). Sin embargo, tal dicotomía no implica asumir un modelo dual del Derecho, sino la evidencia de que el binomio Estado-sociedad civil desempeña un papel clasificatorio respecto a su regulación (En este sentido, COBO-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, P.G.*, Tirant lo Blanch, 4^a edición, 1996, pág. 35).

plo, el pasado siglo. Es fácil constatar, por el contrario, como rancias instituciones paradigmáticas del Derecho *Privado* experimentan en la actualidad una seria influencia de principios propios del Derecho Público. Y también el proceso inverso: que aires privatizadores alienten la evolución de instituciones de Derecho Público. *Autonomía de la voluntad* y *ius cogens*, por su antagonismo, pugnan por redefinir y negociar sus respectivos territorios, lo que da lugar a un continuo y fluctuante tránsito de una a otra orilla, a un permanente intercambio, y a la provisionalidad de cualquier adscripción⁵⁹.

Como se razonará a continuación el Derecho Penal pertenece indudablemente al Derecho Público: es Derecho Público. No obstante, diversos ámbitos periféricos, terminales del mismo –alejados de su núcleo central– sufren, como todo el sistema de la justicia criminal y otras instituciones del Derecho Público, una persistente influencia de principios del Derecho Privado, que no puede sin más calificarse de negativa.

Un prestigioso procesalista, GUASP⁶⁰ ha mantenido reiteradamente la opinión opuesta: la naturaleza “privada” del Derecho Penal. A dicha tesis llega basándose en dos reflexiones: el sometimiento del Estado a la ley, en cuanto autolimitación, demuestra que el *ius puniendi* es una manifestación del Derecho Privado (tesis *sustantiva*); esta naturaleza privada del Derecho Penal se corrobora, además, por la igualdad de las partes acusadora y acusada en el proceso penal (tesis *procesal*).

Pero las razones que aduce el autor no convencen por su carácter estrictamente procesal. Lo decisivo no es la igualdad o desigualdad de las partes en el proceso cuando deducen una determinada pretensión, sino la naturaleza material de ésta y el rol que desempeña el concreto sector del ordenamiento: los intereses que tutela, instrumentos que utiliza, clase de tutela que depara a aquéllos, etc.

En la doctrina extranjera predomina, igualmente, la tesis del carácter “público” del Derecho Penal⁶¹.

⁵⁹ Como afirma BULLINGER, M. (*Derecho Público y Derecho Privado*. Madrid, 1976, págs. 111 y ss.) no cabe invocar criterios apriorísticos para delimitar el Derecho Público del Privado, porque el deslinde sólo puede efectuarse de modo pragmático y teniendo en cuenta cada ordenamiento jurídico concreto, “*a posteriori*”.

⁶⁰ GUASP, J., *El individuo y la persona*, en Revista de Derecho Privado, 1950, págs. 3 a 20; del mismo: Derecho, 1971, págs. 550 y ss.

⁶¹ A excepción de la doctrina francesa, en la que se discute la pertenencia del Derecho Penal al Derecho Público o al Privado; o incluso se sostiene la autonomía del Derecho Penal, como Derecho meramente *sancionatorio*, al argumentarse la imposibilidad de clasificarlo en uno u otro sector del ordenamiento jurídico, utilizando los criterios convencionales. El modelo francés, sin embargo, es muy singular. Los docentes universitarios franceses tienen una sólida formación privatista, y proceden de concursos a plazas de “derecho privado y de derecho criminal”. Además, el Derecho Criminal se aplica por tribunales jurisdiccionales muy identificados con las técnicas civilistas, lo que exige del criminalista un serio conocimiento del Derecho Privado (así: MERLE, R., VITU, A. *Traité de Droit Criminel*, tome I, 13ª Ed., Paris, 1978, pág. 212, nota 1. Ed. Cuyas).

Mantienen la *autonomía* del Derecho Penal, entre otros: PRADEL, J., *Droit Penal*, Tome 1, 1994 (9ª Ed.), Edit. Cuyas. Paris, págs. 86 y ss; MERLE, R., VITU, A., *Traité de Droit Criminel*, cit., I., Págs. 211 y ss.; LARGUIER, J., *Droit Pénal général*, 1997 (16ª Ed.), Dalloz, págs. 3 y ss.; ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 1951 (3ª Ed.), págs. 313 y 314 (la naturaleza meramente *sancionatoria* del Derecho Penal es el argumento fundamental que se invoca a favor de esta tesis). ...

El Derecho Penal –dice JESCHECK⁶²– es una parte del Derecho Público (“*ius publicum*”) que, de acuerdo con su definición clásica, atiende a la eficacia y a los fines del poder público ... Titular del poder punitivo es solamente el Estado como representante de la comunidad jurídica. El ejercicio del poder punitivo frente a los sometidos a este poder a través de órganos estatales encargados específicamente de la Administración de Justicia Penal (policía criminal, fiscalía, tribunales penales y funcionarios de la ejecución penal) se lleva a cabo según el principio de jerarquía o los medios que se emplean en Derecho Penal (penas, medidas, medios coactivos en el proceso penal y disciplinarios en los establecimientos penitenciarios) suponen el ejercicio de la coacción estatal. El fin del Derecho Penal es, en primer término, el mantenimiento de la paz y seguridad jurídicos a través de la protección de los valores fundamentales de la convivencia en la comunidad y, sólo en segundo término, la indemnización de la víctima.

El Derecho Penal es Derecho Público. El “*ius puniendi*” es la manifestación más significativa de la soberanía estatal, como la historia demuestra. Sólo el Estado puede ejercitar este poder indelegable. Precisamente el Estado se autoafirma como organización política soberana frente a los otros poderes sociales intermedios cuando les arrebató el “*ius puniendi*” que compartían y lo monopolizó⁶³. Desde entonces sólo el Estado define ciertas conductas como “delito” y asigna a las mismas determinadas consecuencias a través del único sector del ordenamiento jurídico legitimado para hacerlo, el Derecho Penal.

El Derecho Penal es Derecho Público, en segundo lugar, porque no regula relaciones entre particulares –sujeto activo y pasivo del delito– sino entre el autor del delito y el Estado, como representante de la comunidad social⁶⁴.

Es cierto que el Derecho Penal protege, al lado de intereses inequívocamente públicos (vg. la seguridad del Estado) y sociales (vg. la salud pública), bienes

... A favor de la naturaleza *privada* del Derecho penal se argumenta por otro sector de la doctrina francesa: que se orienta a la tutela de los principales derechos subjetivos del individuo (vída, patrimonio, libertad, honor, etc.); que algunos preceptos penales, incluso, nacen para proteger al individuo de la arbitrariedad del Estado y sus agentes; que la tutela de la víctima es otra de las prioridades del Derecho Criminal; que son los mismos magistrados los que integran las jurisdicciones civiles y penales (principio de la unidad de dos justicias, la civil y la penal, en Francia); por último, que el Derecho Criminal se sirve de una infinidad de conceptos del Derecho privado (Cfr., PRADEL, J., *Droit Pénal*, cit., I., pág. 87). Históricamente, por otra parte, las primeras leyes civiles –“*lato sensu*”– eran todas leyes penales, como recuerda GARRAUD (*Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*, I, nº 18).

No obstante, mantienen la naturaleza *pública* del Derecho Penal, entre otros (invocando los argumentos clásicos); GARRAUD, R., *Traité*, cit., I., pág. 61; ORTOLAN, *Elements de droit pénal*, I., nº 24; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité*, nº 2; STÉFANI ET LEVASSEUR, I., nº 31 (Cfr. MERLE, R., VITU, A., *Traité de Droit Criminel*, I., cit., pág. 212, nota 1).

⁶² JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, cit., pág. 11. Manteniendo, también, el carácter público del Derecho Penal: BAUMANN, J., *Allgemeiner Teil*, cit., pág. 25; MAURACH-ZIPF, *Allgemeiner Teil*, cit., pág. 23; SCHUTZ, *Einführung*, I, pág. 34.

⁶³ Como advierte LANDROVE DÍAZ, G. (*Introducción*, cit., pág. 26), solo puede atribuirse una “dimensión privada” al Derecho Penal, y con ciertas matizaciones, en momentos históricos remotos, cuando el castigo se llevaba a cabo mediante la “venganza privada” y en un sistema de “autotutela” administrado por las víctimas y sus allegados. El Derecho Penal estatal surgiría, precisamente, con la “neutralización de la víctima”, durante el siglo XVIII, al asumir el Estado la respuesta al delito de forma monopolística.

⁶⁴ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 25.

que pertenecen directamente a los individuos (vida, libertad, honor, patrimonio, etc.). Sin embargo, cuando el Derecho Penal tutela estos últimos, lo hace en interés de la colectividad, ya que no sería posible la convivencia social sin la salvaguarda de estos bienes fundamentales⁶⁵.

Por ello, como declara el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley”.

La naturaleza “pública”, por último, de la “pena” estatal, y la de los fines a los que ésta se preordena (defensa del orden social) avalan la tesis de la pertenencia del Derecho Penal al Derecho Público.

Precisamente como consecuencia de la naturaleza pública del Derecho Penal, la responsabilidad criminal queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, sometida directa y exclusivamente al imperio de la ley. A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil, la responsabilidad penal no puede ser objeto de pacto, de negociación. No cabe asegurarla, ni su transmisión *mortis causa* de la misma.

La responsabilidad criminal nace *ex lege* y los delitos se persiguen de oficio, excepto contadas excepciones de persecución a instancia de parte. La voluntad o concierto entre particulares no puede redefinir sus contornos, ni modificar sus presupuestos y consecuencias. Es la ley la que determina de antemano la pena “justa y merecida”, las posibles circunstancias modificativas, agravantes o atenuantes, etc.

La autonomía de la voluntad, por el contrario, despliega toda su eficacia en el ámbito de las relaciones privadas pudiendo el particular o las partes fijar las cláusulas y contenido de una relación determinando libremente las consecuencias del hipotético incumplimiento del negocio. La lógica de la “negociación”, como advierte CARNELUTTI, es radicalmente distinta en el Derecho Público y en el Privado.

Los delitos privados y semipúblicos siguen, con excepción, un régimen *sui generis* que se analiza a continuación, los sistemas foráneos de justicia negociada merecen un análisis más detenido a los sistemas de “justicia negociada” (“*Plea negotiation*”, “*Plea bargaining*”, etc.) se hará referencia a continuación.

Pero la naturaleza pública del Derecho Penal parece cuestionada en determinados supuestos que merecen un análisis más detenido⁶⁶:

⁶⁵ Vid., RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio*, cit., pág. 17. En igual sentido: MORILLAS CUEVAS, L., *Manual de Derecho Penal*, cit., I., págs. 27.

⁶⁶ En el sentido del texto: JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, cit., pág. 11. Los supuestos que a continuación se examinan cuestionan la pertenencia del Derecho Penal al Derecho Público, en el sentido que se indicará, porque tienen un claro sesgo privado. Pero ponen, también, en tela de juicio la plena vigencia de la *garantía jurisdiccional* o principio de *monopolio punitivo estatal*. Sobre este segundo aspecto, vid. Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, cit., págs. 154 y ss. (“principio de jurisdiccionalidad”), y págs. 162 y ss. (“principio del monopolio punitivo estatal”). Sintetizo mi punto de vista sobre el proceso de privatización del sistema penal en el Capítulo IX de esta obra, epígrafe 3.2.3.

2.2.1. Los delitos “privados” y los “semipúblicos”

La existencia en nuestro ordenamiento penal de infracciones cuya persecución requiere la previa interposición de una *querrela* criminal (delitos *privados*) o de una *denuncia* (delitos *semipúblicos*) por el perjudicado, su representante legal –o, en su caso, el Ministerio Fiscal– no constituye excepción alguna a la naturaleza pública del Derecho Penal.

Tampoco que en muchos de estos supuestos, el eventual *perdón* del ofendido adquiera la máxima relevancia penal exculpatoria. Ni que la realización del propio tipo penal –en otros– presuponga lógica y conceptualmente la ausencia de *consentimiento* por parte del sujeto pasivo, explicitada incluso por las respectivas figuras del delito.

El Derecho Penal es Derecho Público. Los delitos *privados* o *semipúblicos* ostentan un fundamento exclusivamente *político-criminal*⁶⁷ que no contradice el carácter público del Derecho Penal. Del mismo modo que la pretensión que puedan ejercitar quienes interpongan la *querrela* (en los delitos *privados*), o la *denuncia* (en los *semipúblicos*) –en los supuestos taxativamente previstos en el Código Penal– tiene naturaleza *adjetiva, procesal*, no material⁶⁸. Perjudicado, ofendido, agraviado, sujeto pasivo ... (o, “víctima”, si se prefiere la noción criminológica) no participan ni coadyuvan al ejercicio de la potestad (siempre *pública*) punitiva del Estado. Antes bien, es el propio Estado quien condiciona la persecución de ciertos delitos, excepcionalmente y por razones político-criminales, a la previa iniciativa procesal (*denuncia* o *querrela*) de aquellas personas, porque no parece indicada una respuesta *de oficio*, mecánica (en estas infracciones) prescindiendo del interés real y efectivo del titular del bien jurídico⁶⁹.

Conoce el Código Penal, en efecto, delitos (*privados*) cuya persecución requiere la previa interposición de una *querrela* por parte del ofendido, perjudicado o, en su caso, del representante legal como sucede a propósito de los delitos contra el honor como las injurias y calumnias entre particulares (*art. 215.1º* C.P.)

Existen otras infracciones penales cuya persecución también a instancia de parte exige como requisito de procedibilidad la previa presentación de una *denuncia* por las mismas personas antes citadas. Entre otros casos o supuestos: el delito de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (*art. 162.2º* del C.P.), delitos contra la libertad sexual (*art. 191.1º*), contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (*art. 201.1º*), delitos contra la propiedad intelectual, la propiedad industrial, el mercado y los consumidores (*art. 287.1º*), delitos societarios (*art. 296*), delito de abandono de familia, de menores e incapaces (*art. 228*), delitos contra el honor en la persona de funcionario público o autoridad (*art. 215.1º*), delito de daños imprudentes (*art. 267, segundo*); como infracciones del Libro III del Código Penal, tenemos faltas contra las personas de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves (*art. 620*), infrac-

⁶⁷ En este sentido, MORILLAS CUEVAS, L., *Manual de Derecho Penal*, cit., I., pág. 28.

⁶⁸ Así, RODRÍGUEZ-DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 38.

⁶⁹ A juicio, sin embargo, de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., todos estos delitos evidencian una “cesión parcial” del monopolio estatal del *ius puniendi*, así como el origen privatista del Derecho Penal (*Sobre el concepto del Derecho Penal*, cit., pág. 309).

ciones imprudentes leves con resultado de muerte o lesiones (*art. 621.6º*), alteración de lindes, términos o heredades como modalidad usurpatoria (*art. 624*), faltas perseguibles a instancia de persona agraviada o del Ministerio Fiscal de acuerdo con el principio de oportunidad y sin que la ausencia de denuncia impida la práctica de diligencias a prevención (*art. 639*)⁷⁰.

Excepcionalmente se permite por el Código Penal, desde la L.O. 6/1995, de 29 de mayo, la utilización de modo indistinto de *querrela o denuncia* para proceder en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, siendo muy concretas las personas legitimadas para la utilización de esta doble técnica procesal: Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate (*arts. 305.4, 308.4 C.P.*); Ministerio Fiscal o Letrado de la Seguridad Social (*art. 307.3 C.P.*).

Finalmente será necesaria la *denuncia* de la persona agraviada o de su representante legal en los supuestos comprendidos en el *art. 4.1º y 4º* de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona (Modificada por la L.O. 1/1992 de febrero, de Seguridad ciudadana).

La persecución *a instancia de parte* de determinadas infracciones penales (delitos privados y semipúblicos), el régimen del perdón del ofendido en las mismas o la eventual relevancia del consentimiento del sujeto pasivo, por tanto, dejan a salvo la naturaleza inequívocamente pública del Derecho Penal.

Lo mismo cabe afirmar de la participación del ofendido en el proceso penal, a tenor de la previsión del *artículo 109* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la contenida en la Disposición adicional tercera de la LO. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal; pues teniendo ésta un carácter meramente adjetivo, procesal, no afecta para nada al monopolio estatal de la pena pública.

La naturaleza pública del Derecho Penal es una exigencia conceptual, ya que el poder punitivo penal es la expresión genuina de la soberanía del Estado. La personalidad, pues, de su titular, las condiciones y régimen de ejercicio –excluyente y monopolístico– de dicha potestad y el paralelismo indiscutible de la misma y el proceso histórico de consolidación del Estado moderno como organización política suprema frente a los restantes poderes sociales intermedios, avalan el carácter público del Derecho Penal, que, por cierto, se aviene a la naturaleza, rol y función social de sus normas; a la particular trascendencia de sus instrumentos y consecuencias jurídicas; al rango y funcionalidad para el sistema de los intereses que tutela y a la

⁷⁰ Un análisis pormenorizado de la función que desempeña en cada tipo penal el *consentimiento* –o la ausencia de consentimiento– del sujeto pasivo corresponde a la Parte Especial. Es obvio, no obstante, que muchas figuras delictivas definen la materia de prohibición con una mención explícita a la ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico que constituye, así, el tipo básico (vg. *artículos 144 y 145, 162.1º, 181, 197, 270, 467*, todos del Código Penal vigente). En algunos tipos, no basta la ausencia o falta de consentimiento del sujeto pasivo: se requiere un actuar “contra la voluntad” de éste (vg. *artículos 203 y 202*). El consentimiento válidamente emitido llega a eximir de responsabilidad criminal sólo en concretas figuras delictivas (así, trasplantes de órganos, cirujía transexual y esterilizaciones, del *artículo 156*). En las más, atenúa aquélla (vg. *artículos 143, 155 primero, 236*, etc.). Si no se obtiene el consentimiento del sujeto pasivo de forma válida, sino viciada, carecerá, entonces, de relevancia penal (vg. *artículo 144. párrafo segundo*) u operará como mero mecanismo atenuatorio (*art. 181.3º*, todos ellos del Código Penal).

índole *sui generis* de su intervención en la comunidad. Que, por razones político-criminales –y excepcionalmente– el propio legislador penal autocondicione la persecución de ciertas infracciones a determinadas iniciativas procesales previas del perjudicado, ofendido, agraviado (sujeto pasivo o su representante legal) porque no estima oportuna la persecución *de oficio*, es un problema diferente. Se trata de opciones político– criminales.

Dicha opción político–criminal tiene según los casos, una diferente justificación. Así, puede suceder, que la naturaleza *personalísima* del bien jurídico lesionado (por ejemplo, el honor) sugiera en principio se condicione la puesta en marcha de la investigación procesal al hecho de que el titular del bien jurídico manifieste, al menos, su interés por la misma, o la exija, pues evidentemente no tiene sentido una tutela penal *de oficio* sin o contra la voluntad del sujeto pasivo (en estas infracciones). En otros casos, y respecto a bienes jurídicos muy sensibles (vg. la libertad sexual) se comprende que el Estado articule una protección penal *a instancia de parte* poniendo en manos del ofendido la posibilidad de renunciar a la misma sin necesidad de justificar su legítima decisión (por ejemplo, si éste opta por evitar un procedimiento público, con los males y efectos colaterales que éste implica). En el delito de *daños* culposo, es lógica, también, la exigencia de previa denuncia del perjudicado, puesto que desde una perspectiva político–criminal podría haberse optado por la despenalización de tales ilícitos al ser muy difusa la frontera entre el injusto criminal y el civil. Cabe, incluso –como sucede con los delitos *societarios* (art. 296.1^º) que el legislador penal configure, en principio, estas figuras como delitos *semipúblicos* sin otro motivo y razón –cuestionable, por cierto– que restringir la intervención penal en el ámbito socioeconómico con técnicas procesales. En todo caso, existe un dato adicional que justifica la exigencia de una iniciativa de parte previa a la persecución de estos delitos: que sin la colaboración efectiva del perjudicado (cuyo interés real de algún modo anticipa la denuncia o la querrela), la investigación procesal resultaría inútil, abocada por fuerza a una absolución final por falta de pruebas.

2.2.2. *Mediación y conciliación*⁷¹

Mediación y conciliación, fórmulas flexibles de solución de ciertos conflictos de gravedad intermedia, tampoco contradicen la naturaleza pública del Derecho Penal siempre que operen en el seno del sistema, con mayor o menor autonomía, y

⁷¹ En cuanto a la “mediación” y la “conciliación” como sistemas flexibles de enjuiciamiento y solución de ciertos conflictos, vid., en la doctrina española: VARONA MARTÍNEZ, G.: *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada, 1998 (Editorial Comares); PÉREZ SANZBERRO, G.: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada, 1999 (Editorial Comares); SAN MARTÍN LARRINOVA, M^ª. B.: *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos*. 1997 (Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del País Vasco); *La mediación penal* (por: RÖSSNER, GIMÉNEZ SALINAS, LÓPEZ BARJA, BERISTÁIN y otros), 1999, Departamento de Justicia, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3^ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4. (“El modelo integrado: conciliación-reparación”); ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar*, en: Revista Penal, La Ley, 11, Enero, 2003, págs. 118 y ss. También BERMEZ BENEITEZ, M^ª.J., ...

no como alternativa a éste abordando el problema criminal a modo de conflicto *interno y doméstico*. En tales ámbitos, *conciliación y mediación* parecen fórmulas idóneas y eficaces, porque el enjuiciamiento convencional y la propia pena producen efectos nocivos irreparables elevando a cotas preocupantes el coste social de la intervención penal clásica.

En efecto, *conciliación y mediación* no parecen mecanismos idóneos para abordar ni conflictos de particular gravedad, ni disputas de mínima importancia. Los delitos *graves* no pueden sustanciarse a través de estos procedimientos desformalizados por razones elementales de prevención general. Pero reservar la conciliación y la *mediación* a infracciones de *nimia relevancia* tampoco se justifica, porque persiguiendo los mismos ambiciosos objetivos pedagógicos (cambios actitudinales cualitativos a través de un fecundo proceso de interacción infractor/víctima) –lo que implica un derroche de medios y una intervención lenta, costosa y laboriosa– sería desproporcionado el esfuerzo con relación precisamente a infracciones leves, bastando entonces con el recurso a la multa o a la mera amonestación del infractor.

Con moderación y realismo contempla el *artículo 19* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y modificada por la LO. 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo, la conciliación y mediación.

“Artículo 19.– Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente solo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realiza-

... *La conciliación y la reparación en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un recurso alternativo o complementario a la Justicia de menores*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 2ª Época (Julio 2001), 8, págs. 264 y ss.

En particular, sobre la mediación, vid.: *La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo* (por: GIMÉNEZ SALINAS, E., y otros). *La mediación penal*. Colección Justicia i Societat, nº 19., Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1999; GIMÉNEZ SALINAS, E., *La mediación penal: una música de futur*, Forum nº 3, Revista del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2003; de la misma: *La mediación en el sistema de Justicia Juvenil: una visión desde el Derecho Comparado*. En: Menores privados de libertad. Cuadernos de Derecho Judicial, nº XV, Madrid, 1996 (Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial); de la misma: *La mediación penal en dret comparat*. En: Revista Papers d'estudis i jormació, nº 5, II época, Barcelona, Junio, 1996.

ción efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

3. El correspondiente Equipo técnico realizará las *funciones de mediación* entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

La *conciliación* opera, pues, también en un segundo momento procesal, a tenor del *artículo 51.3º* de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. Si en el primero (*art. 19*) autorizaba al Fiscal para desistir de la continuación del expediente ya iniciado, proponiendo el sobreseimiento y su archivo; en el segundo (*art. 51.3º*), el Juez –en el momento en que se produzca el acuerdo conciliatorio– ha de dejar sin efecto la medida impuesta (incluso si se ha cumplido parcialmente). Tiene, pues, en la L.O.R.R.P.M. una singular doble naturaleza jurídica.

Dice así el *artículo 51.3º* de la L.O.R.R.P.M.: “La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el *artículo 19* de la presente ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del Letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la Entidad Pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplida expresen suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”. A tenor del apartado 3º del *artículo 51*, “el juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente ley”.

Aunque la *mediación* penal solo se contemple legalmente en España en la legislación de menores, tanto el Consejo de Europa (recomendaciones de 28 de junio de 1985 y de 21 de septiembre de 1987) como Naciones Unidas (Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985) habían sugerido el empleo de mecanismos informales de solución de conflictos. El *art. 17* de la Decisión Marco del Consejo Europeo, de 15 de marzo del 2001, da de plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para que la legislación interna de los países miembros asuman la mediación como fórmula de solución de conflictos en el mundo de los adultos⁷².

⁷² Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal*, cit., pág. 119.

Pero *mediación* y *conciliación* dan lugar a una rica gama de modelos y submodelos en el Derecho Comparado.

Mediación y *conciliación* responden a un nuevo “modelo” o “estilo” de respuesta al comportamiento delictivo⁷³: modelo muy ambicioso por sus objetivos (pretende satisfacer las legítimas expectativas de todos los implicados en el conflicto criminal: infractor, víctima, comunidad y Estado), pero flexible en sus técnicas y procedimientos (sus teóricos más radicales sugieren fórmulas *desoficializadas*, *desformalizadas*, *desinstitucionalizadas*, *desjudicializadas*, *comunitarias*, con una terminología ambigua e imprecisa). Se trata, en último término, de una solución no punitiva al delito, pactada, negociada, en la que la justicia *restaurativa* sustituye a la tradicional justicia *retributiva*⁷⁴.

Mediación y *conciliación* tienen corta *historia* pero largo pasado. No se trata de artificios novedosos de la más avanzada ingeniería jurídica, sino de *estilos* y *procedimientos* de solución de conflictos, de estructura bilateral o trilateral, orientados a la negociación, el compromiso, que siempre conoció la humanidad. De hecho, puede admitirse que el número de pretensiones encomendadas al sistema legal (justicia criminal) significa, en términos cuantitativos, un porcentaje insignificante del total de conflictos que resuelven otros mecanismos alternativos o complementarios de aquél⁷⁵.

Pero son muchas y muy dispares las orientaciones político-criminales contemporáneas que, por razones también distintas, se muestran partidarias de estas técnicas de solución de conflictos: las tesis abolicionistas, los programas de origen anglosajón de alternativas al enjuiciamiento convencional (*diversion*, *restitution*, *etc.*), el movimiento victimológico, las concepciones *comunitarias* (de la denominada *justicia restaurativa*), las corrientes radicales que propugnan la reprivatización de los conflictos, *etc.*⁷⁶. Para algunos autores, estaríamos en presencia de una novedad político-cultural propia de nuestro tiempo, caracterizada por la irrupción de modelos “anti-idealistas” que incorporan a la justicia penal la lógica de la negociación⁷⁷. Así, frente a la concepción clásica de la pena –de la pena “justa” y “merecida”– hoy, cada vez de forma más acusada, se incorporan a la actual administración de la justicia valores económicos y de utilitarismo procesal: ante todo, la racionalidad del pacto y la negociación, de suerte que la propia función del juez –y del proceso– experimentan un giro muy significativo, como la de la pena misma. La función del juez se convierte hoy en dialógica, aproximándose a la que desem-

⁷³ Sobre las ambigüedades, antagonismos, contradicciones e incógnitas que depara este “modelo integrador” de reacción al delito, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.1'. Sus poco homogéneos orígenes, fundamentos ideológicos y político-criminales e instrumentación no permite hablar de un único modelo.

⁷⁴ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal*, cit., pág. 118.

⁷⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.1'.

⁷⁶ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., págs. 992 y ss.

⁷⁷ Así, DONINI, M., *Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del Siglo XXI*, en: *La Política Criminal en Europa*. Barcelona (2004), Atelier (dirs. MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M.), págs. 48 y ss.

peñaban los sistemas de contratación privada. Incluso el proceso tiende a asumir la función de una composición de conflictos, muy característica de los sistemas contradictorios del *common law*. La pena, en estos casos, parece perder su esencia aflictiva, contemplándose como producto de un diálogo o resultado de una actividad discursiva⁷⁸.

Se ha dicho, también⁷⁹, que la *mediación* tiene todo un valor emblemático: que representa “el deseo por la armonía social en un mundo surcado por el conflicto, como símbolo de los ideales de comunicación, solidaridad y reconciliación”. Y que en el sistema de la *mediación* confluyen una rica y heterogénea gama de pensamientos, concepciones y experiencias: el *naturalismo* y la praxis antropológica que indagaba las técnicas de solución de conflictos de culturas primitivas e incluso de determinadas zonas rurales del desarrollado mundo occidental; la mala imagen de la Justicia clásica, lenta, burocratizada, ineficaz, que simboliza la retribución, el castigo inútil; la *inteligencia racional*, frente a un nuevo arquetipo de justicia *restaurativa*, que apela a la *inteligencia emocional*, a la empatía y a la solución de los conflictos; el *realismo* de la mediación, que ideológicamente representa un pacto o síntesis social entre posiciones sistémicas y posiciones abolicionistas; o, si se prefiere, la fusión de dos discursos: el crítico del abolicionismo contra la justicia formal y el estabilizador del sistema frente a los activistas de la contestación social; y, por último, la fecunda idea de la *prevención general positiva*, que clama por la integración del infractor, por la reconstrucción social y la estabilización de la conciencia general en aquel, sustituyendo las “ceremonias de la degradación” que utiliza el proceso penal clásico por las *ceremonias de la integración* de la Justicia restaurativa⁸⁰.

Sus teóricos parten de la concepción del crimen como conflicto interpersonal cuya solución efectiva, pacificadora, debe encontrarse por los propios implicados en el mismo, “desde dentro”, a través de un fluido proceso de comunicación, interacción y negociación, en lugar de su imposición por el sistema legal con criterios formalistas, coactivos y elevado coste social⁸¹.

Los sistemas de mediación-conciliación rescatan la *dimensión real, histórica, interpersonal y comunitaria del delito*. Proponen, en consecuencia, una “gestión” *participativa* de este doloroso “problema social”, ampliando el círculo tradicional de operadores legitimados para intervenir en la misma. Y ello, mediante técnicas y procedimientos operativos, *informales (desinstitucionalizados)* en aras de una justicia que pretende *resolver* el conflicto, dar satisfacción a la víctima y a la comunidad, pacificar las relaciones sociales interpersonales y generales dañadas por el delito y mejorar el clima social: sin vencedores ni vencidos, sin humillar ni someter al infractor a las “iras de la ley”, ni apelar a la “fuerza victoriosa del Derecho”. Una justicia, pues, “restaurativa”, de base comunitaria, que se propone intervenir en el

⁷⁸ Vid. DONINI, M., *Escenarios del Derecho Penal*, cit., pág. 49.

⁷⁹ Así, MACKAY, R., *Ethics and good practice in restorative justice*, págs. 55 y 56, cit., por ROLDAN BARBERO, H., *La mediación*, cit., pág. 128.

⁸⁰ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal*, cit., págs. 128 y 131.

⁸¹ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.2'.

problema criminal constructiva y solidariamente, para resolverlo: sin metas represivas; no desde el *imperium* del sistema, sino *confiando en la capacidad de los implicados en aquél para encontrar fórmulas de compromiso*, de negociación, de pacto, de conciliación, de pacificación; y en la poderosa influencia positiva de los grupos e instituciones primarias: en la educación, la comunicación, la reconstrucción de los vínculos informales del individuo como garantía del acatamiento sincero de las normas comunitarias por éste, y de la prevención del delito⁸².

Los sistemas de *mediación-conciliación* son más exigentes con el *infractor*⁸³ del que reclaman un sincero cambio de actitudes a través del proceso de comunicación e interacción del mismo con su víctima. No basta, pues, con el cumplimiento del castigo, ni con la reparación del daño causado: se pretende un cambio cualitativo en el infractor que le responsabilice e implique activamente en la solución del conflicto que el mismo ocasionó.

El modelo *integrador* responde mejor que el convencional a las necesidades de la *víctima*, devolviéndola un rol activo y dinámico. Este, por el contrario, la cosifica e instrumentaliza, al convertirla en mero objeto pasivo y fungible del proceso. Conciliación y mediación evitan, pues, la perniciosa *victimización secundaria*, e impulsan la efectiva reparación del daño y la justa satisfacción a la víctima (no necesariamente en forma pecuniaria), mejorando las actitudes de esta última respecto a su infractor y al sistema legal⁸⁴.

Las diversas fórmulas de *mediación-conciliación* mejoran, además, la *imagen de la Justicia criminal*, al percibir el ciudadano la faz humana de ésta y su capacidad para resolver el doloroso problema social y comunitario del crimen con criterios de equidad⁸⁵.

Por ello, sería incorrecto confundir este nuevo modelo –o estilo– de reacción al crimen con la reparación civil del daño, con el resarcimiento económico. O con manifestaciones rituales de la vieja *composición*, del arreglo privado, a través de fórmulas crematísticas más o menos encubiertas.

Mediación y conciliación ofrecen un balance positivo cuando, sin pretensiones utópicas de universalidad, circunscriben su objeto a concretos conflictos (vg. de jóvenes y menores, infracciones menos graves, etc.) referidos al infractor primario. Pero corren el riesgo de convertirse en perversas y nocivas expresiones de un tratamiento *privatizador* inadmisibles del conflicto criminal cuando aspiran a operar como alternativa global del sistema –de la respuesta pública e institucional al delito– o extramuros de éste, eludiendo el control jurisdiccional y las garantías del ciudadano que las instancias del control social han de hacer valer.

El sistema clásico de la Justicia criminal se halla, desde luego, en crisis. Porque absuelve o condena, pero no resuelve. Porque impone sus decisiones con

⁸² Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.2'..

⁸³ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.2'.a)..

⁸⁴ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.2'.b)..

⁸⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.2'.c)..

imperium, pero sin *auctoritas*. Porque se preocupa exclusivamente del castigo del culpable –de la pretensión punitiva del Estado, que sólo es uno de los sujetos implicados en el problema criminal– pero se desentiende de las legítimas expectativas de los restantes: de la víctima, de la comunidad, del propio infractor. La efectiva reparación del daño causado por el delito, la reinserción social del delincuente y la pacificación de las relaciones interpersonales y sociales heridas por el crimen no se consideran seriamente por aquél, que actúa guiado más por criterios de eficiencia administrativa que de justicia y equidad⁸⁶.

Ahora bien, *la privatización del sistema penal* –que no su mera desformalización– no soluciona nada. Como tampoco, lemas utópicos y demagógicos, con pretensiones de universalidad que propugnan una “justicia lega” y “aldeana”⁸⁷ y “la devolución” del conflicto a los “propietarios” del mismo con el pretexto de que éstos lo resuelvan *negociadamente* –privadamente– sin la intervención estigmatizadora de las agencias oficiales del sistema (“ladrones del conflicto”)⁸⁸. Todo lo contrario: urge delimitar rigurosamente bajo qué presupuestos y en qué grupos de casos cabe sustituir la actuación de la maquinaria pesada del Estado –la Justicia criminal y sus fórmulas convencionales de enjuiciamiento– por otras más flexibles de *conciliación* y *mediación*. Y cómo articular éstas (en todo caso, bajo el control de los órganos jurisdiccionales) a fin de que la propia dinámica negociadora de signo privatizador no perjudique las garantías irrenunciables del ciudadano y la propia credibilidad de la respuesta al delito.

En todo caso, no puede ignorarse el recelo –justo recelo– que suscitan los sistemas de reacción al delito de corte y raigambre privatistas, pues no en vano el tránsito de la arcaica justicia penal (que era justicia privada) al modelo actual de justicia pública (y, por tanto: a la solución institucional y formalizada de los conflictos) supuso un progreso histórico incuestionable, al hacerse posible desde entonces el control racional de aquellos, la aplicación igualitaria de los criterios de solución de los mismos y la efectividad de ciertas garantías elementales del ciudadano. Además, la experiencia histórica puso pronto de manifiesto lo que inevitablemente sucede cuando el problema criminal se contempla y aborda como cuestión *doméstica, privada*: que la respuesta al mismo se torna vehemen-

⁸⁶ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.2'.d).

⁸⁷ Así, CHRISTIE, N., *Limits to Pain*, 1981, Oxford. M. Robertson, págs. 97 y ss.

⁸⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.1' (El movimiento abolicionista). Me refiero al pensamiento abolicionista, partidario de la “radical non intervention”, en el que confluyen corrientes doctrinales muy dispares: el “nuevo realismo radical” (MATTEWS, YOUNG, JONES, MACLEAN, PLATT, HOGG, etc.), de finales de los setenta, que sugiere una intervención *comunitaria*, enfatizando el rol de la víctima del delito; orientaciones criminológicas de la década de los noventa, que se autodenominan “*republicanas*” (HUG FORD, PETTIT, DUFF, BRAITHWAITE, etc.), que proponen sustituir la intervención del sistema legal por otros controles informales y comunitarios (“a través de ceremonias ciudadanas de reprobación y vergüenza reintegrativa” mejores que la criminalización, que sólo genera subculturas y marginación); el abolicionismo *fenomenológico* (HULSMAN, DE HANN, etc.); el abolicionismo *estructuralista* (SCHEERER, ZAFFARONI, etc.), etc. El pensamiento abolicionista europeo progugna fórmulas participativas y democráticas que eviten la burocratización y profesionalización del sistema legal. De sus principales representantes (BERNAT DE CELIS, KNOPO, VAN SWAANINGEN, MATHIESEN, etc.) destacan tres autores radicales: BIANCHI, HULSMAN y CHRISTIE.

te, desproporcionada, irracional, incluso; que no funcionan los mecanismos internos ni externos de control y se frustran los más elementales derechos y garantías del individuo. Por otra parte, en una sociedad plural, conflictiva y desigual como la de nuestro tiempo, no cabe ya dejar en manos de los particulares implicados la reacción al delito, porque no se puede esperar una respuesta justa a éste si una instancia pública no reestablece previamente la igualdad real entre las partes enfrentadas. Dicho de otro modo: digan lo que digan los teóricos del pacto y la conciliación —o de la “*plea negotiation*”— no negocia ni pacta, de hecho, quien quiere, sino quien puede. Y si no existe tal equilibrio real, es probable que al socaire de una libertad o autonomía procesal (negociadora), más nominal que efectiva, surjan nuevas formas de imposición, de dominación⁸⁹.

En último término, como subrayaba gráficamente CARNELUTTI contraponiendo la muy distinta virtualidad de la “lógica de la negociación” en el Derecho Civil y en el Derecho Penal: “En lo penal, con la ley no se juega. En lo civil, las partes tienen las manos libres; en lo penal deben tenerlas atadas. Aquí no hay lugar más que para la ley, es decir, para el Derecho ya encontrado; no hay la posibilidad, en cuanto al caso singular, de encontrar otro”⁹⁰.

Contra la *mediación* se han formulado otras objeciones: fundamentalmente, el riesgo de indiferencia de los distintos sectores de opinión hacia este modelo de justicia; el riesgo, también, de burocratización; el peligro de que implique una coacción indirecta a la negociación, una nueva justicia de clase y un diferente tratamiento o respuesta a delitos objetivamente semejantes⁹¹. Y, en último término, a los mecanismos privados y desformalizados de solución de conflictos se les objeta no solo el déficit garantista que exhiben, sino la peligrosa merma de eficacia preventiva. Pues ésta, en buena medida, se basa en la capacidad simbólica

⁸⁹ Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIV, 4.6°. La flexibilización de los principios jurídicos del sistema general de la justicia penal, dice ALBRECHT, P.A., intenta armonizar el desfase entre la demanda de control simbólico por parte del Derecho Penal y la capacidad de control instrumental del sistema judicial penal (*Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts*, en: Krit V, 2., 1993, págs. 179 y ss.). Ahora bien, un sector de la doctrina penal rechaza abiertamente la actual privatización del poder punitivo del Estado (así, NAUCKE, W., *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, en: Krit V, 2, 1993, págs. 135 y ss.), que hoy se manifiesta a través de la “flexibilización instrumental del Derecho Penal (en este sentido: ALBRECHT, P.A., *El Derecho Penal en la intervención de la política populista, la insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. 2000, Estudios de Derecho Penal dirigidos por C.M. ROMEO CASABONA Edit. Comares, págs. 471 y ss.). NAUCKE, W., se ha opuesto frontalmente a esa “justicia oscura” ajena al Derecho Penal que disuelve el monopolio punitivo del Estado en un Derecho Penal privado y semiestatal anterior al genuino Derecho Penal; un producto incongruente y sin perfiles ... Situación, la actual —dice— tétrica, que no deja de serlo por el hecho de que a su ejercicio privado del poder se le denomine “solución jurídica comunicativa” (*Schwerpunktverlagerungen*, cit., pág. 142). Como advierte GARCÍA ARÁN, M., Las tendencias privatizadoras no contribuyen a la deseable intervención mínima del Derecho Penal, sino todo lo contrario: a intensificar dicha intervención, estableciendo un ámbito de función de “baja intensidad” en detrimento de la seguridad jurídica y de la alta formalización exigible de Derecho Penal (Despenalización y privatización: ¿tendencias contrarias?, en: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pág. 200).

⁹⁰ CARNELUTTI, F., *La equidad en el juicio penal* (para la reforma de la corte de asises), en: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires (1960), Edit. Librería el Foro (traducción: Sentis Melendo), págs. 292 y ss. Cfr. LIMA LOPES Jr., A. C., op. cit., pág. 88.

⁹¹ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal*, cit., pág. 135.

y comunicativa del sistema que, en la percepción social, la comunidad asocia a lo público⁹².

La *conciliación*, por tanto, en el ordenamiento español no es una fórmula de solución de conflictos alternativa al enjuiciamiento convencional, sino un mecanismo *sui generis* que contempla la L.O.R.R.P.M., reservada para las infracciones *menos graves* o *constitutivas de falta* cometidas por *jóvenes* y *menores* y que discurre en el estricto ámbito jurisdiccional, no extramuros del sistema. No obstante, su regulación es muy parca, insuficiente. No está claro, por ejemplo, algo tan esencial como si en la hipótesis del artículo 51.2º de la L.O.R.R.P.M. deben respetarse, también, los requisitos objetivos que establece el artículo 19.1º y 2º. Tampoco si es necesario que el infractor exprese su arrepentimiento (entendido éste en un sentido pedagógico, no moralizador), porque el articulado no materializa la referencia explícita al mismo que hace la Exposición de Motivos de la L.O.R.R.P.M. Más aún, el espíritu flexible y desformalizador de la L.O.R.R.P.M. y las reiteradas invocaciones al principio de *oportunidad* e *intervención mínima* que hace la misma, en su Exposición de Motivos, vinculadas a la conciliación, difuminan la genuina *ratio legis* de esta institución y su poderosa carga educativa. Parece imprescindible una regulación más precisa de la misma y que se potencie el control jurisdiccional de su praxis cotidiana. En otro caso, existe el riesgo de que la indefinición (deliberada) del legislador; la conocida sobrecarga, asfixiante, de trabajo de esta jurisdicción, deficitaria en medios y recursos –y de la que se espera un rendimiento (estadístico) óptimo; y corruptelas de la praxis difíciles de evitar, alimenten peligrosamente la “*vis expansiva*” de esta institución hasta desvirtuarla, con el peligro adicional de que su fracaso arrastre consigo el descrédito del propio sistema.⁹³

2.2.3. *Justicia negociada y principio de “oportunidad”. Particular referencia a la “conformidad”*

Sin embargo, y aunque pudiera parecer paradójico, son precisamente ciertos modelos de “*justicia negociada*” (“*plea negotiation*”, “*plea bargaining*”, etc.), intrasistémicos (esto es, que operan en el seno del proceso penal, no a extramuros del mismo, ni como sucedáneo o alternativa al enjuiciamiento convencional) –modelos, por cierto, foráneos pero de una arrolladora e indiscriminada fuerza expansiva– los que, de hecho, ponen en tela de juicio la naturaleza *pública* del *ius puniendi*, minando los pilares del sistema *acusatorio* (principio de contradicción, de publicidad, de igualdad de armas, de legalidad y seguridad jurídica, etc.) y las garantías fundamentales del ciudadano que el proceso penal pretende hacer valer⁹⁴.

⁹² Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal*, cit., pág. 59.

⁹³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Reflexiones criminológicas y político criminales al modelo de responsabilidad (penal) de la L.O. 5/2000, de 12 de Enero. En: los menores ante el Derecho. Responsabilidad, capacidad y autonomía. Un estudio de Derecho Comparado. Madrid (2005). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Pág. 157.

⁹⁴ Sobre los países tradicionalmente fieles al sistema *continental* que experimentan una clara influencia del modelo angloamericano (“*plea bargaining system*”), vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid (Edit. Comares), 1996, págs. 2 y 3; FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., ...

El principio de *oportunidad* (reglada) se proclama en el *artículo 18* de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, modificada por la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en los siguientes términos:

“*Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.* El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la Entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el *artículo 3* de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. «El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el *artículo 3* de la presente Ley».

El principio de *oportunidad* –por oposición al de *legalidad*– es un principio foráneo, de origen angloamericano, y éxito arrollador por su efectividad. Responde a modelos de justicia *negociada* en los que destacan las facultades desorbitadas del Ministerio Fiscal. La Exposición de Motivos de la citada L.O.R.R.P.M. vincula este principio al de “*intervención mínima*” y a la deseable *desformalización* del proceso a menores infractores. Pero lo primero no es correcto. El principio de intervención mínima (del Derecho Penal) opera, fundamentalmente, en el momento o instancia legislativa para reclamar la despenalización de conductas incriminadas o la no criminalización de comportamientos que pudieran llegar a tipificarse. El principio de *oportunidad*, por el contrario, actúa en el posterior momento jurisdiccional: no afecta a la intensidad de la política criminalizadora, sino a la persecución de las conductas penalizadas. Opera, pues, *uti singuli*, sin virtualidad generalizadora y en el marco del proceso: *ex post*.

La praxis del *artículo 18* de la L.O.R.R.P.M. ha evidenciado un descenso significativo del número de expedientes tramitados desde 1992, lo que no debiera ser

... *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, en: La Ley, año XXIII, nº 5579, 3 de julio de 2002. Vid., también: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y la L.O. 8/2002, de 24 de octubre*. Madrid, Thomson. Civitas, 2003, págs. 35 y ss. Se citan, entre otros, REINO UNIDO (*Criminal Justice and Public Order*, de 1994); ALEMANIA (especialmente, la *Grosse Strafverfahrensreform* de 29 de noviembre de 1974); PORTUGAL (L. 48/86, de 26 de septiembre y el D.L. 78/87, del 28 de febrero); ITALIA (nuevo *Codice di Procedura Penale*, aprobado por Decreto de la Presidencia de 22 de septiembre de 1988, número 447 y Ley de 26 de junio de 1990; y ESPAÑA (*artículos 655 y ss.* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el proceso ordinario; *artículo 50* de la Ley Orgánica del Jurado; y, a propósito del *enjuiciamiento rápido de determinados delitos artículos 784, 787 y 801* (procedimiento abreviado) y *800.2º* (para el especial procedimiento rápido de determinados delitos); y *artículos 18, 32 y 36*, de la L.O.R.R.P.M. (Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor).

En la doctrina alemana, vid. SCHÜNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, en: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid (Tecnos), 2002, págs. 288 y ss.

un motivo de euforia sino de preocupación por el uso desmedido y sin control de las facultades (regladas) que otorga la ley al Ministerio Público. La tendencia en los países angloamericanos apunta hacia una potenciación efectiva de los controles internos y externos del principio de oportunidad, de lo que debiera tomar buena nota el legislador español. Porque sacrificar principios rectores del proceso y garantías del administrado al rendimiento estadístico del sistema no es una política recomendable. Y transmite, además, una muy negativa imagen de la justicia criminal: privada, oportunista, nada igualitaria, negocial, que daña en la percepción social al propio sistema.

2.2.3.1. El “*plea bargaining system*”

Consiste, en definitiva, en la negociación practicada entre acusación y defensa cuyo objeto lo integran recíprocas concesiones y, donde, en cualquier caso, el acuerdo contemplará la declaración de culpabilidad del acusado⁹⁵. Pero el elemento esencial que define al *plea bargaining* –su razón de ser– poco tiene que ver con la justicia o el interés público, sino con la reciprocidad de ventajas para los intervinientes, esto es, para los intereses particulares de los sujetos procesales: la acusación y la defensa⁹⁶. Precisamente dicho predominio de los *intereses particulares* y la *estructura contractual, negocial*, del *plea bargaining system* ha sugerido a la doctrina y jurisprudencia de los EEUU la conveniencia de aplicar al mismo el régimen de los *contratos comerciales*⁹⁷. El “interés público” (que el acusado reciba una condena acorde con los méritos de su conducta) se supedita inequívocamente a los intereses de la acusación y la defensa en un sistema como el *plea bargaining* que enarbola el lema: “*expediency, non principle, underlies plea bargaining*”⁹⁸. Así, la *privatización del ius puniendi del Estado* se convierte en el cauce para conseguir la “eficiencia” administrativa deseada⁹⁹ en el *plea bargaining system*.

El *plea bargaining system* tiene, sin duda –o se le atribuyen– numerosas ventajas, para el acusado, para el Ministerio Fiscal, para los abogados, la Policía, para la

⁹⁵ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, *El Ministerio Público y la Justicia negociada*, cit., pág. 68. Como recuerda el autor (op. cit., pág. 67), tradicionalmente se entendía esta fórmula (*plea bargaining*) en una acepción más restringida: “acuerdo suscrito entre acusación y defensa por el que el inculpado se compromete a declararse culpable a cambio de ciertas concesiones del representante del Estado”. Sobre la necesidad de distinguir, a su vez, entre “guilty plea” y “confesion” y –de otra parte– entre el alegato de “inocencia” (en el “*arraignment*”) y la declaración de “*nolo contendere*”, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., op. cit., págs. 62 y ss. y 65 y ss.

⁹⁶ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 68 y nota 345. Críticamente, refiriéndose a la “excesiva influencia de los intereses particulares de los sujetos procesales en la decisión final de los casos ...”, ALSCHULER, cit. por CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (op. cit., pág. 256, nota 4).

⁹⁷ Sobre el problema, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 68 y 69.

⁹⁸ La expresión es un famoso caso: *People v. Byrd*, en: 16 N.W. ad 777 (1968). Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 257, notas 7 y 8.

⁹⁹ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 257.

propia Administración de Justicia, colapsada de trabajo y mal valorada por la opinión pública como consecuencia de su bajo rendimiento. El problema reside, sin embargo, en la dificultad de trasplantar al modelo “continental” –que se rige por el principio de “legalidad” y cuenta con un sistema de “fuentes” muy distinto del anglosajón y, por cierto, sin la imprescindible *cultura negocial*– una institución foránea, muy práctica y efectiva, desde luego, pero de estructura *contractual*, que antepone los intereses particulares al interés público, privatizando el *ius puniendi* del Estado en aras de la *oportunidad* y la *utilidad*. Y todo ello, con riesgo de sacrificio de los derechos constitucionales del acusado, del principio de igualdad, y de la propia credibilidad del sistema legal, frustrando la propia racionalidad del castigo¹⁰⁰.

El Tribunal Supremo de los EEUU, en el famoso caso BLACKLEDGE V. ALISON¹⁰¹ sintetizó las ventajas del “*plea bargaining system*” para la justicia criminal, afirmando que si se administra correctamente debe beneficiar a todos los implicados.

Siguiendo las directrices de este fallo, la doctrina suele entender que *el acusado* es el primer beneficiario del *plea bargaining system* porque limita el tiempo máximo de prisión previo a la celebración del juicio; y, sobre todo, porque este sistema elimina la ansiedad e incertidumbre inherentes al juicio –y la publicidad propia de éste, con todo lo que ella socialmente implica– facilitando una pronta resolución del caso¹⁰². Por otra parte, un acuerdo sobre los cargos permite de antemano al acusado limitar la gravedad del delito que se le imputa y, concretamente, reducir la pena que se le hubiera podido imponer una vez celebrado el juicio¹⁰³, ventaja que, a menudo, motiva más al acusado que todas las anteriores¹⁰⁴.

Para los *Abogados defensores*, la decisión rápida y sencilla de los asuntos penales, reduce los gastos y riesgos del enjuiciamiento convencional, optimizando el tiempo y esfuerzo de la intervención profesional de los mismos¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 255 y ss. No en vano, como recuerda el autor, el *plea bargaining system* cuenta con detractores en los EEUU y, de hecho, se ha suprimido en algunos Estados como Alaska, San Diego; y en ciertos condados (El Paso, Merrimack, Marikopa y Multromah). Cfr., op. cit., pág. 96, nota 489.

¹⁰¹ 431 U.S. 63 (1977). Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 87 y nota 443.

¹⁰² Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 88 y nota 445.

¹⁰³ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 88 y nota 445.

¹⁰⁴ Sin embargo, tal ventaja puede ser más aparente que real si el Ministerio Fiscal ha sobredimensionado los cargos para forzar una declaración de culpabilidad del imputado (práctica conocida con el término “*bluffing*”) o si en la entrevista con éste le hace una oferta teóricamente muy atractiva (vg. condena por delito menos grave que el descrito en el escrito de acusación) que, como mera finta negociadora, encubre la debilidad o insuficiencia de la prueba de cargo existente contra el imputado. Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 89.

¹⁰⁵ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 89.

El *Ministerio Público* también se vería beneficiado por el *plea bargaining system*, permitiéndole éste sortear dos de los obstáculos que se interponen en su labor para la resolución final de los casos: la acumulación de asuntos y el riesgo de la absolución. El “*plea bargaining system*” mejoraría las *estadísticas* de la Fiscalía ya que la *autoinculpación* del imputado sin necesidad de celebración del juicio le hará posible obtener una condena en aquellos asuntos –la mayoría– en los que pudiendo conseguirla en juicio, sin embargo, ello le supondría un coste excesivo dada la limitación de medios a su alcance. Al mismo tiempo, la negociación (incluso de *guante blanco*) permitirá al Fiscal ganar algunos casos que probablemente hubiera perdido de haberse celebrado el juicio¹⁰⁶ por la insuficiencia o fragilidad de la prueba de cargo¹⁰⁷.

También la *Policía* obtiene ventajas del *plea bargaining system*. En primer lugar, porque se ve liberada de la comparecencia en el juicio. En segundo lugar, porque la autoinculpación del imputado subsana los vicios y errores en que haya podido incurrir durante la fase de investigación (incluida la detención) tanto la *Policía* como el Fiscal. Finalmente, porque la declaración de culpabilidad del acusado puede contribuir al esclarecimiento de otros delitos distintos aun pendientes, si aquel los admite¹⁰⁸.

Pero, ante todo, sobresalen los beneficios que el *plea bargaining* depara al propio *sistema penal* a tenor de una opinión muy extendida en la doctrina y jurisprudencia de los EEUU. En efecto, una y otra asignan al *plea bargaining* una incuestionable *eficiencia administrativa* asociada a la solución del mayor número de casos en el plazo más breve posible¹⁰⁹, con el consiguiente ahorro de recursos humanos y económicos ingentes. Con ello, además, se conjura el fantasma de una justicia penal colapsada, incapaz de responder eficazmente a las demandas sociales por su lentitud y escaso rendimiento. El *plea bargaining system* constituye, pues, a juicio de sus defensores, un sistema racional que opera selectivamente: casi un 90% de los casos se resuelven, gracias al mismo, de forma ágil y rápida, en virtud de un acuerdo entre Fiscal y Abogado defensor (normalmente, las causas por delito *flagrante* o provistas de una sólida prueba de cargo), de modo que se reserva el enjuiciamiento convencional para los asuntos restantes, sin escatimar tiempo ni medios (asuntos respecto a los que existe verdadera controversia)¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 91.

¹⁰⁷ No es necesario subrayar los riesgos de un sistema “negocial” o “contractual” basado, sin embargo, en una incuestionable desigualdad de las partes. Un Fiscal sobrecargado de trabajo, presionado políticamente para concluir los casos en el plazo previsto y valorado por el rendimiento público de su labor profesional, puede encontrar en el *plea bargaining system* instrumentos atractivos y de incontrolable manejo para orientar la *negociación* hacia objetivos injustos (“move the calendar”) mediante tácticas abusivas (“bluffing” o sobredimensión de los cargos, realización de “ofertas incontestables” que encubren la ausencia o debilidad de la prueba de cargo, etc.). Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 91 y 92.

¹⁰⁸ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 92 y 93.

¹⁰⁹ Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 93.

¹¹⁰ Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, cit., 3.

Los detractores del *plea bargaining system*, por el contrario, denuncian que éste frustra la racionalidad del castigo¹¹¹ y las exigencias de la proporcionalidad. El *plea bargaining*, por someter el interés público a los intereses particulares de la acusación y la defensa¹¹², conduce a una *sistemática injusticia* en palabras de KIPNIS, tanto si el imputado era culpable y recibe una condena más benévola como consecuencia del *plea agreement*, como si era inocente del delito por el que se autoinculpó¹¹³, pues ni en un caso, ni en el otro –aunque sea más grave el segundo– recibe el imputado la pena señalada en la ley para el hecho que cometió.

Se ha advertido, también, que la quiebra del principio de igualdad es consustancial al *plea bargaining system*. El sistema de justicia *negociada* conduce inevitablemente a una ilógica disparidad en el tratamiento penológico de delinquentes con idéntica responsabilidad implicados en el mismo delito¹¹⁴; y, desde luego, entre quienes se someten al “guilty plea” y quienes acceden al proceso¹¹⁵, según argumentan sus críticos.

Sean cuales fueren las ventajas para el sistema penal del *plea bargaining*, lo cierto es que, a juicio de un cualificado sector doctrinal, penaliza indebidamente las garantías y derechos constitucionales del imputado en relación con el proceso (vg. derecho a un juicio de jurados, a confrontar la acusación, a guardar silencio, a no declarar en su contra, etc.)¹¹⁶, siquiera por el temor justificado de aquel a que su rechazo de la propuesta del Fiscal de lugar, de hecho, a la imposición de una condena más severa si accede al juicio que si se declara culpable a tenor de la oferta del Ministerio Público¹¹⁷. El problema es particularmente grave cuando el imputado, a pesar de su inocencia, se ve compelido a declararse culpable, riesgo cierto inherente al *plea bargaining*¹¹⁸.

Pero más trascendentales que éstas y otras objeciones al *plea bargaining*¹¹⁹ son las que subrayan el grave deterioro del propio sistema de la justicia crimi-

¹¹¹ Sobre el problema, cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 255 y ss.

¹¹² Según argumenta ALSCHULER, cit. por CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 256, nota 4.

¹¹³ Sobre la denuncia de KIPNIS, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 256.

¹¹⁴ Sobre el problema, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 272 y ss.

¹¹⁵ Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 257 y ss.

¹¹⁶ Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 262.

¹¹⁷ Dando cuenta de las opiniones que, no obstante, legitiman el sacrificio de tales derechos constitucionales en aras de la *eficiencia administrativa* del sistema. Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 264 y ss.

¹¹⁸ Sobre el riesgo cierto de que algunos imputados inocentes del delito por el que se les acusa, se autoinculpen, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 266 y ss.

¹¹⁹ Se ha criticado al *plea bargaining*, por ejemplo, que desplace el centro decisional del juez al Ministerio Público; que no se de participación alguna a la víctima; o que se sustraiga a la opinión pública el conocimiento de la comisión de los hechos delictivos objeto del *plea bargaining* (Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 273 y ss.).

nal y la muy negativa percepción social que éste merece ante la opinión pública¹²⁰.

El sistema de justicia negociada, según sus críticos, merma la credibilidad y respeto que las leyes merecen, deteriorando la eficacia preventiva de las conminaciones penales y la propia seguridad jurídica. Incluso el delincuente percibe el sistema legal comprometido en "... *a direct sale of justice*"¹²¹.

Y no muy distinto es el juicio crítico que merece el sistema de justicia negociada desde la óptica de los modelos "continentales"; modelos, como se dijo, fieles al principio de legalidad, dotados de un muy diferente sistema de "fuentes" y que carecen de una "cultura jurídica" de la negociación.

Con razón advierte la doctrina, que los sistemas de *justicia negociada* no son consecuencia necesaria del sistema *acusatorio* sino desviaciones de éste¹²².

El modelo acusatorio parte de la separación entre juez y acusación, de la igualdad entre acusación y defensa, de la oralidad y publicidad del juicio ... etc. Pero la *discrecionalidad de la acción penal* (libre acusación) y el *pacto o negociación*, no tienen nada que ver con aquel modelo teórico (sistema acusatorio), ni con el llamado "proceso penal de partes", sino con características singulares del sistema norteamericano y con el principio de oportunidad.

Los sistemas de justicia negociada acreditan, en los Estados Unidos, una efectividad estadísticamente muy significativa, siendo elevado el porcentaje de procesos penales que se inician y no llegan a la fase de plenario (juicio) por alcanzar un acuerdo el Fiscal y la defensa¹²³. Sin duda, la dinámica del pacto y la negociación, impulsada por un muy flexible principio de oportunidad, depara soluciones rápidas con indiscutible economía de tiempo y reducción de costes. Pero, inevitablemente, a costa de las garantías del ciudadano.

¹²⁰ Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 274 y ss.

¹²¹ Expresión ya clásica desde la Sentencia dictada en el caso Wright v. Rindskopf, 43 Wis. 344, págs. 354 y 355, (1877) Cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pág. 274 nota 101.

¹²² Así, FAIRÉN GUILLÉN, V., en: *La Reforma procesal penal -1988-1992*, en: Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Madrid (Edersa), 1992, pág. 88. También, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1997 (Madrid), Edit. Trotta, págs. 747 y ss., quien califica de "totalmente ideológica y mistificadora" la supuesta conexión de los sistemas de justicia negociada con el sistema acusatorio y el proceso penal de partes. Cfr., LIMA LOPES, Jr., A. C., *Sistemas de instrucción preliminar en los derechos español y brasileño*. Madrid, 1999. Universidad Complutense. Tesis doctoral, págs. 83 y ss.

¹²³ Según FIGUEIREDO DIAS, J. y COSTA ANDRADE, M., (*Criminología. O homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*). Coimbra, 1992 (Edit. Coimbra), pág. 484 y ss.) los sistemas de "plea bargaining" resuelven, en los Estados Unidos, entre el 80 y el 95% de los conflictos criminales. A juicio de Rubén Castillo, más del 90% de los procesos penales iniciados concluyen por acuerdo entre el Fiscal y la defensa (Cfr. LIMA LOPES, Jr., A. C., op. cit., pág. 85) en los Estados Unidos. Consideran, también, que en los Estados Unidos más de un 90% de los casos se someten al "*plea bargaining system*", CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada, 1996 (Comares), pág. 3; FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, en: La Ley, año XXIII, número 5579, 3 de julio de 2002, apartado 3.

La doctrina, en efecto, ha subrayado hasta qué punto, la *justicia negociada* (*plea bargaining*, *plea negotiation*, etc.) viola frontalmente los principios fundamentales del sistema acusatorio y las garantías que éste pretende hacer valer, por más que tales *desviaciones o perversiones* del sistema acusatorio apelen al “proceso penal de partes” y suelen presentarse como un desarrollo coherente de aquél¹²⁴.

La “negotiation” –se dice– infringe, ante todo, la *función garantista* del Derecho Penal, y del proceso penal, en cuanto monopolio de la respuesta al delito, desde el momento en que al hallarse ésta en manos del Fiscal –y sometida a su discrecionalidad– elude el estricto control judicial y los límites de la legalidad. Se trata –añade algún autor– de una “degeneración del juicio contradictorio ... y cuadra, más bien, con las prácticas de persuasión permitidas por el secreto en las relaciones desiguales del modelo inquisitorial”¹²⁵.

La posición de supremacía del Ministerio Fiscal (El Fiscal, suele decirse críticamente, “es el Juez a las puertas del Tribunal”) y el secretismo de unas negociaciones sin igualdad efectiva de armas constituyen otros tantos vicios de la “justicia negociada” que atentan contra los pilares del sistema acusatorio. Pues si lo esencial de éste es la confrontación clara, pública y antagónica de dos partes en igualdad de condiciones, nada de ello sucede en la “justicia negociada”. En la “plea negotiation” (“plea bargaining”, etc.) el pacto se gesta en los despachos de la Fiscalía, sin *publicidad*. El Tribunal no interviene, ni controla: se limita a homologar los resultados del acuerdo entre acusado y Fiscal. Pero, en puridad, la negociación es ficticia, porque se impone la voluntad y el poder del más fuerte (el Fiscal). Sólo el Fiscal dispone del poder real de negociar y establecer las *con-*

¹²⁴ Por todos, y refiriéndose a los sistemas norteamericanos de *plea negotiation* y *plea bargaining*, LIMA LOPES, Jr., A. C., op. cit., págs. 83 y ss. Según SCHÜNEMANN, B. (*¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., págs. 295 y ss.) los acuerdos entre partes lesionan el contenido material de las garantías procesales o lesionan el principio de *publicidad*, de *inmediación* y de *oralidad*, la garantía del juez determinado por la ley y el derecho del acusado a estar presente en el proceso. También, la *presunción de inocencia* y los principios fundamentales del proceso penal continental europeo de *verdad material* y de deber de *esclarecimiento de los hechos* que incumbe al Juez. Como recuerda SCHÜNEMANN, la finalidad pragmática que persigue el sistema de justicia negociada deja en un segundo plano las garantías del acusado, concediendo una relevancia máxima a acuerdos entre partes que tienen lugar antes del juicio oral. En consecuencia, y dado que la fase de instrucción tiene valor meramente *preparatorio* (lo decisivo es la práctica de las pruebas durante el juicio oral, con todas las garantías), la eventual confesión del acusado (*guilty plea*) carece de éstas, convirtiéndose el propio acusado en mero *objeto del procedimiento*, víctima eventual de las más “brutales coacciones” (op. cit., pág. 298).

¹²⁵ Así, LIMA LOPES, Jr., A. C., op. cit., pág. 84. A través de los *acuerdos procesales* entre partes de los sistemas de justicia negociada (que implican, en definitiva, la renuncia al juicio oral con todas sus garantías y la posibilidad de una condena basada en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado del contenido de la instrucción) se produce lo que SCHÜNEMANN denomina “la apoteosis de la instrucción” y, con ella, la inversión de todos los valores que rigen el modelo europeo continental de proceso penal. Se trata, según el autor, de un retorno anacrónico al “*procedimiento inquisitorio*” contra el que en el siglo XIX hubo de introducirse el bastión del juicio oral (*¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., págs. 299 y ss.). Según SCHÜNEMANN, el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, posibilidades efectivas de buscar la verdad material, lo que no sucede en un procedimiento que de cabida a acuerdos entre partes al margen del juicio oral y potencie la fase de instrucción, fase puramente preparatoria que suele ofrecer una imagen *selectiva* de los hechos (op. cit., pág. 299).

diciones y precio del negocio. No hay, pues, *contradicción ni igualdad de armas*. El propio proceso se transforma en un genuino *mercadeo*, el pacto, en un intercambio perverso, la acusación, en un mero instrumento de presión que alimenta autoacusaciones falsas, testimonios calumniosos por conveniencia, obstruccionismos o prevaricaciones en perjuicio del derecho de defensa, desigualdad e inseguridad jurídica¹²⁶. En palabras de FERRAJOLI: “Todo un lujo reservado sólo para quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos”¹²⁷.

El derecho a un *proceso justo*, a la *presunción de inocencia* y a la *pena justa* brillan, también, por su ausencia en la “*plea negotiation*”¹²⁸.

No cabe hablar de “*proceso justo*” –se advierte– cuando presiones psicológicas o tácticas coactivas compelen al acusado a aceptar el pacto e incluso la seguridad del mal menor de la declaración de culpabilidad. Cuando el imputado tiene que escoger entre reconocer una culpa inexistente a cambio de una pena menor, o el riesgo de un proceso desigual, dirigido por el Fiscal que formulará acusaciones desmesuradas si se frustra la negociación¹²⁹.

Tampoco se respeta, desde luego, la *presunción de inocencia* con todo lo que ésta implica (vg. “*onus probandi*”), porque el *status* de inocente se pierde en la “*negotiation*” antes del juicio y de la sentencia, sin que la acusación haya tenido que probar sus cargos contra el imputado. Ni se respeta el principio de *culpabilidad* como criterio de imposición y medida de la pena, pues ésta dependerá más de la habilidad negociadora de la defensa y de la discrecionalidad de la acusación que de la gravedad objetiva del hecho cometido y la responsabilidad subjetiva del autor¹³⁰.

¹²⁶ En este sentido, LIMA LOPES, Jr., A. C., op. cit., pág. 85. Según SCHÜNEMANN, B. (*¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., págs. 298 y ss.), en el juego de la negociación el más poderoso es quien impone su ley, y no quien tiene jurídicamente la razón. Por ello, en los sistemas de justicia negociada los acuerdos entre partes transforman esencialmente (pervierten) la propia naturaleza y función del proceso penal, concebido en el modelo europeo continental como conflicto de valores que resuelve el juez, tercero imparcial, con criterios jurídicos y garantistas; con los acuerdos entre partes el proceso penal se convierte en regulación de conflictos, regidos por criterios de poder y no por criterios jurídico-normativos.

El excesivo e incontrolado poder del Ministerio Fiscal en la *plea bargaining* y el riesgo de que se convierta en fuente sistemática de abuso y trato discriminatorio de los acusados es una de las objeciones de mayor peso al sistema norteamericano de justicia negociada. Por ello, todas las propuestas de reforma del *plea bargaining* coinciden en reconocer la necesidad de limitar tal poder y de someterlo a mecanismos eficaces de control y revisión administrativos y jurisdiccionales. Sobre el problema, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada*, cit., págs. 276 y ss. y 290 y ss.

¹²⁷ *Derecho y Razón*, cit., pág. 748.

¹²⁸ A juicio de SCHÜNEMANN, B. (*¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., págs. 299 y ss.), los acuerdos procesales del sistema de *justicia negociada* son, también, incompatibles con los fines de la pena y la correcta *determinación* de ésta. Para el autor, los citados acuerdos procesales no permiten una determinación seria de la pena ajustada a las exigencias de la prevención especial, ni de la prevención general, ni siquiera de la prevención integradora.

¹²⁹ Cfr., LIMA LOPES, Jr., A. C., op. cit., págs. 86 y 87. Sobre el problema, y en el sentido del texto, vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada*, cit., págs. 262 y ss. y 266 y ss.

¹³⁰ *Ibidem*. En el mismo sentido crítico, y subrayando que la pena final puede guardar más relación con la habilidad negociadora del Abogado defensor, las relaciones de éste con el Ministerio Fiscal o la sobrecarga de trabajo del acusador público que con criterios penológicos legales, CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, *El Ministerio Público y la Justicia negociada...*, cit., pág. 256.

De lo expuesto cabe concluir que las manifestaciones del sistema de *justicia negociada* reconocidos en el ordenamiento procesal español a través de la figura de la “conformidad” que se analiza a continuación, constituyen un llamativo *cuero extraño* al mismo, de peligrosa fuerza expansiva, que vulnera o puede vulnerar los principios y garantías fundamentales del modelo de proceso penal europeo –continental–. Pero, sobre todo, –y desde un punto de vista psicosocial– estos *acuerdos procesales* (previos y al margen del juicio oral) contienen un mensaje regresivo y perturbador sobre la función penal; un mensaje del *crimen* como hecho *privado, doméstico*; y de la justicia penal como pacto o negocio, también privado, que acuerdan por su cuenta las partes implicadas, y se rige por criterios de *poder* (no de justicia) de *desigualdad* y de *eficacia*. Ahora bien, dicha imagen *privada, desigual y antigarantista* de la justicia penal constituye, so pretexto de efectividad, el cuestionamiento frontal de la legitimidad del Derecho Penal.

2.2.3.2. *La “conformidad” en el ordenamiento procesal español: particular referencia a la Ley 38/2002 y la L.O. 8/2002, de 24 de octubre*¹³¹; y a L.O. 5/2000, de 12 de enero

En el ordenamiento procesal español cabe, también, el “*do ut des*” y la “negociación” entre las partes con efectos vinculantes para el Juez o Tribunal, por más que en el modelo *continental* prime de forma terminante el principio de legalidad al que ha de ajustarse en su actuación el Ministerio Fiscal y la Ley sea el único parámetro que delimite el ejercicio de la potestad punitiva¹³². La institución de la *conformidad* hace posible que el juez o tribunal dicte una sentencia condenatoria some-

¹³¹ Sobre la conformidad, vid.: FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una Ley pendiente y necesaria* (La Ley, Año XXIII, núm. 5579, Miércoles 3 de julio 2002); DE LA OLIVA SANTOS, A., *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, en: Revista General del Derecho, 1992, págs. 9853 y ss. (núms. 577-578); ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona, 1991; ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires, 1962; AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*. Barcelona, 1998; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*. Valencia, 1994; BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998; DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*. Valencia, 1997; GÓMEZ COLOMER, *La conformidad del acusado en los procesos abreviados*, en: MONTERO, ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN. *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, 1997, págs. 253 y ss.; MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998; PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, 1994; RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997; GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Madrid, Thomson (Civitas), 2003 (de la que se toma esta reseña bibliográfica); FUENTES DEVESA, R., *Las sentencias de conformidad dictadas por el Juez de Guardia* (La Ley, núm. 5794, de 3 de junio de 2003); MARTÍN MARÍN, J.A., *La nueva reforma procesal penal efectuada por la Ley 38/2002 y su complementaria Ley Orgánica 8/2002*, en: La Ley, núm. 5692; También: GIMENO SENDRA, V., *La conformidad premiada de los juicios rápidos*, en: La Ley Penal, año I, núm. 5 (Mayo 2004), págs. 5 a 15.

¹³² Vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Madrid, Thomson (Civitas), 2003, págs. 374 y ss.

tiéndose a los dictados del pacto entre Ministerio Fiscal y acusado, sin necesidad de que el primero presente sus pruebas de cargo y se celebre el oportuno juicio contradictorio con todas las garantías¹³³.

La *ratio* de la conformidad es puramente pragmática. El progresivo incremento de las causas penales¹³⁴ amenaza con colapsar el sistema de la justicia criminal con las graves consecuencias que la lentitud y bajo rendimiento de aquel conllevan. La *conformidad* supone un importante ahorro de energía procesal¹³⁵ y una *aceleración* del proceso que permite liberar tiempo y recursos. De este modo se agiliza y se racionaliza la respuesta al delito, dado que uno y otro podrán aplicarse al enjuiciamiento convencional de los casos más graves y complejos¹³⁶, resolviéndose los restantes (delitos *flagrantes* y casos donde *ab initio* la solución final parece obvia por la solidez de la prueba de cargo¹³⁷) a través de mecanismos transaccionales y confesiones de culpabilidad pactadas. Es obvio, pues, que el legislador español, como el alemán, el italiano, el portugués y otros¹³⁸, han ponderado las ventajas del modelo norteamericano de justicia negociada –que en los EEUU resuelve al parecer el 90% de los casos penales¹³⁹ –si bien la Ley 38/2002 y la L.O. 8/2002, del 24 de octubre, han pretendido delimitar los presupuestos de la “conformidad” con mejor técnica y razonables cautelas, dejando siempre a salvo el control judicial de la misma en aras de la legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad.

¹³³ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 141. Como subraya el autor, la sentencia no se basará, por tanto, en la convicción del Tribunal que haya podido formarse acerca de los hechos objeto del proceso a través de la prueba – porque no se celebrará ya el juicio oral– sino en la conformidad del acusado con la pretensión acusatoria.

¹³⁴ Vid. FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, en: La Ley. Año XXIII, núm. 5579, del 3 de julio de 2002. Según los autores, entre 1999 y 2001 el número de causas penales experimentó un incremento del 20%.

¹³⁵ Sobre la *aceleración del proceso penal*, vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., en GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 31 y ss., quien matiza el tópico de la *aceleración procesal* y la *ausencia de dilaciones indebidas* especialmente, págs. 33 y ss.

¹³⁶ Así, FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, cit., supra. Sobre el problema, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal. En: Revista General del Derecho, 1992, págs. 9853 y ss.

¹³⁷ En el Derecho Comparado, suelen utilizarse procesos especiales o especialidades procedimentales para conseguir la deseada “aceleración procesal”. A través de unos y otros mecanismos se pretende un acceso inmediato al juicio oral, prescindiendo de la fase de instrucción en sentido propio y/o de la fase intermedia, pero siempre dentro de un ámbito material de aplicación determinado. El recurso a estos procesos o especialidades procedimentales acelerados acostumbra a vincularse a una previsible sencillez del enjuiciamiento. Esta, a su vez, suele explicarse por la *flagrancia* del delito, o, especialmente, por la “*madurez*” del asunto para el enjuiciamiento o por la “*contundencia*” de la prueba. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pag. 50.

¹³⁸ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 34 y ss., refiriéndose a los mecanismos de aceleración del proceso en Alemania, Italia, Francia y Portugal.

¹³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, cit., apartado 3; también: CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público*, cit., pag. 3; Vid. supra, nota 121.

No obstante, la *conformidad* es una institución justamente cuestionada, de imprevisible inercia expansiva, que tendencialmente prima y sobredimensiona las ventajas de la aceleración del proceso a costa del sacrificio de principios y garantías irrenunciables del proceso penal. Por otra parte, la estructura negocial, transaccional, de la misma enturbia la naturaleza *pública* del *ius puniendi*, el carácter no dispositivo sino coactivo de las normas que regulan su ejercicio.

La *conformidad* carece en el ordenamiento español de una reglamentación legal unitaria¹⁴⁰, existiendo diversas previsiones sobre la misma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴¹, en la Ley Penal del menor¹⁴² y en la Ley Orgánica del Jurado¹⁴³. Mención especial merecen aquí, lo dispuesto en los *artículos* 784.3º, 787 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (régimen de la *conformidad* en el *procedimiento abreviado*), y los artículos 800 y 801, entre otros, también de la Ley Rituaria (enjuiciamiento *rápido* de ciertos delitos), supuestos que se examinan a continuación por separado.

1) La conformidad en el *juicio abreviado* (L. 38/2002). El diseño de un nuevo régimen de la conformidad (*art.* 787 de la LECr.) en el *procedimiento abreviado* es la más relevante aportación de la reforma introducida por la L. 38/2002. Con ella se ha pretendido colmar las lagunas que existían en el régimen legal anterior (derogados *artículos* 791.3 y 793.3 de la LECr.)¹⁴⁴ definiendo un régimen de la conformidad “cerrado” y “completo” en aras de la seguridad jurídica; y, ante todo, reforzar las facultades de control del Tribunal sobre la conformidad –tanto *in bonam* como *in malam partem*– sin cerrar el paso, no obstante, a posibles pactos entre acusación y acusado¹⁴⁵.

La *conformidad* exige una serie de *requisitos* para que vincule al Tribunal. Ha de manifestarse respecto del escrito de acusación que solicite pena de mayor gravedad. Si fueran varios los acusados, todos ellos han de prestar su conformidad, de modo que si alguno no se conforma el juicio habrá de proseguir respecto de todos (*art.* 697 LECr.). Ha de proyectarse, también, respecto de la *responsabilidad civil* ... por la *cantidad mayor que se hubiese fijado* (*art.* 689 *in fine* LECr.) y de no ser así, el juicio proseguirá pero solo a los efectos de alegar y probar acer-

¹⁴⁰ Reclaman la necesidad de una ley reguladora de la conformidad, sin perjuicio de que distinga su aplicación a los diversos procedimientos: FERNÁNDEZ MARTÍN, F. y DE URBANO CASTRILLO, E., *La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria*, cit., *ibidem*.

¹⁴¹ En la LECr. se encuentran, de forma dispersa, diversas disposiciones sobre la conformidad: en el *juicio ordinario* (*artículos* 652 y ss.; y 688 y ss.), en el *abreviado* (*artículos* 784.3º, 787 y 801); en el *juicio rápido* (*artículo* 801). A las relativas al *juicio ordinario* no me referiré en esta obra.

¹⁴² *Artículos* 32 y 36 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

¹⁴³ *Artículo* 50 de la L.O. 5/1995 (B.O.E. nº 122, del 23 mayo), del Tribunal del Jurado. Tampoco se contemplará en el presente comentario.

¹⁴⁴ En el régimen anterior de la conformidad existían lagunas legales importantes. Así: ámbito de la conformidad, grado de intensidad de la vinculación del Tribunal a aquella, facultades del Tribunal para apartarse de sus términos, consecuencias de su no aceptación por el Tribunal, etc. Tampoco la jurisprudencia había resuelto tales problemas. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 133 y nota 82.

¹⁴⁵ Sobre los objetivos de la reforma, vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 134.

ca de tales extremos (art. 695 LECr.). Además, la conformidad presupone una calificación correcta de los hechos y de la pena legalmente procedente, partiendo de la descripción del “*factum*” aceptada por las partes que el Tribunal no puede revisar. Este solo puede controlar si el título de la condena y la condena misma son acordes con los hechos objeto de la conformidad, –tanto en beneficio, como en perjuicio del reo¹⁴⁶– pero sin cuestionar la realidad, ni la exhaustividad del relato fáctico pactado por acusador y acusado (art. 787.2º LECr.) que deviene intangible¹⁴⁷. El Tribunal comprobará, también, si la conformidad se presta de forma voluntaria y con cabal conocimiento por el acusado de sus consecuencias (art. 787.2º y 4º LECr.). El letrado del acusado puede discrepar de su cliente e incluso solicitar –aunque su petición no vincula al Tribunal– la continuación del juicio¹⁴⁸. Las *consecuencias* o *efectos* de la conformidad son claros, si se dan los presupuestos y requisitos que la LECr. exige: el Tribunal dictará sentencia, sin más, de conformidad con la pretensión acusatoria aceptada por el acusado. Dicha sentencia, por tanto, no se basará en la convicción que el Tribunal se haya formado acerca de los hechos objeto del proceso a través de la prueba, ni será necesario que se sustancie el juicio oral por todos sus trámites. Su fundamento no es otro que el acuerdo de las partes procesales¹⁴⁹. Se ha discutido si puede el Tribunal imponer una pena diferente de la solicitada en el escrito de acusación más severa, lo que si cabía con anterioridad a la reforma introducida por la L. 38/2002, pero suele rechazarse por la doctrina¹⁵⁰. Finalmente, el artículo 787.6º de la LECr. establece de forma inequívoca y taxativa en qué casos pueden recurrirse las sentencias dictadas de conformidad, poniendo así fin a una laguna legal del anterior régimen¹⁵¹.

2) La conformidad en los juicios rápidos (L.O. 8/2002, de 24 de octubre).

El artículo 801 de la LECr. regula la *conformidad* en el procedimiento arbitrado para enjuiciar de forma rápida determinados delitos. Su inclusión, sin embargo, en el Capítulo IV (“De la preparación del juicio oral”) no convence, porque esta institución no pretende *preparar* el juicio oral sino precisamente todo lo contrario: *evitarlo*, y aquí es donde reside su utilidad¹⁵². El legislador ha incluido la *conformidad*

¹⁴⁶ Sobre mecanismos semejantes a la conformidad en el Derecho italiano, vid., recientemente: DONINI, M., *Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI*, en: La Política criminal en Europa. Atelier. Barcelona, 2004, págs. 48 y ss. (directores: MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M.).

¹⁴⁷ Subrayando que las facultades de control judicial no pueden revisar los *hechos* tal y como se describen y aceptan por las partes (en el sentido de lo dispuesto en el artículo 787.2 de la LECr.), GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 138 y 139.

¹⁴⁸ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 140 y 141.

¹⁴⁹ Así, GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 141.

¹⁵⁰ Negando tal posibilidad de *rebajar* la pena instada si, por ejemplo, hubiera sido factible solicitar una pena inferior apurando el límite mínimo legal de la pena, GASCÓN INCHAUSTI, F., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 141 y 142.

¹⁵¹ Vid. 787.6 de la LECr. Cabe recurso cuando la sentencia vulnere los requisitos o presupuestos legales de la conformidad, o los términos de ésta.

¹⁵² En este sentido, AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 371.

en este proceso especial, e incluso ha potenciado la misma, a fin de que el enjuiciamiento sea no ya *rápido* sino *inmediato*, lo que sucederá si el acusado presta su conformidad válidamente ante el Juez instructor, pues entonces éste podrá dictar sentencia y el proceso terminará en el propio servicio de guardia (“conformidad en la guardia”). Con este propósito, la L.O. 8/2002, de 24 de octubre, ha ampliado la competencia tradicional del juez de instrucción, quien podrá en lo sucesivo no solo controlar la legalidad de tal acto sino también dictar la sentencia de conformidad. Y, sobre todo –para incentivar dicha conformidad en la guardia– ha establecido un premio para el acusado consistente en la *rebaja de un tercio de la pena* instada por la acusación, rebaja punitiva que, de hecho, puede evitar la efectiva privación de libertad al dar paso a la suspensión o a la sustitución de la pena de prisión¹⁵³.

La finalidad y *ratio* de la *conformidad* es, pues, puramente pragmática. Con ella se ahorra una ingente *energía procesal* y se contribuye a la deseada *aceleración del proceso penal* ya que la aquiescencia del acusado con la pretensión de las partes acusadoras permite una conclusión anticipada del proceso (“inmediata”, incluso, si aquel se *conforma* válidamente en la guardia) sin necesidad de que tengan lugar la práctica de la actividad probatoria ni el resto de las actuaciones que integran la fase del juicio oral.

El legislador español ha procurado ciertamente controlar los riesgos de una institución, de inevitable *vis expansiva*, que cuestiona principios fundamentales del proceso penal y garantías irrenunciables inherentes al mismo. Por ello, se han delimitado sus presupuestos y requisitos, se ha circunscrito su ámbito de aplicación, sus efectos, y, ante todo, se han reforzado las facultades de revisión judicial de la conformidad misma¹⁵⁴. Tales cautelas, sin embargo, no parecen suficientes. El *pacto* y la *negociación* subsisten a la reforma, aún cuando el legislador quiso poner coto al *do ut des* y pretendió que la conformidad no fuese fruto velado de una *negociación* real entre acusación y acusado. De hecho, además, la L.O. 8/2002, de 24 de octubre, incentiva y alienta la conformidad, que no pierde su naturaleza transaccional, premiando al acusado con una relevante rebaja punitiva no siempre justificable¹⁵⁵.

La *conformidad* exige una decisión consciente y voluntariamente adoptada por el acusado, con conocimiento de sus consecuencias y con el parecer favorable de su letrado. El juez receptor de la conformidad en la guardia es el juez de instrucción,

¹⁵³ Vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 371 y 391.

¹⁵⁴ El legislador quiso excluir de la conformidad, desde luego, los delitos graves. Y quiso, sin duda alguna, reforzar las facultades de control y revisión del Tribunal respecto a la legalidad formal de la conformidad y el consentimiento válidamente prestado por el imputado. Sin embargo, quiso, también, –y no lo consiguió– erradicar de la conformidad toda sombra de negociación o pacto (connotaciones transaccionales que reaparecen en los artículos 784.3.II y 787.1 de la LECr.); e impedir que el premio de la rebaja punitiva –un tercio de la pena– se aplique a delincuentes habituales o reincidentes, objetivo que tampoco consiguió la reforma. Vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 372 y 375.

¹⁵⁵ Vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 376. Para la autora, la reforma empeora la situación porque no solo permite de forma subrepticia la negociación, sino que la alimenta al conceder una sustancial rebaja punitiva.

quien tiene *competencia* para controlar la legalidad de la misma y dictar sentencia. La ejecución de ésta corresponde, sin embargo, al juez de lo penal (*art. 801.I* LECr.). Para que la *conformidad* despliegue los efectos previstos en el *artículo 801* de la LECr. se requiere que los hechos objeto de acusación sean calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años (*art. 801.I* y *2º* de la LECr.); y que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión (*art. 801.2* y *3º* LECr.). La LECr. delimita, pues, el *ámbito objetivo* de la *conformidad* sirviéndose de dos parámetros: la pena abstracta señalada al delito (pena privativa de libertad de hasta tres años) y la pena concreta instada por las acusaciones (no puede superar, reducido en un tercio, los dos años de prisión). El primero de los parámetros determina que hechos delictivos graves que no exceden el ámbito objetivo del *juicio rápido* (*artículo 795.1º* LECr.: pena privativa de libertad que no exceda de cinco años ...), sin embargo, no admitan la *conformidad*¹⁵⁶. La conformidad, lógicamente, ha de abarcar el contenido total del escrito de acusación, incluida la pretensión *civil* acumulada, a la que, sin embargo, no se refiere la L.O. 8/2002, de 24 de octubre. En este particular rigen, pues, los criterios generales (*artículos 655.V, 688.II, 689, 692, 695, 697.III* y *700* de la LECr.). La *sentencia* de conformidad no puede imponer pena distinta de la instada por la acusación y objeto de conformidad, ni siquiera para beneficiar al acusado, contra lo que sucedía en el régimen anterior de esta institución (*art. 793.3.II* de la LECr.) que facultaba al juez para desvincularse de los términos de la conformidad *in bonam partem*¹⁵⁷. Precisamente porque la reforma consagra la vinculación absoluta de la sentencia a la pena solicitada y conformada, no cabe tampoco que el juez haga uso de las facultades *individualizadoras* apartándose de los términos estrictos de la conformidad¹⁵⁸. En el *juicio rápido* el juez –si la calificación era correcta– tiene que imponer la pena solicitada por la acusación, eso sí, *reducida en un tercio* (*art. 801.2º* LECr.), como consecuencia de la *rebaja punitiva* tantas veces citada. El cómputo de ésta cuando la acusación insta la imposición de una pluralidad de penas, parece ha de constreñirse a la pena más grave o principal de las solicitadas¹⁵⁹.

Finalmente, el *artículo 779.1.55ª* de la LECr. permite reconducir el procedimiento *abreviado* al *juicio rápido*, beneficiándose el acusado de la consiguiente reducción en un tercio de la pena instada por las acusaciones, si, incoadas diligencias previas, el imputado reconoce los hechos que se le atribuyen; éstos son constitutivos de un delito cuya pena abstracta no excede los límites objetivos del *artículo 801* de la LECr.; y, además, las partes personadas manifiestan su predisposición a formular escrito de acusación con la conformidad del acusado. Así

¹⁵⁶ Confrontar los *artículos 795.1º* de la LECr. (ámbito objetivo del *juicio rápido*) y *801* de la LECr (pena abstracta que configura el límite máximo de la conformidad). Vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 390.

¹⁵⁷ No cabe modificar la pena instada por las acusaciones ni siquiera en favor del acusado. Así, AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 395 y nota 344.

¹⁵⁸ En este sentido, aunque la opinión no es pacífica en la doctrina, vid. AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 395.

¹⁵⁹ Así, AGUILERA MORALES, M., en: GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., pág. 397. Opinión tampoco unánime en la doctrina.

hizo frente el legislador a las críticas que denunciaban que la rebaja punitiva se aplicase solo al enjuiciamiento *rápido* y no al procedimiento *abreviado*¹⁶⁰.

De lo expuesto cabe concluir que, aún cuando no se cuestione ni pueda cuestionarse la naturaleza *pública* del Derecho Penal, lo cierto es que incluso países tradicionalmente fieles al modelo *continental*, por razones pragmáticas, incorporan al régimen del proceso penal –único cauce de realización del Derecho Penal– fórmulas y especialidades procedimentales como la *conformidad* que comprometen por su estructura negocial, pactista o transaccional, dicha naturaleza *pública*. El problema es preocupante, como se ha tratado de razonar a propósito de la llamada *justicia negociada* en el epígrafe anterior, porque estas instituciones, de origen foráneo, poseen una incuestionable *vis atractiva* –y una no menor *inercia expansiva*– cuando la sobrecarga del sistema de la justicia criminal, su lentitud y bajo rendimiento sugieren la búsqueda imperiosa de mecanismos de aceleración del proceso. Sería un error sacrificar los principios y garantías fundamentales de éste en aras de objetivos puramente pragmáticos, más aún en modelos como el español que atribuyen un valor supremo al principio de legalidad (principio que enmarca la actuación del Ministerio Público y los presupuestos y condiciones de ejercicio del *ius puniendi*) y al de igualdad. La eficacia comprobada de estas especialidades procedimentales de enjuiciamiento abreviado conlleva en el caso de la conformidad concesiones privatizadoras, pactistas, negociadas, incompatibles con la naturaleza *pública* del Derecho Penal y con el carácter *coactivo*, no dispositivo, de las normas que regulan el ejercicio del *ius puniendi*. Por otra parte, en sistemas procesales sin cultura o tradición de pacto, como el español, la imagen de un proceso regido por el *do ut des* daña o puede dañar gravemente en la percepción social la credibilidad del propio sistema.

Es preciso, por ello, trazar límites precisos y controles eficaces a la conformidad, sometiendo a un férreo seguimiento la praxis diaria de esta institución muy proclive a toda suerte de excesos. La conformidad no debe ser una fórmula alternativa de enjuiciamiento de carácter general sino un mecanismo excepcional de ámbito muy restringido que se constrinja a infracciones menos graves y en supuestos donde la *madurez* de la causa o la *flagrancia* del hecho delictivo permiten un final anticipado sin merma preocupante de las garantías que el normal desarrollo del proceso aseguran a todos los ciudadanos por igual.

3) La *conformidad* se reconoce, también, en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. La L.O.R.R.P.M. dedica tres preceptos a la misma: el artículo 32, el 36 y el 8. El artículo 32 delimita su ámbito objetivo, excluyendo cualquier pacto que implique la aplicación de una medida de internamiento (a excepción del ambulatorio) o de inhabilitación absoluta. El artículo 36 (siempre de la L.O.R.R.P.M.) contempla y regula los supuestos de conformidad plena del menor (con el relato fáctico y con las medidas solicitadas por el Fiscal), de conformidad parcial (solo respecto a la descripción de los hechos) y de discrepancia entre el menor y su letrado. El artículo 8º consagra explícitamente el principio acusatorio en la jurisdicción de menores.

¹⁶⁰ Sobre el artículo 779.1.5º.5 de la LECr., vid. AGUILERA MORALES, M., en: GACÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M., *La reforma*, cit., págs. 266 y ss. y 397.

La doctrina admite que la conformidad es una manifestación más del principio de *oportunidad* (algunos prefieren referirse al principio de *consenso*). Y que, en definitiva, constituye un mecanismo acelerado de conclusión del proceso que pone fin al mismo evitando la celebración del juicio oral, sin otro fundamento que razones utilitarias y de economía procesal.

Su regulación legal es, también, insuficiente a pesar de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, se discute el grado de vinculación del juez a los términos estrictos del acuerdo entre Fiscal y menor, manteniendo un sector doctrinal que el órgano jurisdiccional solo está vinculado al relato fáctico pactado, pero no a las medidas suscritas por las partes en el mismo, de modo que el Juez podría actuar en este ámbito (la imposición de la medida) sin más limitaciones que las derivadas del principio acusatorio.

Es imprescindible una regulación más precisa de esta institución. Y, desde luego, articular un más amplio y eficaz control jurisdiccional sobre los particulares de la conformidad: capacidad real del menor para comprender las consecuencias del pacto con el Fiscal, y libertad para hacerlo, etc., a pesar de la dicción liberal tajante del artículo 32 de la L.O.R.R.P.M. Sin controles efectivos, existe el riesgo de que un instrumento procesal utilitario, en el marco de un procedimiento flexible y *desformalizado*, potencie su lógica inercia expansiva a costa de los objetivos rehabilitadores y educativos que persigue la L.O.R.R.P.M. La acción combinada de los artículos 18 y 32 mejorará, sin duda, los rendimientos estadísticos de la jurisdicción de menores pero frustrará, también, las ambiciosas metas pedagógicas y preventivo-especiales de la L.O.R.R.P.M.

2.2.4. Otros supuestos de cariz privatizador

En cuanto a los muy diversos y heterogéneos supuestos que suelen citarse como ejemplos del giro privatizador experimentado en las últimas décadas por el sistema penal¹⁶¹ (movimiento victimológico y asociativo para la prevención del delito, cárceles privadas, programas de *diversion* y *restitution*, intervención de la

¹⁶¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., págs. 42-43. Sobre otros supuestos de privatización, vid. infra (en esta obra), Capítulo IX, III, 2.c). El giro privatizador descrito (sesgo "comunitario", según Díez Ripollés, J.L., en: *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 06, 03, 2004, págs. 19 y ss.) se acusa, también, en España en dos ámbitos: en el sistema de *ejecución de las "medidas" imponibles a menores* responsables de delito que funciona, en buena parte, gracias a la existencia de una red de centros e instituciones privadas, concertadas con la Administración Pública; y en el de la *ejecución de penas a adultos drogodependientes con pena suspendida o en libertad condicional* que ingresan en centros de desintoxicación regidos por agentes privados; Cfr. DIEZ RIPOLLES, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 163, donde cita como instituciones que cuestionan el principio del monopolio punitivo estatal: las conformidades durante el proceso, la mediación, los intentos de que la opinión de la víctima bloquee ciertas decisiones judiciales sobre la pena más adecuada (en el plano de la imposición o determinación de la pena); y (en el plano de la ejecución de ésta): las prisiones privadas, la remisión de ciertos delincuentes a centros privados de tratamiento, la gestión privada de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la participación de la víctima en las decisiones sobre el régimen penitenciario del penado, las pretensiones de otorgar una relevante repercusión punitiva a la reparación del daño, etc.

iniciativa privada en el ámbito social postpenitenciario, en el tratamiento de toxicómanos o en la organización de la ejecución de sanciones alternativas a la privación de libertad, ejecución de “medidas” a menores, mediación penitenciaria, etc. ...) es necesario un análisis particularizado que se aborda en otro lugar de esta obra.

A los supuestos citados cabe añadir el sesgo privatizador que experimenta el régimen de la responsabilidad civil “*ex delicto*” con la reforma de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, dado que a tenor de la misma la previa reparación del daño (de una deuda civil, privada, por naturaleza) constituye un requisito indispensable para la concesión del tercer grado penitenciario y la libertad condicional, de suerte que intereses y motivaciones particulares interferirán en el proceso de ejecución de la pena pública que debiera preordenarse a principios de superior rango¹⁶².

2.2.5. *El proceso de privatización de la seguridad pública: seguridad privada y gestión privada de la seguridad*

El Derecho Penal es –y debe seguir siendo– Derecho Público, con todas sus consecuencias, a pesar del acusado proceso de privatización de la seguridad que se observa en ciertos ámbitos, en buena medida impulsado por la propia crisis e incapacidad del control social estatal para hacer frente a las demandas sociales de protección. Dicho proceso de privatización sería consecuencia funcional, según advierte ALBRECHT, P.A.¹⁶³, de la necesidad de armonizar el desfase hoy existente entre la demanda de control simbólico mediante el Derecho Penal y la muy limitada capacidad de control instrumental del sistema judicial penal.

El incremento de los servicios de seguridad privada es un hecho incuestionable no privativo de España¹⁶⁴. Pero no se trata solo de un incremento del personal privado que presta estos servicios, ni de los servicios mismos: la sociedad actual ha multiplicado los espacios privados y las zonas públicas donde no tienen fácil acceso las policías públicas. Son muchos los intereses privados contrarios a la presencia policial incluso en lugares públicos, y no pocos quienes manifiestan serios prejuicios contra la intervención preventiva de las fuerzas de seguridad¹⁶⁵, estimando que solo su labor reactiva es compatible con las libertades públicas ciuda-

¹⁶² Vid. infra, en esta obra, Capítulo I, V.6.

¹⁶³ Así, ALBRECHT, P.A., *Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts*, en: KRitV, 2, 1991, págs. 179 y ss. Cfr. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones del Derecho Penal por los servicios privados de seguridad*, en: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada, 2000. Casares. Estudios de Derecho Penal dirigidos por C.M^º. ROMEO CASABONA, págs. 341 y ss.

¹⁶⁴ Sobre la situación en Alemania, y el incremento de los servicios privados que gestionan la seguridad, vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 341 (y bibliografía allí citada). En cuanto a la situación en España, vid. ROLDÁN BARBERO, H., *La seguridad privada en la prevención del delito*, La Ley, 6. Febrero, 2001. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3^ª Ed. (2003), Capítulo XXIII, 4..

¹⁶⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3^ª Ed. (2003), Capítulo XXIII, 4.b).

danas y con las relaciones deseables entre policía y comunidad. Todo ello contribuye positivamente al impulso del mencionado proceso de *privatización*, o si se prefiere, de delegación del sector público a favor del privado, que, por cierto, crece año tras año sin cesar¹⁶⁶. El principio del *riesgo específico*, según el cual la comunidad no debe asumir el coste de unos medios de protección específicos que requieren ciertos ciudadanos, instalaciones o instituciones, industrias, etc., sino que han de ser éstos quienes lo financien¹⁶⁷ es el criterio técnico que suele invocarse para legitimar la existencia de tales servicios privados y explicar a cuenta de quien debe correr su financiación. El proceso de privatización parece irreversible y hoy son ya muchos los establecimientos que, por imperativo legal¹⁶⁸, han de disponer de medidas de autoprotección (vg. joyerías, galerías de arte, farmacias, estaciones de servicio, etc.) que empresas privadas dispensan incluso a emblemáticos edificios públicos¹⁶⁹.

La privatización suele tener dos formas de manifestación: por una parte, los controles y vigilancias de espacios públicos —o abiertos al público— (vg. centros comerciales, zonas peatonales, áreas públicas de circulación de personas, etc.) pasan cada vez más a manos de empresas privadas de seguridad: son éstas las que satisfacen las demandas específicas de seguridad de sus clientes (empresas municipales de transportes, oficinas públicas, grandes almacenes, asociaciones de comerciantes, etc.); pero, de otra, los propios ciudadanos se movilizan frecuentemente para defender sus necesidades de seguridad sin acudir a los poderes públicos (vg. iniciativas locales de protección ciudadana en muchos lugares de Alemania, los vigilantes de la seguridad en Baviera, la reserva de policías voluntarios de Berlín, etc.)¹⁷⁰.

Este proceso de privatización plantea numerosos problemas: problemas de legitimación, de efectividad, de incidencia de esta modalidad del control social en el propio control social estatal, etc. Baste aquí con apuntar las características del control social en manos de intereses privados, los riesgos que derivan del mismo y las consecuencias de este nuevo *paradigma* de control en orden al control social estatal.

La gestión privada de la seguridad y el orden implica concepciones radicalmente distintas y criterios de actuación también diferentes en relación con el control estatal: mientras el Derecho Penal, como sistema de regulación simbólico, trasciende el estricto control instrumental y directo, la gestión privada no pretende simbolismo alguno sino que despliega las medidas precisas para conseguir resultados *predeterminados*¹⁷¹. El control social estatal es generalista y no discriminatorio; el privado, por el contrario, particularista y selectivo, orientado

¹⁶⁶ Vid. ROLDÁN BARBERO, H., *La seguridad privada*, cit., págs. 3 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo XXIII, 4.b).

¹⁶⁷ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La seguridad privada*, cit., pág. 6 (citando a MUÑOZ USANO, F.).

¹⁶⁸ El Reglamento de Seguridad Privada, de 1994, exige la adopción de concretas medidas de autoprotección a bancos, cajas de ahorro y entidades de crédito; medidas extensibles a joyerías, galerías de arte, farmacias, estaciones de servicio, etc.; Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La seguridad privada*, cit., págs. 5 y 6.

¹⁶⁹ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *La seguridad privada*, cit., pág. 6.

¹⁷⁰ Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., págs. 345 y 346.

¹⁷¹ Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 344.

siempre a los intereses de su clientela. El control social estatal se rige de acuerdo a códigos normativos conforme al binomio “justo”– “injusto”, mientras los modelos de gestión privada tienen naturaleza puramente situacional sin otra referencia que los criterios de “seguridad”–“inseguridad”¹⁷².

La privatización de la seguridad y el orden ha roto con el monopolio estatal de la violencia. El Derecho Penal ha perdido la exclusividad como instrumento de control decisivo del Estado¹⁷³. Ahora bien, control estatal y control privado no son sino manifestaciones cambiantes del proceso de reestructuración del control social¹⁷⁴ que en el Estado del bienestar social tienden a diversificarse, a diferenciarse¹⁷⁵, pero que se complementan entre sí e integran en el aparato total del control social.

No es contradictorio, por ello, que el proceso actual de expansión del Derecho Penal vaya acompañado de un proceso paralelo de privatización en la gestión de intereses públicos, como la seguridad y el orden. Se trata de mecanismos e instancias complementarias: el Estado utiliza los intereses privados de control para asegurar sus propias pretensiones de orden y seguridad; y los particulares utilizan al Estado para allanar el terreno a su propio concepto del orden, buscando el amparo oficial del Derecho Penal para hacer valer sus intereses singulares actuando por debajo del umbral garantista de éste¹⁷⁶.

Ahora bien, no pueden ocultarse los riesgos que implica este nuevo *paradigma* de control¹⁷⁷ que pone en manos de intereses particulares la gestión de intereses públicos como la seguridad y el orden. Es obvio que, llámese *invasión* o *delegación*, se trata de una ocupación de ámbitos públicos por particulares, que degrada de forma irreversible la relevancia social del control público estatal en aquellos, dejando expedito el peligroso terreno a la lucha privada contra la criminalidad¹⁷⁸. Como ha advertido la doctrina¹⁷⁹, el nuevo paradigma al que me refiero tenderá a legitimar, sin más, los intereses singulares de las empresas privadas gestoras de la seguridad y el orden públicos; propiciará excesos de éstas en su delicada labor, porque a menudo eludirán

¹⁷² Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 353.

¹⁷³ Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 354.

¹⁷⁴ En este sentido, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., págs. 350-351. Los autores subrayan que el proceso de privatización de la seguridad no significa, sin más, que intereses particulares se infiltren en el ámbito estatal monopolizador de la violencia, sino algo más complejo: que se reestructura el sistema de control social, de modo que, de una parte, cede el monopolio estatal, pero, de otra, dicho poder se revaloriza impetuosamente en ciertos ámbitos. Por ello, no se sería contradictorio el actual proceso de expansión del Derecho Penal con el de privatización de la seguridad pública.

¹⁷⁵ Así, COHEN, St., *Visions of Social Control*, 1985, Cambridge, págs. 40 y ss. Cfr., BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 351.

¹⁷⁶ Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 351.

¹⁷⁷ Cfr. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 353.

¹⁷⁸ Así, BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 349. Para los autores, pues, el proceso de privatización aunque invada competencias públicas, estatales, no implica una retirada o repliegue del control social por parte del Estado, porque produce tales cambios en la estructura del control social que potencia, también, e incrementa las posibilidades del control estatal. Vid., igualmente: ALBRECHT, P.A., *Das Strafrecht im Zugriff populistischen Politik*, en: StV, 5, 1994, págs. 269 y ss.; NAUCKE, W., *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, en: KRit, V, 2, 1993, pág. 145. Cfr. BESTE, H.-VOSS, M., op. cit., pág. 349.

¹⁷⁹ Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 354.

las garantías fundamentales del Derecho, actuando muy debajo del umbral garantista de éste; y, en último término, en cuanto privatización del *ius puniendi* bajo patrocinio estatal, constituyen una nueva forma de criminalización en el campo previo. Con lo que a la quiebra genérica de la *seguridad jurídica* que la gestión de la seguridad pública por intereses privados implica, el ciudadano verá ahora amenazadas sus libertades no desde un frente (el Derecho Penal) –el estatal– sino desde dos¹⁸⁰.

En síntesis, solo el Derecho Penal, como instancia pública, asegura una intervención garantista del control social y la tutela efectiva de los intereses generales. El fenómeno privatizador, propio de la *sociedad del riesgo*, que exacerba las demandas de seguridad, representa un peligro cierto porque excepciona la necesaria presencia de instancias públicas al articular la respuesta a aquellas demandas sociales de seguridad. Rompe con el monopolio estatal de la violencia y con el protagonismo del Derecho Penal como instrumento decisivo del control social. Transmite un perverso mensaje psicosocial que difumina la diferencia clásica entre lo *público* y lo *privado*, legitimando bajo el engañoso manto protector del Derecho Penal intereses estrictamente *privados* que actúan muy por debajo del umbral garantista del *ius puniendi*. Y al socaire de criterios economicistas y de eficiencia, que tratan de justificar la privatización –en buena medida explicable por la incapacidad del propio sistema público– el proceso de privatización implica un peligroso y anacrónico retorno a modelos de gestión históricamente superados. Su inercia expansiva constituye, además, un riesgo adicional¹⁸¹, que potenciará las desigualdades sociales previas por la distinta capacidad de los ciudadanos para acceder y financiar dichos mecanismos privados de seguridad.

¹⁸⁰ Vid. BESTE, H.-VOSS, M., *Las deformaciones*, cit., pág. 354.

¹⁸¹ La moderna Criminología crítica ha advertido que el acelerado crecimiento de la industria privada de la seguridad en numerosos países europeos es uno de los indicadores más fiables de la emergencia de una “justicia actuarial” (así: WARDE, Joap de., *The private security industry in international perspective*, en: *European Journal of Criminal Policy an Research*, vol. 7, nº 2, págs. 143 y ss.). Con el término despectivo “justicia actuarial”, de FEELEY Y SIMÓN (*Actuarial Justice: the emerging new criminal law*, en: Nelken, 1994, págs. 173 y ss.) se alude a un nuevo modelo de justicia propio de la sociedad postindustrial del riesgo, que no se orientaría a ideales positivos y solidarios, sino a una solidaridad negativa de *miedos compartidos*. En este modelo, la acción estatal se plantea en escenarios estadísticos y cálculos de riesgos. El propio individuo pasa de ser el ciudadano responsable al “objeto irresponsable del control”. La violación de la norma no se contempla con criterios de *culpabilidad*, sino en términos de *riesgos potenciales para el sistema*. En consecuencia, afirma SWAANINGEN (*Justicia social en la Criminología Crítica del nuevo milenio*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, nº 10, 2002, págs. 265 y ss.: especialmente, págs. 276 y 277) el negocio del delito se gestiona con un estilo *empresarial, gerencial* que prima la eficiencia (op. cit., pág. 278) convirtiendo los grandes problemas morales del delito y la pena en *cuestiones técnicas*. En este sentido, COHEN, St., se ha referido, también, al apogeo de estilos de mera “gestión”, “administrativos” y “tecnocráticos” (*Social control and the politics of reconstructions*, 1994. Nelken., págs. 63 y ss.). Y S. SCHREERER admite, críticamente, que el Derecho Penal está perdiendo su identidad, caracterizándose en la actualidad, por un simbolismo punitivo de *mano dura* a nivel teórico y por un mero gerencialismo administrativo a nivel práctico (Limits to criminal law?, en: *Bianchi van Swaaningen*, 1986, págs. 105 y ss.). Con razón advierte DÍEZ RIPOLLÉS que el criticado proceso de privatización significa una verdadera “dejación” por parte de los poderes públicos; que la supuesta especial “eficiencia” de la iniciativa privada no deja de ser una coartada. Y que el proceso de privatización potencia las desigualdades sociales previas, por la distinta capacidad de acceso y financiación de la seguridad privada (Vid. *El modelo penal de seguridad ciudadana*, cit., pág. 18).

2.3. La “autonomía” del Derecho Penal y su supuesta naturaleza “sancionatoria”¹⁸²

El Derecho Penal es un sector más de los que integran el ordenamiento jurídico: un *subsistema* de éste¹⁸³. Sus normas conviven armónicamente con las de los otros sectores, porque el ordenamiento jurídico es un todo, un todo orgánico¹⁸⁴ bajo el imperio de los principios de racionalidad, sistematicidad y unidad; sin perjuicio de que cada sector o subsistema, claro está, tenga sus fines propios, y se sirva de conceptos y técnicas de intervención singulares. El Derecho Penal selecciona la parcela de la realidad social en la que decide intervenir con criterios autónomos e interviene en ella con instrumentos privativos del mismo (penas, medidas de seguridad ...), para cumplir una misión específica que sólo al *ius puniendi* estatal corresponde. Lógicamente, la unidad del ordenamiento —y su funcionalidad— sólo admiten la autonomía relativa de los subsistemas que lo integran, una autonomía limitada, y ello es lo que sucede con el Derecho Penal. El Derecho Penal cuenta con esa autonomía, tanto en la delimitación de sus presupuestos, como en el establecimiento de sus sanciones¹⁸⁵.

El Derecho Penal cumple su función protectora del orden social mediante el castigo, esto es, sancionando ciertas conductas (delitos y faltas) con determinadas consecuencias jurídicas (fundamentalmente penas). Pero esta particular forma de intervenir del Derecho Penal, preordenada al cumplimiento de su función y que no ha de confundirse con ésta, nada tiene que ver con la supuesta naturaleza *sancionatoria* que un sector de la doctrina, minoritario, le asigna.

La tesis del carácter *sancionatorio* (*accesorio, secundario, etc.*)¹⁸⁶ del Derecho Penal, de rancio abolengo histórico¹⁸⁷, mantiene que éste no realiza una función “valorativa” sino puramente “sancionatoria”; esto es, que corresponde al Derecho Penal imponer determinadas consecuencias jurídicas, pero no seleccionar con criterios propios las normas, ni los valores que fundamentan la ilicitud de las conductas sancionadas, pues tales normas y valores precederían al Derecho Penal, se hallarían fuera del mismo, en los restantes sectores del ordenamiento jurídico, que constitui-

¹⁸² *Sobre la autonomía del Derecho Penal*, vid., en la doctrina española: LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Edit. Universitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 71 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, P.G.*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 103 y ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, (3ª edición), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 85 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^º., *Derecho Penal español*, P.G. (1991), cit., págs. 24 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, cit., P.G. (Tecnos), 1981, págs. 62 y ss.; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, (4ª edición), cit., págs. 36 y ss.

¹⁸³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II.5.b) (El Derecho Penal como “subsistema normativo” altamente formalizado).

¹⁸⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, cit., pág. 104; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 86.

¹⁸⁵ Por todos: COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª edición, cit., págs. 36 y ss.

¹⁸⁶ Vid. VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 1925, I, Berlin, pág. 31.

¹⁸⁷ Vid. STAMPA BRAUN, J.M^º., *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*. Valladolid (1953). Miñón, pág. 36. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., págs. 62 y ss.

rían su *prius lógico*¹⁸⁸ y a los que el Derecho Penal se limitaría a *reforzar* con sus sanciones¹⁸⁹.

Precisamente la naturaleza *sancionatoria* del Derecho Penal es el argumento que invoca un sector de la doctrina francesa para cuestionar la clasificación del mismo tanto en el ámbito del Derecho Público como en el del Derecho Privado y fundamentar de este modo su plena autonomía¹⁹⁰.

La supuesta naturaleza *sancionatoria* o *secundaria* del Derecho Penal encontró su apoyo teórico doctrinal en la polémica *teoría de las normas* de BINDING¹⁹¹, si bien fue abrazada posteriormente por autores no siempre partidarios de ésta, que niegan la autonomía del Derecho Penal porque sobrevaloran y malinterpretan la relevancia de la superposición de tutelas jurídicas que eventualmente concurren con la pena¹⁹² y la naturaleza *subsidiaria* de ésta. Así, en Alemania, MAURACH¹⁹³; en Italia, GRISPIGNI¹⁹⁴; y en España, JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁹⁵, SILVELA¹⁹⁶ o SAINZ CANTERO¹⁹⁷.

La teoría de las normas, en efecto, al situar éstas fuera del Derecho Penal, bien en el ámbito del Derecho Público, bien en los otros sectores del ordenamiento jurídico, —su punto de partida es la distinción entre *norma* y *ley*— acaba negando la existencia de *normas* genuinamente penales (*recte*: habría que hablar, según dicha teoría de *leyes*, no de *normas* penales) y atribuye, en consecuencia, a aquéllas la mera función sancionatoria: el castigo de las conductas cuya ilicitud podría ya fundamentarse al margen del Derecho Penal, en un momento previo a éste. No obstante, existen diferencias sustanciales entre dos de sus formulaciones más destacadas: las de BELING¹⁹⁸ y BINDING¹⁹⁹. BELING, sitúa las *normas* en los distintos sectores

¹⁸⁸ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 62.

¹⁸⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, P.G.*, 1999, cit., pág. 104.

¹⁹⁰ Entre otros, por ejemplo: PRADEL, J., *Droit Pénal, I* (1994), 9ª Ed., Edit. Cuyas. Paris, págs. 86 y ss.; MERLE, R.-VITU, A., *Traité de Droit Criminel ...*, I, 13ª, Ed. Paris, 978, Ed. Cuyas, págs. 211 y ss.; LARGUIER, J., *Droit Penal général*, 1997 (16ª Ed.), DALLOZ, págs. 3 y ss.; ROUBIER, *Théorie générale du Droit*, 3ª Ed. (1951), págs. 313 y ss.

¹⁹¹ Vid infra. Capítulo V, III de esta obra.

¹⁹² Con razón, decía v. HIPPEL: “Todas las partes del ordenamiento jurídico se completan recíprocamente, sin que por ello se siga una relación de subsidiariedad”. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.ª., *Derecho Penal Español, P.G.*, cit., pág. 25, nota 62.

¹⁹³ MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, (1971), págs. 30 y ss.

¹⁹⁴ *Diritto Penale italiano, I* (Milán), 1947, págs. 233 y ss.

¹⁹⁵ Para el autor, la tesis del carácter meramente *garantizador* o *secundario* del Derecho Penal encontraría su fundamento filosófico en Rousseau, quien afirma que “las leyes criminales, en el fondo, más que una especie particular de leyes, son la sanción de todas las otras”. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, P.G.*, 1999, cit., pág. 104.

¹⁹⁶ SILVELA, L., *El Derecho Penal, I*, pág. 21.

¹⁹⁷ *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I.*, Introducción. Barcelona (Bosch), 1979, págs. 34 y ss.

¹⁹⁸ BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts* (1930), 11ª Ed., pág. 13.

¹⁹⁹ BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, I (1885), §30.1. Mantiene, también, la distinción entre “normas” y “ley”, entre otros: BIERLING, BERNER, HEINZE, OETKER, VON ROHLAND, THON, OLSHAUGEN, ROXIN, SCHUPPE, VITZINGER, etc. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.ª., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 25, nota 63.

del ordenamiento jurídico²⁰⁰, mientras BINDING lo hace en el Derecho Público general, de suerte, para este autor, que no sólo el Derecho Penal, sino cualquier otro sector del ordenamiento jurídico (público o privado) tendría naturaleza *sancionatoria* ya que las *normas* correspondientes a sus *leyes* hundirían sus raíces en el Derecho Público general, y no en los respectivos sectores del ordenamiento. En cualquier caso –siempre según la teoría de las normas– el Derecho Penal *sanciona*, no *valora*; no pronuncia prohibición alguna, sólo fija las consecuencias jurídicas que la infracción de lo prohibido produce en su propio campo²⁰¹. Se limita a imponer sus sanciones a las conductas contrarias al deber de obediencia al Estado, que consagran normas situadas fuera del Derecho Penal, ajenas y anteriores a éste²⁰².

Las leyes penales en blanco y, en particular, las remisiones “in toto” al ordenamiento extrapenal constituyen la manifestación más significativa de la controvertida naturaleza sancionatoria del Derecho Penal y, en cualquier caso, de la mínima autonomía de éste (vid. artículos 320, 325, 360, 363, 364, 441, etc. del Código Penal Español). La autonomía del Derecho Penal se cuestiona, también, argumentando que suele existir un correlato incuestionable entre los preceptos penales y otros de naturaleza no penal (civiles, administrativos, etc.), de modo que en la fijación de sus presupuestos la intervención del Derecho Penal es tributaria de aquellos sectores del ordenamiento jurídico, de sus conceptos, de sus valoraciones. Correlación particularmente llamativa en el Derecho español que conoce amplísimas *cláusulas generales* (artículo 1.902 del Código Civil) capaces de fundamentar la ilicitud de los comportamientos antinormativos sin necesidad de las leyes penales. Éstas, pues, se limitarían a *reforzar* con sus sanciones *ad hoc* las normas extrapenales, castigando, por lo general, las formas más graves del ilícito civil. Pero carecerían de autonomía en la fijación de su presupuesto.

Las llamadas “cuestiones prejudiciales”, previstas en los artículos 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, serían buena prueba de la relativa dependencia del Derecho Penal respecto a otros ámbitos del ordenamiento en la determinación de los presupuestos de su intervención²⁰³.

Existen en nuestro Código –se ha dicho²⁰⁴– delitos “cuya relación con otras ramas del Derecho es tan estrecha que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas. Principalmente ocurre esto con los delitos contra el patrimonio, cuyos presupuestos existenciales descansan en relaciones jurídicas privadas. Así, por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes supone la existencia de una relación jurídica obligacional que liga al acreedor con el deudor; la

²⁰⁰ Vid. del autor: *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906 (Tübingen), págs. 122 y ss. En este sentido, KAUFMANN, A., *Lebendiges und totes in Bindingsnormentheorie*, 1954 (Göttingen), págs. 237 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 63, nota 72.

²⁰¹ Así, MAURACH, R., *Tratado*, cit., I., pág. 35. En igual sentido, ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, 1963 (Buenos Aires), págs. 204 y ss. Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal, P.G.*, 4ª edición, cit., págs. 36 y 37.

²⁰² Cfr., QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, 1999, cit., pág. 105.

²⁰³ Así, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª edición, cit., pág. 86. Con razón argumentan los autores: “Estas cuestiones serán, unas veces, resueltas por el juez penal, y otras, se remitirá su conocimiento a otras jurisdicciones cuyas resoluciones vincularán o no, al Juez penal, etc., pero, en todo caso, deben ser resueltas previamente a la cuestión penal propiamente dicha”.

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª edición, cit., págs. 85 y 86.

apropiación indebida o el hurto, suponen la ajeneidad de la cosa apropiada, la distinción entre estos dos delitos descansa en el discutido concepto de la posesión, etc. Lo mismo sucede con algunos delitos contra el estado civil, la bigamia, por ejemplo, que supone la constatación de la previa existencia de otro matrimonio anterior válidamente constituido ...”

Por último, a favor de la supuesta naturaleza *accesoria, secundaria* o *sancionadora* del Derecho Penal se ha invocado el fundamento *extrapenal* de las causas de justificación, particularmente, el ejercicio legítimo de un derecho (*artículo 20.7º* del Código Penal). La remisión a otros sectores del ordenamiento jurídico que de forma explícita o tácita contienen algunas *causas de justificación* demostraría que el juicio definitivo sobre la licitud o ilicitud (penal) de la conducta depende, en último término, de las valoraciones que efectúan aquéllos; de normas, pues, extrapenales, y no del Código Penal, que se limita a sancionar comportamientos inicial e indiciariamente contrarios a tales normas²⁰⁵.

Sin embargo, las objeciones expuestas no convencen.

La *teoría de las normas*, cuyo rechazo se fundamentará en otro lugar de esta obra²⁰⁶, no contiene un alegato contra la autonomía del Derecho Penal, sino, en puridad, contra la de cualquier sector del ordenamiento jurídico, al menos en la brillante formulación de BINDING. Probaría, pues, demasiado.

Tampoco parecen sólidos los argumentos de quienes se amparan en la dificultad de distinguir con criterios cualitativos apriorísticos el ilícito penal del civil²⁰⁷ o en las recíprocas y necesarias conexiones de las normas penales y las extrapenales para deducir una errónea dependencia o subordinación de las primeras a estas últimas.

Para empezar, y frente a quienes mantienen la prioridad de las normas extrapenales sobre las penales, conviene recordar que, al menos desde un punto de vista histórico, éstas precedieron sin duda a aquéllas²⁰⁸. El Derecho Penal quizás sea, históricamente, la forma más antigua de manifestación del Derecho²⁰⁹, entre otras razones porque protege los valores e intereses más elementales, primarios, del individuo y la sociedad y las otras tutelas jurídicas, más sofisticadas y complejas, se constituyeron posteriormente, de forma progresiva, en sociedades más desarrolladas²¹⁰.

No es cierto, por otra parte, que toda norma penal tenga su necesario y preciso correlato en normas de naturaleza no penal; ni que se produzca en nuestro ordenamiento jurídico sistemáticamente un fenómeno de coincidencia, superposición o interferencia de tutelas (penal y extrapenal), sea de forma total o parcial. Un somero análisis de aquél demuestra, por el contrario, que existen bienes jurídicos que sólo cuentan con protección penal y preceptos penales que sancionan conductas no prohibidas por otros sectores del ordenamiento jurídico²¹¹. En estos casos, es obvio

²⁰⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, 1999, cit., pág. 107.

²⁰⁶ Vid. infra, Capítulo V.

²⁰⁷ Según CEREZO MIR, J., (*Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 62 y nota 68), no se debe afirmar el carácter secundario o sancionatorio del Derecho Penal por el mero hecho de que no se hayan encontrado hasta la fecha criterios satisfactorios para distinguir el ilícito penal del civil, el administrativo, etc.

²⁰⁸ Así, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^º., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 25.

²⁰⁹ En este sentido, JESCHECK, H.H., *Lehrbuch*, cit., pág. 40.

²¹⁰ Así, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., pág. 73.

²¹¹ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., págs. 62 y 63.

que el Derecho Penal cumple con plena autonomía una función *valorativa* y no meramente sancionatoria. No se limita a sancionar o reforzar un orden jurídico lógicamente preexistente, sino que crea dicho orden²¹².

La doctrina reconoce que, en ocasiones, es el propio Código Penal quien dispensa una tutela *primaria* a determinados bienes jurídicos, como la libertad sexual²¹³; lo que sucedería, también, con el delito de aborto y el de falsificación de documento privado, con ánimo de ocasionar perjuicio a tercero, sin llegar a causarlo²¹⁴, los delitos de atentado²¹⁵, el de omisión del deber de socorro²¹⁶, etc.; sin que, en estos casos, ni siquiera la amplia cláusula general del artículo 1.902 del Código Civil podría deparar tutela de esta clase a los respectivos bienes jurídicos²¹⁷.

De cualquier forma, la intervención penal es siempre selectiva, incluso cuando se proyecta en relaciones jurídicas preexistentes que cuentan ya con una valoración primaria extrapenal. El legislador penal decide qué bienes jurídicos requieren de su protección (o qué faceta o dimensión de éstos puede y necesita ser tutelada), frente a qué clase de comportamientos y de qué modo ha de establecer aquélla. Selecciona, valora, con criterios propios y técnicas privativas del mismo para conseguir los objetivos que persigue. No se limita a aceptar, sin más, las definiciones e imperativos primarios procedentes de otros subsistemas jurídicos ni a imponer una sanción a las conductas que los conculquen. La intervención penal es selectiva, fragmentaria, subsidiaria y se rige por principios *sui generis*.

Que el lenguaje del Derecho Penal sea el *castigo* –su modo de actuar, su única estrategia y estilo de intervención– no quiere decir que el Derecho Penal sea un subsistema jurídico de naturaleza estrictamente sancionatoria. Sería incorrecto desconocer que incluso cuando el Derecho Penal muestra su faz sancionadora y parece compartir, de algún modo, intereses comunes con otros sectores del ordenamiento, su intervención siempre subsidiaria y fragmentaria persigue metas propias y opera con principios específicos: el de responsabilidad subjetiva, el de culpabilidad, prevención, etc. que no rigen –o que no lo hacen con la misma intensidad– en otros campos del Derecho²¹⁸.

²¹² Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 63.

²¹³ Así: CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 63; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.^a, *Derecho Penal español*, cit., pág. 25; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª edición, cit., pág. 85; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, P.G.*, 1999, cit., pág. 145.

²¹⁴ Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 63.

²¹⁵ En este sentido, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., págs. 72 y 73, refiriéndose a la protección expresa que el Código Penal depara a la indemnidad y prestigio de quienes ostentan la condición de autoridad o funcionario.

²¹⁶ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., pág. 36.

²¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.^a, (*Derecho Penal Español, P.G.*, cit., pág. 26) plantea como test de la autonomía del Derecho Penal qué es lo que sucedería con una hipotética desaparición de sus normas; si, en tal caso, las conductas antes delictivas se castigarían al amparo de las normas extrapenales, el Derecho Penal sería un sector jurídico meramente *sancionatorio*; en otro caso, autónomo. Y se inclina por la segunda opción, invocando, de una parte, el alcance del artículo 1.902 del Código Civil; y de otra, la evidencia de que muchas infracciones (sobre todo, contra el Estado y la sociedad) quedarían impunes si no existiera la normativa penal.

²¹⁸ Así, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., pág. 72.

Finalmente, la unidad inescindible del ordenamiento jurídico y el postulado de la antijuricidad como juicio general prevalecen en el momento de valorar las conexiones internas –siempre recíprocas– de los diferentes sectores y subsistemas jurídicos. Existe, en definitiva, un concepto único, unitario, de ilicitud o antijuricidad, común y válido para todos aquellos. Lo que varía es la forma con que cada uno configura (tipifica), autónomamente, dicha antinormatividad, según sus respectivos objetivos y misiones; y los efectos o consecuencias de una u otra tipificación²¹⁹. Reflexión que explica la fundamentación extrapenal de algunas causas de justificación y deja a salvo la autonomía del Derecho Penal²²⁰.

Como se ha dicho acertadamente²²¹, “la cuestión de si el Derecho Penal crea sus prohibiciones o éstas le vienen ya dadas es, pues, más adecuada para oscurecer los problemas que para solucionarlos y, en todo caso, no se puede resolver de un modo general. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico no está compuesto de compartimentos cerrados, estancos, sin comunicación entre sí, sino que existe una relación de interdependencia entre ellos, sin que esto implique la subsidiariedad de ninguno”.

De la autonomía –limitada, desde luego, pero efectiva– del Derecho Penal se desprenden dos consecuencias. En primer lugar, la libertad de acción del legislador para decidir los términos de la intervención penal. En segundo lugar, la necesidad de interpretar los conceptos y elementos valorativos que procedan de otras ramas del Derecho de acuerdo con las específicas exigencias penales, sin que el operador jurídico se sienta vinculado por la acepción que tuvieran en el ordenamiento de origen. Procede, antes bien, indagar cuál es, en cada caso, el sentido que la ley penal les otorga²²².

3. DERECHO PENAL, DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PROCESAL: EL CONTROVERTIDO PROBLEMA DE LAS RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PROCESAL

3.1. Derecho Penal y Derecho Administrativo

Merecen, también, una especial atención las relaciones siempre controvertidas entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

²¹⁹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª Edición, cit., pág. 86.

²²⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, 1999, cit., págs. 107 y 108. Como dice el autor: “... la idea general de antinormatividad nutre su contenido del total conjunto del ordenamiento, sin que por ello quede desdibujado el carácter penal de la norma en cuya trasgresión reside la esencia del delito”.

²²¹ Así, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª Edición, cit., pág. 86.

²²² Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 38. También, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª Edición, cit., págs. 86 y 87.

3.1.1. *Conexiones funcionales*

Es fácil constatar, en primer lugar, una clara *conexión funcional* entre ambos sectores del ordenamiento jurídico público, porque el Código Penal se sirve en numerosas definiciones y figuras delictivas de conceptos acuñados en el Derecho Administrativo; y tutela, además, intereses que atañen a la Administración Pública y al ejercicio de la función pública.

El Código Penal, unas veces, asume sin más la significación que tales conceptos tienen en su ordenamiento de origen. Otras, los redefine, atribuyéndoles la más acorde con sus necesidades particulares.

Términos que proceden del Derecho Administrativo se utilizan por el Código Penal, por ejemplo, en los artículos 262 (“concurso o subasta pública”), 294 (“supervisión administrativa”), 305 (“subvenciones o ayudas públicas”), 308.1 (“Administraciones Públicas”), 319.1 (“dominio público”), 320.1 (“licencias”), 326.a (“autorización o aprobación administrativa”), 404 (“asunto administrativo”), 407 (“cargo público”), 409 (“servicio público”), 422 (“función pública”), 432.1 (“caudales o efectos públicos”), 436 (“contratación pública”), 437 (“aranceles”), etc. En algunos supuestos, el Código Penal redefine tales conceptos, otorgándoles una significación distinta a la que tienen en el ordenamiento (administrativo) de origen, como sucede con el concepto (penal) de *funcionario público* que aporta el artículo 24.2 del Código Penal, o el artículo 135.1 de la L.O. Electoral 5/1985, de 19 de junio.

Pero la relación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico público es aún más profunda, si se repara en la protección específica que el Código Penal dispensa a valores e intereses relacionados con las Administraciones y la función pública, que define el Derecho Administrativo. Lo que no debe extrañar porque el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas, la probidad de sus servidores, y la normal actuación de éstos libre de toda suerte de presiones e influencias que los aparte del cumplimiento de la ley y la función que desempeñan, son valores de capital importancia en un Estado de Derecho²²³.

Por ello, el Código Penal contempla en los Capítulos I a IX de su Título XIX (artículos 404 a 445) los *Delitos contra la Administración Pública* (prevaricación, abandono de destino e incumplimiento del deber de perseguir ciertos delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios, etc.). También, el Capítulo V del Título XXI (artículos 529 a 542) describe diversas figuras delictivas referidas a Autoridades y funcionarios públicos: *De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales* (contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad, y contra otros derechos individuales). Por último, el Código Penal castiga los delitos de *atentado, resistencia y desobediencia*, en el Capítulo II del Título XXII (artículos 550 a 556), *contra la Autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos*.

²²³ No en vano, el artículo 103.1 de la Constitución declara que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho”.

3.1.2. *Ilícito penal e ilícito administrativo*

La distinción entre *ilícito “penal”* e *ilícito “administrativo”*, de indudable trascendencia no solo teórica, sino práctica²²⁴, ha suscitado desde la Ilustración una viva polémica doctrinal²²⁵.

a) Desde un punto de vista estrictamente *formal*, la diferencia entre uno y otro injusto puede trazarse con nitidez, atendiendo a sus respectivos presupuestos, a la naturaleza de las normas legales que los define y castiga, a la de la sanción que en cada caso se impone, al órgano competente, al procedimiento legalmente previsto para acordar las mismas y a su forma de cumplimiento o ejecución.

El *presupuesto* del ilícito *penal* es el *delito* (la infracción criminal), el del ilícito *administrativo* la infracción *administrativa*. El ilícito *penal* se describe y tipifica en el Código Penal y las leyes penales especiales, el *administrativo* en la *legislación* de este orden. El injusto *penal* se sanciona con *penas* o da lugar a la imposición de *medidas de seguridad*. El ilícito administrativo, a sanciones no penales, administrativas, que imponen las Administraciones en el ejercicio del *poder sancionatorio* que les es propio. El *órgano competente* para apreciar y castigar el injusto penal es el Juez o Tribunal de lo criminal, mediante sus sentencias dictadas con arreglo a las leyes procesales penales. En el caso del ilícito administrativo, lo es el órgano administrativo que en cada caso proceda según la legislación administrativa (sin perjuicio, desde luego, del control jurisdiccional del ejercicio del poder sancionatorio por la Administración que aquélla discipline). El *procedimiento* legalmente establecido para comprobar la comisión de un ilícito penal se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cuanto al ilícito administrativo, faltaba una normativa unitaria, hallándose previstos los preceptos procesales y procedimentales en una dispersa y casuística legislación administrativa. En la actualidad, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se regula, con carácter general, por la Ley de 26 de noviembre de 1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su Reglamento aprobado por R.D. de 4 de agosto de 1993. La forma de *cumplimiento y ejecución* de las respectivas sanciones difiere, contemplándose en normas distintas (Ley General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 y Reglamento de 9 de febrero de 1996, para las penas privativas de libertad).

En este sentido, y con arreglo al *ius positum* español, el ilícito administrativo no puede dar lugar a sanciones que directa o subsidiariamente impliquen una privación de libertad (*art. 25.3* de la Constitución), cualquiera que sea el *nomen* de aquéllas. Y, desde luego, carecen de naturaleza penal, según dispone el *artículo 34* del vigente Código Penal (“no se reputarán penas ...”), la detención, la prisión preventiva y

²²⁴ Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal*, P.G., 4ª Edición, cit., pág. 48, para quienes afirmar –o negar– la posibilidad de distinguir ambos injustos decide la solución del problema del “*ne bis in idem*” en uno u otro sentido.

²²⁵ Así, MAYER, H., *Strafrecht* (1953), págs. 50 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, P.G., I, *Introducción* (5ª edición), págs. 42 y ss.; Vid., MUÑOZ POPE, C.E., *Introducción*, cit., págs. 103 y ss. Véase, también: STRATENWERTH, G., KUHLEN, L., *Strafrecht*, A.T., *Die Straftat*. 5ª Ed., 2004 (Carl Heymanns Verlag), págs. 23 y ss.; MATTES, H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, I (1977), II (por Herta Mattes), 1982.

demás medidas cautelares; las multas y correcciones gubernativas o disciplinarias que imponga la Administración; y las privaciones de derechos y sanciones reparatoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

Un criterio, como el expuesto, formal –claro y expeditivo, sin duda– no satisface plenamente las expectativas teórico doctrinales siempre más exigentes. Explica el Derecho Positivo, y sus soluciones, “*lege lata*”, pero no aporta propuestas de “*lege ferenda*” ni puede operar como instancia crítica del *ius positum*.

b) La búsqueda de posibles *criterios materiales* de la distinción entre ilícito *penal* e ilícito *administrativo* forma parte de una reflexión científica y político-criminal necesaria. El inmenso poder sancionatorio que ha ido desarrollando el Estado Social del bienestar como contrapartida de la asunción por el mismo de ambiciosos cometidos (el “*Daseinsvorsorge*” al que se refería FORSTHOFF)²²⁶ reclama un análisis crítico y realista.

Históricamente, surge con la Ilustración y el Estado liberal, siendo impulsada, sobre todo, por el idealismo alemán.

Hasta la *Ilustración*, no se planteó el problema de un posible concepto *material* de delito, porque la fundamentación religiosa del pensamiento jurídico conducía a una confusión entre Religión, Moral y Derecho²²⁷. En el Estado policia del despotismo ilustrado no es posible distinguir claramente el Derecho Penal del Derecho Administrativo, pues solo existe en el mismo una división de funciones, a lo sumo, entre los tribunales y las autoridades administrativas²²⁸.

El *idealismo alemán* impulsó la búsqueda de una fundamentación *material* a la distinción entre ilícito *penal* e ilícito *civil*. Para KANT y HEGEL existe una diferencia sustancial entre ambos injustos, pues el delito representa una auténtica rebelión contra la razón moral, mientras el ilícito *civil* se constriñe al menoscabo de intereses y derechos del individuo o la sociedad²²⁹. MERKEL y BINDING, sin embargo, criticaron tales intentos, procedentes más de la reflexión filosófica que de la elaboración jurídica, reprochando a los mismos no haber sido capaces de demostrar convincentemente diferencias estructurales entre uno y otro ilícito²³⁰.

Con el advenimiento del *liberalismo*, el Derecho Penal se convierte en uno de los exponentes más significativos del Estado de Derecho, al quedar vinculado el ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidad de los delitos y las penas, haciéndose entonces imprescindible una distinción sustancial entre ilícito *penal* e ilícito *administrativo*²³¹.

²²⁶ Vid. STATENWERT, G., KUHNEN, L., *Strafrecht*, A.T., cit., pág. 23.

²²⁷ Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, P.G., I., *Introducción*, 5ª Edición, cit., pág. 42.

²²⁸ Así, MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, A. T., (1971), pág. 14 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, P.G., 5ª Edición, cit., I (*Introducción*), pág. 43.

²²⁹ Vid. MAYER, H., *Strafrecht*, cit. (1953), pág. 51. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., P.G., I (*Introducción*), pág. 42.

²³⁰ Vid., MERKEL, A., *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, I (Leipzig) págs. 4 y ss.; BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung* (reimpresión de la 4ª Ed., Leipzig, 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965, I, págs. 237 y ss.). Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., P.G., I (*Introducción*), pág. 42 y nota 4.

²³¹ Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., P.G., I (*Introducción*), pág. 43.

La teoría del Derecho Penal de “policía” (versus: Derecho Penal criminal), claramente influida por el iusnaturalismo racionalista que formuló FEUERBACH, constituyó el primer intento doctrinal serio de elaborar una diferenciación material entre el ilícito “penal” –el genuino ilícito– y el ilícito “administrativo” (de “policía”). Para el autor, el ilícito “penal” lesiona un *derecho* del Estado o de los ciudadanos, mientras el ilícito de “policía” no lesiona ningún derecho sino que simplemente representa un peligro para el ordenamiento jurídico y la seguridad²³².

GOLDSCHMIDT²³³, después, profundizó en la citada línea argumental distinguiendo –enfrentando– Derecho (ilícito penal) y Administración (ilícito civil). Según GOLDSCHMIDT, el Derecho protege al individuo, asegurándole el disfrute de su libertad y su patrimonio. La Administración promueve el bienestar público. A tal duplicidad, correspondería una distinta consideración del sujeto, como *individuo* y como *asociado*. En cuanto *individuo*, el Derecho garantiza al sujeto la libertad y el patrimonio: la violación de estos bienes constituye delito *criminal*. En cambio, la lesión del interés de la Administración en el bienestar público (que GOLDSCHMIDT no considera un genuino *bien jurídico*) integra el contenido de la infracción administrativa. Ante el Derecho Penal, por tanto, el hombre aparece como individuo dotado de una voluntad autónoma y titular de derechos. El ilícito *criminal* expresa la lesión de éstos, la lesión de *bienes jurídicos*. Ante el Derecho Administrativo, como miembro de una sociedad al servicio de los fines del progreso social. En consecuencia, el ilícito administrativo define la infracción del deber de colaboración que su condición de asociado reclama, pero no implica el menoscabo de derechos, ni bienes jurídicos genuinos²³⁴.

Las tesis de GOLDSCHMIDT fueron desarrolladas posteriormente por W. WOLF²³⁵, Eb. SCHMIDT²³⁶, LANGE²³⁷, MICHELS²³⁸, BOCKELMANN²³⁹, MEZGER-BLEI²⁴⁰, y otros²⁴¹.

²³² Vid. MATTES, H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, I, Geschichte und Rechtsvergleichung*, 1977, Berlin (Duncker Humbolt), págs. 105 y ss. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., P.G., I (Introducción), pág. 44.

²³³ GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la edición de Berlin, 1902, Scientia Verlag Aalen, 1969.

²³⁴ En general, sobre el pensamiento de GOLDSCHMIDT, vid., v. HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht* (reimpresión de la edición de Berlín, 1930, Scientia Verlag Aalen, 1971, tomo II, págs. 106 y ss.; MATTES, H., *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, cit., I, pág. 135. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), págs. 44 y ss. (y notas 11 y 17); COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 49.

²³⁵ WOLF, E., *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechts System, en: Festgabe für R. Frank zum 70 Geburtstag* (reimpresión de la edición de Tübingen, 1930. Scientia Verlag Aalen, 1969, págs. 518 y ss.). Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 44, nota 12.

²³⁶ SCHMIDT, Eb., *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I*, 5ª Edición, cit., (Introducción), pág. 44, nota 13.

²³⁷ LANGE, R., *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, en: *Juristenzeitung*, 1956, págs. 519 y ss. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 44, nota 13.

Eb SCHMIDT, en este sentido, contrapone ilícito *penal* e *infracciones del orden* (“*Ordnungswidrigkeiten*”), advirtiendo que en estas últimas –a diferencia de lo que sucede con los ilícitos *criminales*– la significación social no va más allá de la mera lesión de intereses administrativos²⁴². WOLF, por su parte, trata de trazar la diferenciación material entre los dos ilícitos apelando a los diferentes *valores supremos* a que se orientan la Administración (ilícito civil) y el Derecho (ilícito penal), esto es, el *bienestar* y la *justicia*, respectivamente, a juicio del autor²⁴³.

También LANGE cree hallar la línea diferencial entre uno y otro injusto en el plano objetivo, material, a cuyo fin contrapone los ilícitos “*naturales*” (delito criminal) y los ilícitos “*artificiales*” (infracciones administrativas). El ilícito *criminal*, según LANGE, define las conductas que, en cada momento histórico, tienen *relevancia ético-social o significación cultural*. Por el contrario, el ilícito administrativo es, siempre, una acción irrelevante para la Ética social o culturalmente indiferente²⁴⁴. Por último, y situando igualmente la controversia en el ámbito objetivo de la antijuricidad, BRICOLA argumenta que así como el ilícito penal implica, por definición, un comportamiento *lesivo* (para el bien jurídico), el ilícito administrativo o de policía sólo puede caracterizarse *tendencialmente* como ilícito formal o de peligro presunto²⁴⁵.

Otros autores, sin embargo, han intentado trazar la frontera que delimita materialmente el injusto penal y el administrativo acudiendo a *criterios culpabilísticos*²⁴⁶. Según tal punto de vista, la plena vigencia del principio (subjetivo) de culpabilidad sólo operaría en el ámbito penal (ilícito criminal), no en el administrativo.

c) Las tesis dualistas reseñadas no convencen. La distinción entre bien jurídico e interés de la Administración descansa en el dualismo Administración-Derecho;

²³⁸ MICHELS, H.G., *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, 1963, Berlin (Walter de Gruyter). Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 44, nota 13.

²³⁹ BOCKELMANN, *Umwaldung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, in: Verkehrsstrafrechtlichen Aufsätze und Vorträge*, 1967 (Hamburg), págs. 165 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 44, nota 13.

²⁴⁰ MEZGER, E. BLEI, H., *Strafrecht*, I. Allg. T., 1973, págs. 5 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 46, nota 23.

²⁴¹ Manteniendo la necesidad de una distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo acudiendo a los criterios *cualitativos* clásicos (tesis hoy minoritaria): KÖHLER, M., *Strafrecht*, A.T., 1997 (Springer), pág. 34).

²⁴² Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 49 y nota 36.

²⁴³ WOLF, E., *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, cit., págs. 521 y ss. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), cit., pág. 48, nota 32.

²⁴⁴ El autor matiza así la formulación inicial de su tesis (mera contraposición entre ilícito *natural* e ilícito *artificial*), saliendo al paso de certeras críticas de WELZEL que le reprochaba desconocer la historicidad de las definiciones legales por sus prejuicios iusnaturalistas. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, P.G., I (Introducción), pág. 46.

²⁴⁵ BRICOLA, F., *Teoría generale del reato*, cit., pág. 83. Cit., por COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 49, nota 37.

²⁴⁶ Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 49.

dualismo insostenible porque la Administración no puede ser concebida como algo ajeno al Derecho desde el momento en que se halla sometida a él. Ni cabe hablar, en puridad, de “intereses de la Administración”, porque la Administración no tiene más intereses que los de la colectividad²⁴⁷ y el bien común.

El artículo 103.1 de la Constitución española declara que “La Administración Pública *sirve con objetividad los intereses generales* y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, pronunciamiento que impide admitir la existencia de unos intereses privativos de la Administración, “propios”, distintos de los de la Ley y el Derecho, de los “generales” de la colectividad.

Por idénticas razones, tampoco cabe sugerir que la actuación administrativa se orienta a la consecución del *bienestar general*, mientras el Derecho lo hace al valor supremo de la *Justicia*. Pues toda la actividad del Estado, sus órganos y poderes, incluida, naturalmente, la de la Administración, ha de ir dirigida, necesariamente, a un fin único y común: la creación de un orden justo y útil para todos sus ciudadanos²⁴⁸.

En consecuencia, no son de recibo las tesis que configuran el ilícito administrativo como ilícito *formal*, *artificial*, desvinculado de la lesión de bienes jurídicos y de los valores de la ética social, y sin otro fundamento que la mera desobediencia a los mandatos y prohibiciones de la Administración (“*mala quia prohibita*”). No es posible distinguir los *intereses de la Administración* de los *bienes jurídicos* generales con criterios cualitativos²⁴⁹, porque ilícito *criminal* e ilícito de *policía* tienen semejante contenido *material* e idéntica *estructura lógica*²⁵⁰. Que el ilícito *civil o administrativo* carezca de *significación cultural* y de relevancia *ético-social* es un postulado sin fundamento, que desconoce el rol de la Administración en un Estado de Derecho²⁵¹, ofreciendo una caricatura despótica y arbitraria de la misma.

Tampoco cabe sugerir que el ilícito *penal* castiga la “*lesión*” de bienes jurídicos, mientras el ilícito *administrativo* incrimina el mero *peligro* (peligro presunto) para los mismos. Toda tesis que trate de distinguir el injusto *criminal* del *civil* contraponiendo *lesión* y *peligro*, o *peligro concreto* y *peligro abstracto o presunto* está condenado al fracaso. Pues el criterio básico de la diferenciación entre ambos injustos no puede ser otro que el de la mayor o menor gravedad de la infracción, apreciada caso a caso, por el legislador histórico; y no el de la natu-

²⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., págs. 49 y 50.

²⁴⁸ Así, MAYER, H., *Strafrecht*, cit., (1953), pág. 73; MATTES, H., *Untersuchung zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, cit., II, pág. 130; Cfr., CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), págs. 48 y 49.

²⁴⁹ Vid., por todos, CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), págs. 48 y ss.

²⁵⁰ Así, CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 48.

²⁵¹ Sobre el problema, vid. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 47 y nota 25.

raleza abstracta o concreta del peligro para el bien jurídico, criterio este último que tanto la legislación penal como la administrativa desmienten. Un análisis imparcial de éstas demuestra que ni la Administración prohíbe por prohibir, caprichosa y arbitrariamente, sino para ordenar la convivencia, protegiendo con sus normas los intereses generales; ni el Código Penal ha desterrado la técnica del peligro abstracto y presunto cuando tipifica numerosas figuras delictivas.

Y, desde luego, no convencen los intentos de diferenciar ilícito *penal* e ilícito *administrativo* con criterios *culpabilísticos*, subjetivos. De una parte, porque la exigencia de culpabilidad debiera ser, de *lege ferenda*, un requisito común a todas las infracciones, tanto penales como administrativas. Estas últimas no pueden sancionar una mera e inadmisibles responsabilidad *objetiva* con la consiguiente quiebra de los principios fundamentales del Derecho *sancionador*, tal y como exige reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la propia doctrina científica²⁵². De otra parte, lamentablemente, y de *lege lata*, también en el ámbito penal se observan vulneraciones del principio culpabilístico²⁵³.

Con arreglo a la opinión mayoritaria, desde el núcleo *duro* del ilícito “penal” hasta la última de las infracciones “administrativas” discurre una “línea continua” de un injusto “material” que se atenúa progresivamente, sin llegar a desaparecer²⁵⁴. Por ello no cabe distinguir, *a priori* y con criterios cualitativos, entre ilícito penal e ilícito administrativo²⁵⁵. Tanto la “pena” (criminal), como la *sanción administrati-*

²⁵² La doctrina española ha resaltado la necesidad de que la potestad sancionatoria de la Administración respete los derechos y garantías fundamentales del ciudadano sometándose a los principios que regula la intervención del Derecho Penal. Así, QUINTERO OLIVARES, G., (*Manual de Derecho Penal, P.G.*, 1999, cit., pág. 83; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª Edición, cit., pág. 85. En cuanto a la trascendencia de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común discrepan los autores. Para CEREZO MIR, J., (*Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I, Introducción, pág. 54), aquélla contiene una regulación general del poder sancionatorio de la Administración y los principios a que éste debe someterse. Por el contrario, para QUINTERO OLIVARES, G. (*Manual de Derecho Penal, P.G.*, 1999, cit., pág. 79), dicha Ley no aporta en absoluto la ansiada Parte General ni define los principios rectores específicos de la sanción administrativa.

²⁵³ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 50.

²⁵⁴ Por todos: CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 47.

²⁵⁵ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), págs. 47 y 49. Especialmente, reseña bibliográfica que selecciona el autor (ob. cit., nota 36). Como observan STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L. (*Strafrecht, A.T.*, 5ª Ed., cit., pág. 24), la doctrina penal trató de contraponer, inicialmente, la infracción criminal propiamente dicha, esto es, el injusto penal reprochable “en sí mismo” a la infracción administrativa, contemplada esta última como “mera desobediencia” a las normas del Estado. Pero hoy día tal criterio se halla superado, coincidiendo la doctrina en que una nítida distinción (material) entre uno y otro ilícito no es tan fácil de trazar; En Alemania es, también, doctrina dominante que la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo no puede trazarse con criterios *materiales* sino *cuantitativos*. Así, entre otros: JESCHECK, H.H.– WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996 (5ª Ed.), págs. 56 y ss.; MAYER, H., *Strafrecht, A.T.*, 1953, págs. 72 y ss.; MAURACH, R.–ZIPF, *Strafrecht, A.T.*, I (1992), págs. 13 y ss.; SCHMIDHÄUSER, Eb., *Strafrecht, A.T.*, *Lehrbuch* (1975), 8/105 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht, A.T.*, I (1981), págs. 30 y ss.; ROXIN, C., *Strafrecht, A.T.*, I (1994), 12, 29; JAKOBS, G., *Strafrecht, A.T.*, 1991, 3/1 y ss. Cfr., críticamente, KÖHLER, M., *Strafrecht, A.T.* (1997), Springer, pág. 34, nota 100.

va se justifican por su necesidad y deben expresar una respuesta proporcionada a la relevancia de las respectivas infracciones, que, en puridad, sólo se diferencian por razones *cuantitativas* (gravedad de las mismas)²⁵⁶. La sanción administrativa, según esto, también suele significar un juicio de desvalor, de reproche, ético social²⁵⁷, aunque, de hecho, no siempre suceda así.

En su última edición del *Derecho Penal Español*, resume CUELLO CONTRERAS²⁵⁸ los criterios que debieran delimitar el *ilícito penal* del *administrativo* o del *ilícito civil*. Según CUELLO CONTRERAS: 1) Al *Derecho Penal* solo deben pertenecer los ataques más directos (dolosos e imprudentes) contra los bienes jurídicos más importantes para la convivencia, susceptibles de producir los daños de más difícil reparación. No puede descartarse *ab initio* que al *Derecho Penal* incumban, también, las infracciones administrativas más graves; 2) Al *Derecho Administrativo* sancionador deben pertenecer todas aquellas infracciones que poniendo en peligro la confianza del ciudadano en el normal funcionamiento de la vida pública, puedan constituir la antesala —si no se previenen tales situaciones de *peligro*— de infracciones más graves plenamente constitutivas de delito. Tales infracciones, a su vez, admiten una graduación según su mayor o menor entidad; 3) Al orden *civil* pueden reconducirse los daños puramente patrimoniales no acompañados de manipulación fraudulenta.

Según el autor, estos criterios permitirían explicar satisfactoriamente supuestos que han suscitado polémica. Así, se comprendería por qué un incumplimiento contractual que ha ocasionado un elevadísimo daño, sin embargo, no es delito y si lo es, sin embargo, un mero hurto por valor de 50.000 pesetas. Así se explicaría, también, la paradoja de que un mismo comportamiento se castigue en el *Derecho Penal* con una sanción menos grave que la señalada para el mismo en la legislación administrativa sancionatoria.

d) Un sector de la doctrina admite, no obstante, diferencias materiales entre el *ilícito penal* y ciertos ilícitos *administrativos*: concretamente, las *infracciones disciplinarias*, en las que se materializa el “poder correctivo” de la Administración sobre los funcionarios públicos como consecuencia de una específica “relación de supremacía”²⁵⁹.

²⁵⁶ Opinión dominante. Cfr. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 48, nota 31.

²⁵⁷ En contra, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (*Derecho Penal*, P.G., cit., pág. 34), para quien el ilícito penal expresa, siempre, un juicio desvalorativo ético-social, lo que no sucedería nunca con el ilícito *administrativo*, ajeno a las pautas y valores de la Ética social. A favor de la tesis que se defiende en el texto, CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 48.

²⁵⁸ *Derecho Penal Español*, cit., págs. 22 a 24, y bibliografía allí citada en nota 53.

²⁵⁹ Vid. STRATENWERTH, G., KUHLEN, L., *Strafrecht*, A.T., cit., págs. 24 y 25. Como advierten los autores, tradicionalmente siempre gozó de autonomía el *Derecho disciplinario* frente al *Derecho Penal*, porque desde el siglo XIX se consideraba que el funcionario público no solo era portador de “deberes especiales” sino que tenía que preservar la dignidad de su condición en todas sus actividades —relativas al ejercicio del cargo o privadas— y modo de vida. Por ello, se pensaba que la imposición de una sanción disciplinaria junto con la pena no infringía la prohibición del *ne bis in idem*. Hoy, sin embargo, la opinión dominante vincula los deberes del servidor público exclusivamente al ejercicio de su función y al correcto desempeño del cargo.

Dicha tesis parte, pues, de la distinción entre sanciones *gubernativas* y sanciones *disciplinarias* en el propio seno del poder sancionatorio de la Administración (en el sentido del artículo 34.2º del Código Penal). Las primeras tendrían naturaleza semejante a la de las *penas*, sin otra diferencia (cuantitativa) que la gravedad de las mismas. Las sanciones *disciplinarias*, por el contrario, serían cualitativamente distintas de las *criminales*²⁶⁰.

Para fundamentar la supuesta especificidad del ilícito *disciplinario*, su sustantividad y autonomía –tanto respecto al ilícito penal como con relación a los demás ilícitos administrativos– se ha invocado su “naturaleza interna”²⁶¹, la exclusiva afectación de aquél al “interés del servicio público”²⁶², a la debida “organización” de éste²⁶³ o al aseguramiento de la observancia de los “deberes específicos”²⁶⁴ de los funcionarios públicos²⁶⁵.

Sin embargo, no cabe contraponer con éxito los derechos de *soberanía* y los de *supremacía especial*²⁶⁶.

²⁶⁰ Sobre el problema, vid.: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, Santiago de Compostela, 2003, págs. 214 y ss.

²⁶¹ Así, MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, A. T., 4ª Ed., pág. 10. Según el autor, en el ilícito *penal* (delitos de funcionarios) se tutelaría el bien jurídico de la “la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa”. En el Derecho *disciplinario*, sin embargo, las infracciones interesan solo como *síntoma* de que el funcionario no es merecedor de confianza, y la sanción de aquéllas tendría naturaleza *correcional, protectora o tutelar*, sin las connotaciones *retributivas* de la pena criminal.

²⁶² Cfr. STAMPA BRAUN, J., *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953 (Mirón), págs. 53 y ss. citando a CAYETANO, cuya tesis comparte.

²⁶³ Así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal, P.G.*, cit. (1949), pág. 10; según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., en la infracción disciplinaria se tutela la *organización administrativa*, en los delitos de funcionarios el servicio que la sociedad tiene derecho a exigir a la Administración (*La prevaricación del funcionario público*. Madrid, 1980, Cavadas, págs. 267 y ss.). Cfr. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), págs. 56 y 57.

²⁶⁴ Así, CUELLO CALÓN, E., CAMARGO, C., *Derecho Penal, I (P.G.)*, volumen primero (1980), págs. 9 y ss. Cfr., CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal, P.G.*, 5ª Edición, I (Introducción), pág. 56.

²⁶⁵ Tanto en la doctrina administrativa como en la penal existen partidarios de esta tesis diferenciadora, que ve en el ilícito *disciplinario* no un *minus* sino un *aliud* respecto del ilícito penal. Así, en la penal, NAVARRO CARDOSO (*Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones, 2001, págs. 74 y ss.); GÓMEZ TOMILLO, Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, en A.P., nº 4 (2000), págs. 77 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal*, en: Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1608-1609 y 1610, 1991, pág. 25. Para este autor hay diferencias entre las infracciones administrativas cometidas en el seno de una relación de sujeción general y las perpetradas en el marco de una situación de sujeción especial. En estas últimas (sanción disciplinaria), la sanción cumple no una función preventiva sino de autotutela, por lo que cabría que a la misma se añadiera una sanción penal sin vulnerarse por ello la prohibición del *ne bis in idem*. Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios*, en: *La Ciencia del Derecho Penal entre el nuevo siglo*. Libro homenaje al Prof. Dr. JOSÉ CERESO MIR, cit., págs. 37 y ss. (de la que tomo la reseña bibliográfica de la presente nota).

²⁶⁶ Así, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 51 quienes niegan la existencia de diferencias cualitativas entre ilícito penal e ilícito administrativo. También: CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, P.G.*, I (Introducción), pág. 57.

Como afirma CASABÓ²⁶⁷, cuando el Estado actúa en el ejercicio de la disciplina, no lo hace tan sólo en virtud de un poder específico, análogo al de un pater familias o al de un presidente de una sociedad recreativa, sino en salvaguarda y defensa de un indudable interés social.

Entre ilícito *penal* e ilícito *disciplinario* sólo se aprecia una diferencia de grado. El legislador, por lo general, suele extender la amenaza de la *pena* a las formas más graves de lo ilícito *disciplinario*²⁶⁸.

En contra de la existencia de una infracción administrativa *disciplinaria* autónoma se ha manifestado HUERTA TOCILDO, S.²⁶⁹ Para la autora, no hay diferencias cualitativas entre ilícito penal e ilícito administrativo, tanto si este último tiene lugar en el seno de una relación de “*sujeción general*” como de “*sujeción o sometimiento especial*”, por lo que en este último caso no habría que descartar de plano la posible aplicación (prohibición) del *ne bis in idem*, ni la de las restantes garantías a las que el artículo 25.1º de la Constitución Española somete el ejercicio del *ius puniendi*²⁷⁰.

Como observa la autora, sin embargo, el *Tribunal Constitucional* si bien parte de la semejante naturaleza de unas y otras infracciones (por ello, extiende a la infracción administrativa las garantías propias de la infracción penal) exceptúa la aplicación de estas últimas (vg. reserva de ley, *ne bis in idem*, etc.) a las infracciones disciplinarias (cuando el infractor se halla ligado a la Administración por una “relación de supremacía o sujeción especial”). Paradigmática es, en este sentido, la STC. 2/1981²⁷¹. Para la autora, sin embargo, no puede establecerse diferencia alguna entre los “fines” que persiguen los delitos de funcionarios y los correspondientes ilícitos disciplinarios ya que en ambos casos se persigue garantizar un correcto ejercicio de la actividad administrativa; a su juicio, tampoco cabría invocar diferencias cualitativas en los fines perseguidos por las respectivas sanciones: siempre finalidades *preventivas*²⁷².

e) De lo expuesto puede inferirse que no existen criterios *materiales* que permitan diferenciar a priori y con carácter general el ilícito *penal* del administrativo. Sólo cabe trazar la distinción con la ayuda del criterio cuantitativo de la mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) *gravedad* de la infracción. Gravedad, eso sí, no inherente o consustancial a ésta sino *asignada* o *atribuida* por el legislador, en virtud de una valoración histórica que pondera las circunstancias y necesidades sociales del momento en que tiene lugar aquélla.

El criterio de la *gravedad* se ve reforzado por una interpretación *sistemática* de nuestro ordenamiento penal que acude al mismo para caracterizar un ilícito como *penal* o como *administrativo*, y, a su vez, para establecer rangos y calificaciones internas en uno u otro ámbito.

²⁶⁷ CASABÓ RUIZ, J.R., en: Comentarios, II., pág. 92. Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 51.

²⁶⁸ Por todos: CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), pág. 57.

²⁶⁹ *Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios*, cit., págs. 37 y ss.

²⁷⁰ *Ilícito penal*, cit., págs. 48 y ss.

²⁷¹ Op. cit., págs. 38 a 45.

²⁷² Op. cit., pág. 48.

Así, por ejemplo, el *Código Penal* acude al criterio de la *gravedad* para clasificar las infracciones penales (*art. 13*) y sus penas (*art. 33*). Para definir los supuestos de imprudencia que, excepcionalmente (*art. 12*), se castigan como “delito” (por ejemplo: artículos *142.1, 146, 152.1, 158, 267, 344, 347, 358*, etc.). O, incluso (traduciendo a patrones económicos la *gravedad*) para delimitar cuantitativamente la concreta figura de *delito: artículo 305.1* (15.000.000 ptas.), *art. 285* (75.000.000); o para diferenciar el *delito* de la *falta* correlativa, bien acudiendo al baremo de las 400 euros (artículo *234* con relación al *623.1, 236* con relación al *623.2, 244.1* con relación al *623.3, 248, 252* y *255* con relación al *623.4, 246* con relación al *624, 263* con relación al *625.1, 386* y *389* con relación al *629*), bien al criterio de la *gravedad* o *levedad* sin ulterior especificación (vg. artículo *169* con relación al *620.1, 172* y *208* con relación al *620.2, 142.1* con relación al *621.1, 152.1* con relación al *621.3, 497* con relación al *633, 556* con relación al *634*, etc.).

Pero también las leyes penales especiales operan con el criterio de la *gravedad*, matizada con módulos pecuniarios cuantitativos, para delimitar el injusto *criminal* de la infracción *administrativa*. Así, el artículo 6 de la Ley 40/1977, de 10 de diciembre (Control de Cambios), modificada por L.O. 10/1983, de 16 de agosto exige que la cuantía supere los 2.000.000 ptas. para que el hecho constituya ilícito *penal*. Y el artículo 2 de la Ley 12/1995, de 12 de diciembre (de represión del contrabando) establece una cuantía mínima de 3.000.000 ptas. para que la infracción constituya *delito*.

Desde un punto de vista de *lege ferenda* y en atención a criterios de Política Jurídica, se han hecho en la doctrina española, penal y administrativa, diversas propuestas para delimitar el ilícito penal del ilícito administrativo²⁷³. Destacan las de TORIO LÓPEZ, CID MOLINE y ALEJANDRO NIETO.

TORIO LÓPEZ, A.²⁷⁴ trata de establecer la diferencia entre los dos ilícitos en el ámbito del bien jurídico, retomando la vieja distinción entre los “*mala per se*” y los “*mala quia prohibita*” (o “*mera prohibita*”). En cuanto a las *garantías*, aún debiendo ser las mismas en ambos sectores del ordenamiento jurídico, cabría admitir diferencias puntuales de matiz (vg. posibilidad de articular la responsabilidad de las personas jurídicas, en el ámbito administrativo, de excluir la responsabilidad del mero partícipe o de equiparar conducta dolosa e imprudente) según el autor²⁷⁵.

CID MOLINE, por su parte, opta por combinar dos criterios: el de la naturaleza de la sanción (pena privativa de libertad/versus multa) y el de la naturaleza de la infracción, según represente una *lesión* o el *mero peligro* para el bien jurídico²⁷⁶. Para el autor, el criterio de la clase de sanción permitiría relajar el siste-

²⁷³ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal Español*, cit., págs. 26 y 27.

²⁷⁴ TORIO LÓPEZ, A., *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*, en: Libro homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., III, págs. 2.529 y ss. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., op. cit., pág. 26.

²⁷⁵ Naturalmente, la correlación es obvia: *mala per se* (delito), *mera prohibita* (ilícito administrativo). Vid. TORIO LÓPEZ, A., *Injusto penal*, cit., pág. 2.542 (en cuanto a la posible relajación de las garantías en el ilícito administrativo). Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 26.

²⁷⁶ CID MOLINE, J., *Garantías y sanciones* (Argumentación contra la teoría de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas), en: RAP, 1996, págs. 131 y ss.

ma de garantías (en el caso de la sanción administrativa), con lo que el Estado podría controlar una serie de actividades peligrosas para los bienes jurídicos que, sin embargo, no son susceptibles de control con estrategias penales por el rígido sistema de garantías que éstas reclaman²⁷⁷.

Finalmente, NIETO, A.²⁷⁸ entiende que la distinción entre ilícito *penal* e ilícito *administrativo* es una distinción *normativa* que traza el ordenamiento considerando las diversas *tareas* que el Estado atribuye a uno y otro sector del mismo, y no apriorística. A su juicio, al ilícito administrativo –y a la sanción de este orden– no le son aplicables los mismos principios del Derecho penal sino las garantías consagradas en la Constitución, que rigen para ambas manifestaciones del *ius puniendi*²⁷⁹. Para NIETO, el futuro Derecho Administrativo sancionador debe polarizarse en torno a conductas peligrosas e imprudentes para los bienes jurídicos, prohibidas precisamente para prevenir la lesión de éstos²⁸⁰.

Ahora bien, más allá de la distinción teórica –o legal– entre uno y otro ilícito, lo cierto es que la *adscripción* de una determinada infracción al ámbito penal o al administrativo produce ya, por sí sola, importantes *efectos reales, fácticos*. El muy diferente grado de *reproche* que el ciudadano y la opinión pública asocian al injusto penal –y al civil–, y el también distinto impacto o percepción social de las formas, ritos y ceremonial de las respectivas sanciones, explican por procesos y fenómenos que conoce la Psicología Social muy distintas expectativas, actitudes y reacciones de la sociedad ante una u otra sanción.

3.1.3. *El poder sancionatorio de la Administración: su naturaleza y extensión*

El poder sancionatorio de la Administración suscita, entre otros, dos problemas: el de su *naturaleza* (potestad sancionatoria originaria y autónoma versus poder derivado) y el de su *extensión y límites*.

a) En cuanto a la *naturaleza* del poder sancionatorio de la Administración, el principio de la división de poderes impide configurar aquél como un poder autónomo, originario o propio. Antes bien, y dado que la potestad de castigar corresponde a los Jueces y Tribunales, se trata de un poder secundario, esencialmente limitado, que se halla sometido a un control jurisdiccional inmediato y efectivo²⁸¹.

Un sector de la doctrina ha intentado justificar la necesidad de conferir a la Administración un poder sancionatorio autónomo, sobre la base de que la plena

²⁷⁷ CID MOLINE, J., *Garantías y sanciones*, cit., págs. 140 y ss. y 167 y ss. Frente a esta opinión, objeta CUELLO CONTRERAS, J. (op. cit., pág. 26, nota 63) que el autor confunde “técnicas” (vg. el peligro abstracto) y “garantías”. Y que las garantías deben respetarse siempre, cualquiera que sea la técnica de intervención *penal o administrativa*.

²⁷⁸ NIETO, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo sancionador*, 1994 (2ª Ed.), págs. 148 y ss.

²⁷⁹ Op. cit., págs. 168 y ss. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 27.

²⁸⁰ Op. cit., págs. 185 y ss. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 27.

²⁸¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 47.

realización de los fines que la Ley le asigna requiere de un medio coercitivo de “doble gamiento” propio que los haga valer²⁸². Sin embargo, la tesis no convence. La existencia de una potestad sancionatoria propia o autónoma en manos de la Administración convertiría a ésta en Juez y parte. Y atentaría contra la esencia misma de la división de poderes. Pues, así como una limitación de derechos impuesta en aras del interés general implica una *apreciación* de lo que es conforme a dicho interés, tarea que corresponde al poder ejecutivo, sin embargo, el castigo de una infracción no exige más que la *aplicación de las leyes*, misión netamente jurisdiccional²⁸³. La interferencia estatal, aún siendo materialmente la misma, en uno y otro caso, tiene un significado jurídico muy distinto²⁸⁴.

El *artículo 117.3* de la Constitución atribuye, con carácter exclusivo, a los Jueces y Tribunales el poder de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Y el *artículo 24* de la misma consagra la *garantía jurisdiccional*. Por lo que el *artículo 25.3*, al prohibir que la Administración *civil* imponga sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, traza un límite claro y concluyente al actual proceso de administrativización del poder de castigar –potestad que originariamente corresponde a jueces y tribunales– y no debe interpretarse, *sensu contrario*, como afirmación de un supuesto de poder originario y autónomo sancionador de la Administración²⁸⁵.

Dicha prohibición afecta exclusivamente a la Administración *civil*. Por ello, la LO 11/1991, de 17 de junio, del Régimen disciplinario de la Guardia Civil (Instituto armado de naturaleza militar), en su *artículo 10*, sanciona las faltas “leves” con un posible arresto domiciliario de uno a treinta días; y las “graves”, con arresto en establecimiento disciplinario militar de un mes y un día a tres meses; por su parte la Administración militar puede imponer sanciones de arresto de uno a treinta días, en domicilio o unidad, *por falta leve*, y de un mes y un día a dos meses, *por falta grave* en establecimiento disciplinario militar, (*art. 9* de LO. 8/1998, de 2 de diciembre, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (BOE, 3 diciembre 1998). La nueva L.O. 12/2007, de 22 de octubre, enumera en su artículo 11 las sanciones disciplinarias y sustituye el arresto como sanción administrativa por la expulsión del Cuerpo de la Guardia Civil. Se mantiene para las Fuerzas armadas el arresto administrativo militar.

b) El poder sancionatorio de la Administración –que en España padece una llamativa hipertrofia– suscita el problema de su *extensión, alcance y límites*, pues nunca debiera superar en capacidad intimidatoria ni afflictividad real al poder penal del Estado.

Los intentos de diferenciar materialmente entre ilícito *penal* e ilícito *administrativo* obedecían a la necesidad de poner freno a la hipertrofia penal, riesgo que se observó en otros ordenamientos y que derivaba del crecimiento constante de la intervención administrativa del Estado a raíz del advenimiento del libera-

²⁸² Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 47, citando la opinión de FORSTHOFF (*Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, págs. 401 y ss.).

²⁸³ Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 47.

²⁸⁴ Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 47.

²⁸⁵ Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, 4ª Edición, cit., pág. 48.

lismo social a finales del siglo pasado. Con el fracaso de todas las tentativas doctrinales, y al no renunciar el Estado al empleo de medios coercitivos eficaces para asegurar la acción administrativa, ésta ha desarrollado en España un poder sancionatorio desmesurado, desorbitado²⁸⁶ y arrollador. Por ello, mientras en otros países se propugna un programa político-criminal basado en la *despenalización*, esto es, la segregación de un Derecho Penal administrativo del cuerpo del Derecho Penal criminal, la doctrina española prefiere la *desadministrativización* de la actividad sancionatoria de la Administración o, al menos, el sometimiento de la misma a los principios rectores de la intervención penal (legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de retroactividad, etc.), así como la plena vigencia del principio *ne bis in idem* en cuanto al eventual concurso de sanciones penales y administrativas²⁸⁷.

La Administración Pública, en el ejercicio de su poder sancionador, no puede imponer castigos que impliquen, directa o subsidiariamente, privación de libertad (art. 25.3 de la Constitución). Pero sí otras sanciones, gubernativas o disciplinarias –pecunarias (multas) o restrictivas de derechos–, que, aun cuando no se “reputen penas” (art. 34.2 del Código Penal) pueden ser, desde un punto de vista material, incluso más severas y gravosas que estas mismas, tanto para quien las sufre como desde la propia percepción social. Distorsión valorativa ésta preocupante desde un punto de vista conceptual, de estricta justicia, y político– criminal.

Si se comparan las sanciones administrativas y las penales se llega a la conclusión de que el poder sancionatorio de la Administración puede superar en rigor al poder penal del Estado excepto en el ámbito de la privación de libertad, que queda reservado a este último²⁸⁸.

Así, por ejemplo, la LO. 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la *seguridad ciudadana*, modificada por Ley 10/1999, de 21 de abril (BOE: 096/1999), permite imponer multas de hasta ... 100.000.000 ptas. por infracciones graves de la misma (art. 28, *apart. 1 a*); esta ley autoriza, también, severas restricciones de derechos: entre otras, la clausura por seis años de fábricas, locales y establecimientos, en supuestos de reincidencia (art. 28, *ap. 1, último párrafo*). La Ley de 19 de abril de 1984, protectora de los *consumidores y usuarios* impone sanciones pecuniarias de hasta 100.000.000 ptas. (para la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 11/1998, de 9 de julio (BOE núm. 206, de 28 de agosto), que eventualmente puede elevarse hasta el quíntuplo del valor de la infracción superando aquel límite, compatibles con el cierre temporal del estableci-

²⁸⁶ Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, 5ª Edición, cit., (Introducción), págs. 44 y 50. Por todos: PARADA VÁZQUEZ, G., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en: Revista de la Administración Pública, 67 (1972), págs. 41 y ss.

²⁸⁷ Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, P.G., 5ª Edición, cit. (I), Introducción, pág. 45; CUELLO CONTRERAS, J. (*Derecho Penal Español*, cit., pág. 25) considera, también, que el Derecho Administrativo sancionador debe someterse a las mismas garantías derivadas de la Constitución Española y de la *naturaleza de las cosas* que el Derecho Penal (legalidad, culpabilidad, etc.).

²⁸⁸ Para una exposición detallada del poder sancionatorio de la Administración en el ámbito de la *seguridad ciudadana*, del tráfico *automovilístico*, en el de la *Economía*, el *consumo*, en el *tributario*, el *medio– ambiental*, el *sociolaboral*, el de *caza*, en el de los *funcionarios públicos* (régimen disciplinario), *penitenciario*, etc. vid., CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal Español*, cit., págs. 27 a 34.

miento durante cinco años (art. 36). La Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del *contrabando* (vid reforma por Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y del orden social, art. 27), contempla la imposición de multas del tanto al triple del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos que, cuando se trate de labores de tabaco, será del doble al triple de su valor ... e irá acompañada del cierre, incluso definitivo, de los establecimientos de que sea titular el infractor (art. 27). Las infracciones *urbanísticas*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (texto refundido aprobado por R.D.Legislativo 1/1992, de 26 de junio) pueden dar lugar a sanciones pecuniarias de hasta 2.000.000.000 ptas., cuando es competente para imponerlas el órgano colegiado ejecutivo de la Comunidad autónoma²⁸⁹. El Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre *tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*, en su artículo 67, sanciona las faltas *muy graves* con multa de hasta 100.000 ptas., pudiéndose acordar, además, la suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses²⁹⁰; La Ley 16/1989, de 17 de julio, de *Defensa de la Competencia*, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE. núm. 311), contempla multas de hasta 150.000.000 ptas. –cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal– (multas a la persona jurídica), compatibles con multas de hasta 5.000.000 ptas. a sus representantes legales o personas físicas que integran los órganos directivos que adoptaron los acuerdos o decisiones ilegales (art. 10.1 y 3). La Ley 25/1988, de 29 de julio, de *Carreteras*, por su parte, permite sancionar las infracciones *muy graves* (art. 31.4) a la misma con multas de hasta 25.000.000 ptas. (art. 33.1). La Ley 22/1988, del 28 de julio, de *Costas* prevé la imposición de sanciones pecuniarias de hasta 200.000.000 ptas. por vertidos industriales y contaminantes (art. 99.3). La Ley 24/1985, de 2 de agosto, de *Aguas*, modificada por Ley 46/1999, de 13 de diciembre (BOE núm. 298), multas de 10.000.001 ptas. a 50.000.000 ptas. (art. 109.1) por infracciones graves. La Ley 24/1988, de 28 de julio, del *Mercado de Valores* (art. 102) castiga las infracciones *muy graves* con multa no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido por el infractor o, si no fuera aplicable este criterio, multa por importe equivalente al 5 por 100 de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o 50.000.000 ptas. Y si la infractora es una persona jurídica, pueden imponerse,

²⁸⁹ Cfr., CERREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, P.G.*, 5ª Edición, cit., I (Introducción), págs. 50 y 51.

²⁹⁰ Téngase en cuenta, el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores (BOE. núm. 135, 6 de junio de 1997), modificado por el RD. 1907/1999, de 17 de diciembre, por el que se modifican los artículos 6, 7, 17, 36, 58, 73, 74, 75, 76 y 79 de dicho Reglamento; Ley 43/1999, de 25 de noviembre, sobre adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo; el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y modificado por el RD. 2282/1998, de 28 de octubre, por el que se modifican los artículos 20 y 23 del Reglamento General de Circulación; RD. 2822/1998, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos; finalmente, RD. 2168/1998, de 9 de octubre por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo Superior de Tráfico y seguridad de la circulación vial.

además, sanciones pecuniarias del 5 por 100 de los fondos totales –propios o ajenos– utilizados en la infracción, o 50.000.000 ptas., entre otras (art. 105.a). La Ley 20/1986, de 14 de mayo, *Básica de Residuos Tóxicos y peligrosos*, permite la imposición de multas de hasta 100 millones de pesetas por infracciones muy graves (art. 17). El RD. 1.307/1988, de 30 de septiembre, que aprueba el *Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones*, contempla sanciones pecuniarias de hasta 25 millones de pesetas (o de hasta el 50 por 100 de la infracción si esta es cifrable), a tenor de su artículo 53. La LO. 5/1992, de 29 de octubre, de *Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* impone sanciones de multa de hasta 100 millones de pesetas de las infracciones muy graves, actualmente derogada por la LO. 15/1999, de 13 de diciembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999)²⁹¹. La LO. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO. 8/2000, de 22 de diciembre, sanciona con multa de hasta 10.000.000 ptas. las infracciones muy graves (art. 55). La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, contempla sanciones que pueden ser impuestas a los notarios de hasta 5.000.000 ptas. por infracciones muy graves (art. 43). La Ley 32/2003, de 3 de noviembre (BOE. núm. 264, de 4 de noviembre de 2003), General de Telecomunicaciones, sanciona las infracciones muy graves con multa de hasta 2.000.000 euros (art. 56). La Ley 35/2003, de 4 de noviembre (BOE. núm. 265, de 5 de noviembre de 2003), de Instituciones de Inversión Colectiva, permite sanciones por la comisión de infracciones muy graves de multa por importe no inferior al tanto y superior al quintuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consiste la infracción y cuando la infracción cometida no resulte cuantificable multa de hasta 300.000 euros (art. 85). La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (BOE. núm. 276, de 18 de noviembre) sanciona con multa de hasta 300.000 euros las infracciones muy graves (art. 29); La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE. núm. 276, de 18 de noviembre de 2003), sanciona las infracciones muy graves con multa pecuniaria proporcional del doble al triple de la cantidad indebidamente obtenida (art. 63). La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE. núm. 276, de 18 de noviembre de 2003), sanciona las infracciones muy graves con multa de hasta 300.000 euros (art. 91). La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE. núm. 280, de 22 de noviembre de 2003), contempla sanciones para infracciones muy graves, con multa de hasta 1.000.000 euros (art. 74). La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE. núm. 302, de 18 de diciembre de 2003), contempla sanciones pecuniarias que pueden consistir en multa fija o proporcional (art. 185), entre otras infracciones muy graves se sancionan con multa pecuniaria proporcional de hasta el 150% cuando se hubieren dejado de ingresar cantidades retenidas o que se hubieren debido retener o ingresos a cuenta ... (art. 191.4); o de hasta 600.000 euros por infracciones tributarias por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria (art. 203). (Las cuantías se actualizarán cada dos ediciones).

²⁹¹ A partir del 1 de enero del año 2002 se introduce en España una nueva moneda única para toda Europa que es el *euro*, en sustitución de la *peseta*. Deberá tenerse en cuenta las leyes de conversión y en particular la LO. 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la Ley de introducción del euro, y la L. 46/1998, modificada por la L. 14/2000.

La “codicia”²⁹² del Derecho Administrativo sancionador es preocupante, porque la intervención activa de la Administración Pública en la sociedad de masas tecnificada contemporánea alcanza proporciones desconocidas e invade progresivamente campos que le estaban vedados o que le fueron arrebatados a la Administración del Antiguo Régimen. Dicho poder arrollador encubre, además, la imposición de sanciones *administrativas* que sólo mediante el recurso al formalismo —o a la estafa de etiquetas— pueden distinguirse, materialmente, de las *penas* que el orden jurisdiccional impone al responsable de un delito. Por otra parte, la “avidez invasora”²⁹³ de la potestad sancionatoria de la Administración, por su rigor, celeridad y efectividad, tiende a vaciar de contenido y virtualidad al propio poder punitivo del Estado en ciertos ámbitos de la criminalidad²⁹⁴ siendo, de hecho, más temida por el ciudadano que éste último, aún cuando las infracciones administrativas carezcan, a menudo, de la reprobación o carga de desvalor y reproche que la comunidad asocia a las infracciones penales. Lo que, como ha señalado un sector de la doctrina²⁹⁵, produce un pernicioso efecto *criminógeno* al crear un clima de impunidad (criminal) favorable a la multiplicación de las infracciones.

El panorama descrito reclamaba tres tipos de medidas. De un lado, era necesario reordenar y unificar la dispersa normativa sancionadora, sometiendo, en todo caso, la potestad punitiva de la Administración a los mismos principios y garantías que delimitan la intervención penal del Estado. De otro, urgía, *de lege ferenda*, redefinir las respectivas áreas de actuación del Derecho Penal y el Administrativo. Por último, parecía necesario abordar el problema del eventual concurso de sanciones penales y administrativas, precisando el ámbito de aplicación del “*ne bis in idem*”.

3.1.3.1. Descripción y cobertura legal

La Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, trató de conseguir el primer objetivo. Y en parte lo consiguió²⁹⁶. La citada Ley reitera la prohibición de que las Administraciones Públicas impongan sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad (*art. 131.1*). Y consagra algunos de los principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración: de legalidad y tipi-

²⁹² Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal Español, P.G.*, (1991), pág. 20.

²⁹³ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal Español, P.G.*, cit. (1991), pág. 20.

²⁹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., observa cómo no se aplicaba el artículo 573.4^o del Código Penal a los comerciantes a quienes se aprehendieron sustancias alimenticias que no tuvieran el peso, medida o calidad requeridos, y sí, por el contrario, sanciones gubernativas por estos hechos en puridad constitutivos de infracción penal (*Derecho Penal Español, P.G.*, 1991, cit., pág. 20, nota 48).

²⁹⁵ Así, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal Español, P.G.*, 1991, cit., pág. 20.

²⁹⁶ La doctrina reconoce que dicha Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el RD. 1.398/1993, de 4 de agosto (por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionatoria) constituye un tímido pero positivo intento de dotar a esta última de unos principios generales que cumplan una función semejante a la que, para el Derecho Penal, cumple el Libro I del Código Penal. Se apunta, no obstante, que siguiendo al modelo alemán, la mejor solución sería la promulgación en España de una Ley General de Contravenciones. (Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 25 y reseña bibliográfica recogida en las notas 61 y 62).

cidad (arts. 127 y 129), irretroactividad (art. 128), *ne bis in idem* entre las sanciones penales y administrativas (art. 133), prescripción (art. 132). Sin embargo, ni puede considerarse esta ley como una genuina y exhaustiva Parte General reguladora del poder sancionatorio de la Administración en las múltiples facetas de éste²⁹⁷, ni formula explícita y satisfactoriamente todos los criterios capitales a los que ha de someterse el mismo, como es el caso del principio de *culpabilidad* y del principio de *proporcionalidad*²⁹⁸.

No convence la falta de una mención expresa y terminante a la exigencia de “*culpabilidad*”. Todo lo contrario, el artículo 130.1 de la Ley declara suficiente para la infracción administrativa la “simple inobservancia” de la misma, contemplando incluso la posibilidad de una responsabilidad *solidaria* (art. 130.3) que pugna abiertamente con aquélla. En cuanto al principio de *proporcionalidad*, el artículo 131.3 se refiere a la “debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”, declarando criterios válidos para graduar ésta, la existencia de intencionalidad o de reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza apreciada en resolución firme. Por otra parte, tampoco se delimita correctamente en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la *sanción pecuniaria de la pérdida de los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor*, al disponer su artículo 131.2 que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.

La Ley comentada no consagra el principio de *culpabilidad* como inherente a la infracción administrativa, a pesar de que es uno de los criterios rectores (limitadores) de la potestad sancionadora de la Administración, según ha declarado el propio Tribunal Constitucional a propósito de las infracciones tributarias²⁹⁹. Por ello, la doctrina sugiere con buen criterio se introduzca con relación a las infracciones administrativas graves cometidas por personas físicas, así como también la posibilidad de interponer un recurso con efectos suspensivos contra la resolución administrativa sancionadora en tales supuestos³⁰⁰. Y, en todo caso, en la propia doctrina administrativa se propugna construir un nuevo Derecho Administrativo sancionador con base en la Constitución, el Derecho Público estatal y el Derecho Administrativo, sin olvidar las garantías del inculpa³⁰¹.

Como afirma NIETO³⁰², “el Derecho Penal ha de seguir operando, no obstante, y en todo caso, como punto de referencia, como pauta técnica, y sobre todo, como cota máxima de las garantías individuales que el Derecho Administrativo sancionador debe tener siempre presentes”.

²⁹⁷ Cfr., QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 79.

²⁹⁸ Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I* (Introducción), cit., pág. 54.

²⁹⁹ Así, Sentencia 76/1990, del Tribunal Constitucional. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I* (Introducción), cit., pág. 54, nota 60.

³⁰⁰ Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I* (Introducción), cit., pág. 55.

³⁰¹ Así, NIETO, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1994 (2ª Ed.), Tecnos, págs. 23 y ss. Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I* (Introducción), cit., pág. 55, nota 63.

³⁰² *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos (1994), cit., págs. 165 y ss.

3.1.3.2. *Crítica de lege ferenda*

El segundo problema (la redistribución de competencias sancionatorias entre el Derecho Penal y el Administrativo) reviste particular complejidad ante la ausencia de criterios generales y apriorísticos que permitan fundamentar *ex ante* qué infracciones deben permanecer en el ámbito penal y cuáles pueden relegarse al administrativo.

Tal circunstancialidad y relativismo afecta no obstante solo a una franja de los comportamientos infractores, no a todos. Los de mayor gravedad (contra la vida, la salud, la libertad, etc.) que han integrado tradicionalmente el “núcleo duro” del Derecho Penal, deben permanecer en el mismo pues razones, entre otras, de prevención general hacen impensable una respuesta administrativizada a aquéllos.

Históricamente, la reacción contra el Estado de Policía del Antiguo Régimen invocaba el comportamiento arbitrario de una Administración servida por legos. Hoy, por el contrario, la Administración moderna se halla en manos de técnicos, de expertos, y sometida a un régimen progresivo de garantías jurídicas para el ciudadano, si bien la efectividad de su intervención –libre de la complejidad procedimental de la sanción penal o jurisdiccionalizada–³⁰³ ha permitido acumular un poder sancionatorio desorbitado, que se incrementa día a día.

De *lege ferenda*, los procesos de descriminalización (administrativización) o, en su caso, de neocriminalización (desadministrativización) deben tomar como criterio rector el de la *gravedad material* de la infracción³⁰⁴, subordinando al mismo cualquier otra reflexión político criminal (vg. celeridad y efectividad de la sanción administrativa). Solo así los distintos efectos psicosociales reales que la comunidad asocia a una u otra clase de sanción se corresponderán –como debe ser– con el diverso grado de reproche y reprobación social que las infracciones penales y administrativas merecen. Todo ello, lógicamente, sin olvidar la naturaleza siempre *subsidiaria* de la intervención penal y la necesidad de someter la potestad sancionatoria de la Administración a estrictos y eficaces *controles jurisdiccionales*.

A estas pautas parece orientarse la *evolución* del Derecho Sancionatorio en España. La reciente reforma de 1995 ha despenalizado algunas infracciones leves del Libro III del Código Penal; y, en sentido contrario, ha criminalizado infracciones hasta entonces de naturaleza administrativa de particular gravedad³⁰⁵. Los respectivos procesos de descriminalización y neocriminalización se han ajustado, pues, al criterio rector de la gravedad material de las infracciones.

De otra parte, la *potestad sancionatoria de la Administración* tiende a someterse a los mismos principios que caracterizan la intervención penal del Estado (necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, irretroactividad, etc.), pues, no en vano, una y otra integran el Derecho Sancionatorio estatal y tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acelerarán una evolución inexorable. Que

³⁰³ Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal Español, P.G.*, cit., págs. 32 y 33.

³⁰⁴ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I* (Introducción), cit., pág. 52, quien se refiere al “desvalor ético-social o cultural” de la infracción.

³⁰⁵ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, I* (Introducción), cit., pág. 52.

dicho poder sancionatorio de la Administración no es autónomo, sino derivado, sometido a límites y al control jurisdiccional, queda fuera de toda duda por mandato explícito de la Constitución (*artículos 24 y 106*).

El *artículo 106.1* de la Constitución dispone: “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”.

Paradójicamente, sin embargo, el mayor riesgo para la efectividad de las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado se observa más en ciertos procesos neocriminalizadores relacionados con bienes jurídicos supraindividuales (la denominada *desviación expresiva* que hoy preocupa a la política criminal) que en el poder sancionatorio de la Administración. Más en la respuesta penal *sui generis* que se arbitra contra determinadas parcelas de la criminalidad (criminalidad organizada, socioeconómica, de *cuello blanco*), que redefine las principales categorías dogmáticas y flexibiliza los criterios de imputación penal haciendo gala de un peligroso antigarantismo, que en la potestad administrativa sancionadora³⁰⁶.

3.1.3.3. *La prohibición: ne bis in idem*³⁰⁷

La prohibición de que unos mismos hechos (*recte*: un mismo contenido de injusto o una misma infracción) puedan sancionarse dos o más veces, es un principio general del Derecho sancionador. O, si se quiere, un criterio concursal básico que veda la pluralidad de sanciones a una idéntica infracción, esto es, si se aprecia identidad de sujeto, de hecho y de fundamento³⁰⁸.

³⁰⁶ Me refiero a lo que algunos autores denominan “*proceso de administrativización*” del Derecho Penal. Vid., *infra*, Capítulo II, VII.c y d; Capítulo VII.II.2.f y 3.d.3’.

³⁰⁷ Sobre el *ne bis in idem*, vid. CUELLO CONTRERAS, J. (*Derecho Penal Español*, PG., cit., págs. 17 y ss.) y el análisis que hace el autor de los trabajos monográficos de MATA Y MARTÍN, SAINZ DE ROBLES, C., BENLLOCH PETIT Y DE LEON VILLALBA.

³⁰⁸ Sobre el *non bis in idem* (material), su concepto, fundamento y reconocimiento constitucional, vid.: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. Santiago de Compostela, 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 165 y ss. Siguiendo la formulación de ALONSO GARCÍA, E. (*La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, págs. 11 y ss.), el autor entiende que el *non bis in idem* es un “precepto subconstitucional”, esto es, que aún no estando explícitamente plasmado en la Constitución, posee la misma fuerza y eficacia que ésta al tratarse de una consecuencia de su esquema de valores.

La vulneración del *non bis in idem* presupone una situación de “coincidencia fáctica” o –según fórmula comúnmente aceptada– “identidad de sujeto, hecho y fundamento” (así: *art. 133 LRJPAC* y Sentencia 2/1981, del 30 de enero, del Tribunal Constitucional) semejante a lo dispuesto en el *artículo 1.252 CC.* para la *cosa juzgada* y que suele hacerse extensiva a la *litispendencia*. En cuanto a la identidad *objetiva o fáctica* (los mismos hechos), la coincidencia ha de darse en los *hechos constitutivos de la infracción* penal o administrativa susceptible de sanción, debiendo ponderarse con arreglo a pautas jurídicas, no naturalísticas. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1986 sugiere una regla práctica que descartaría la identidad *fáctica* u *objetiva*: que la existencia de uno no traiga consigo necesariamente la del otro (en referencia a los hechos constitutivos de cada tipo o infracción).

La identidad de *causa o fundamento* hace referencia a los bienes jurídicos tutelados en las respectivas infracciones, es decir, a la homogeneidad o heterogeneidad de los intereses en juego. Para ...

Afirmar que “nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos” no es exacto, si un mismo hecho lesiona intereses distintos, protegidos en normas también diferentes, pues entonces cabe imponer una pluralidad de sanciones sin que se infrinja la prohibición del *ne bis in idem*, como sucede, por ejemplo, en los supuestos del llamado “concurso ideal”³⁰⁹. Es más preciso, por ello, como reclama la Sentencia 2/81, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional, formular el *ne bis in idem* reclamando una triple identidad: de *sujeto*, de *hecho* y de *infracción*.

El principio del *ne bis in idem*, con su doble implicación, *material* y *procesal*³¹⁰, no se consagra explícitamente en la Constitución, aunque desde la Sentencia 2/81, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional, éste lo entiende implícito en los principios de legalidad y tipicidad plasmados en el artículo 25 de aquélla³¹¹.

Sí se reconoce, sin embargo, en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 133), en la Ley General para la Defensa de los Con-

... determinar si los tipos en conflicto son idénticos o concéntricos, procede examinar el contenido de ilicitud de los mismos, con lo que cabe extrapolar al Derecho Público sancionador los criterios de solución del concurso de leyes (vig. Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1985, del 27 de noviembre). Sobre el problema, vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., págs. 173 y ss.

³⁰⁹ Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 83.

³¹⁰ Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 83 y ss. En sentido *material*, el *ne bis in idem* significa que nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción (S. 2/81, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional). En su acepción *procesal*, que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos (S. 77/83, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) siendo los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada concreciones del mismo.

³¹¹ Vid. Sentencias (del Tribunal Constitucional) 2/81, de 30 de enero; 77/83, de 3 de octubre; 159/85, de 27 de noviembre; 66/1986, de 8 de julio; 107/89, de 8 de junio; 112/90, de 18 de junio; 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 16 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; y la de 2/2003, de 16 de enero. Para COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANÓN, T. (*Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 84, nota 3), yerra el Alto Tribunal al referir el *ne bis in idem* al artículo 25 de la Constitución, al deber hacerlo, en su lugar, al artículo 24 según los citados autores. Otras sentencias del Tribunal Constitucional refieren, también, la prohibición del *non bis in idem* a los principios de legalidad y tipicidad (vg. 3.VI.1987, 3.IV.1990, 18.XII.1991, 1.VII.1992, etc.) aunque no faltan fallos que relacionan dicho principio *subconstitucional* con el de *seguridad jurídica* reconocido en el art. 9.3 de la Constitución (S. 62/1984, de 21 de mayo, 158/1985, de 26 de noviembre), o con el de *proporcionalidad* (S. 154/1990, del 15 de octubre).

La doctrina científica se halla dividida. Para SANZ GANDÁSEGUI, F., el *non bis in idem* constituye un principio general del Derecho autónomo (*La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, págs. 129 y ss.). Según ARROYO ZAPATERO, L., se basa en la exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución (Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en: REDC, nº 8, 1983, págs. 19 y ss.). CUERDA RIEZU, A. se refiere a la exigencia de proporcionalidad, en la misma línea interpretativa que el autor anterior (*El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1989*, en: ADPCP, Tomo XLIV, 1991, págs. 845 y ss.). GARBERÍ LLOBREGAT, J. encuentra como cobertura constitucional del *non bis in idem* el principio de *seguridad jurídica* del artículo 9.3 de la Constitución española. La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador, Madrid, 1989, págs. 151 y ss.). Y VIVES ANTON, T., el de *unidad de soberanía* (*Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*, CLP, tomo 1, 1982, págs. 48, nota 139). Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., págs. 168 y ss., notas 14 y 15 de las que se toma la presente reseña bibliográfica.

sumidores y Usuarios (artículos 32 y 33), Ley de la Seguridad Vial (art. 74), en la Seguridad Ciudadana (art. 32), Ley de Defensa de la Competencia (art. 55), Ley de Costas (art. 94.3), Ley de Aguas (art. 122), Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 415.3), etc.

También el Código Penal contiene disposiciones que pretenden evitar la doble o plural sanción de un idéntico contenido material de injusto³¹². Es el caso de las reglas concursales generales del artículo 8, y de las específicas de los artículos 64 y 67 (principio de inherencia).

La garantía *material* del *non bis in idem* tiene como finalidad “evitar una reacción punitiva desproporcionada”, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional “en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”³¹³.

El Tribunal Constitucional español ha hecho varios pronunciamientos en cuanto a otras garantías cobijadas en la prohibición del *non bis in idem*³¹⁴. Así, la Sentencia 159/1987, del 26 de octubre, declara la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, pues en otro caso se menoscabaría la *tutela judicial* dispensada por la anterior decisión firme. Por su parte, el Auto 1.001/1987, de 16 de septiembre, del Tribunal Constitucional, considera que tampoco cabe reabrir un proceso penal que ha concluido con una sentencia firme condenando por un hecho calificado de “falta”, con la pretensión de que el mismo se recalificara como “delito”, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

El principio del “*ne bis in idem*” tiene particular aplicación al ámbito de las relaciones recíprocas entre sanción penal y sanción administrativa.

De antemano, sin embargo, no cabe afirmar la incompatibilidad entre ambas, por la misma razón que la pena puede concurrir con otras sanciones *civiles*, *laborales*, etc. que persiguen fines y funciones distintas de la respuesta criminal³¹⁵. El conflicto surge solo cuando sanción penal y sanción administrativa, además de responder a un mismo hecho, cumplen funciones semejantes, porque entonces la duplicidad de sanciones deviene, al menos, problemática; y, sobre todo, en el ámbito disciplinario, donde la sanción administrativa al funcionario que delinquiró puede ser más aflictiva que la propia *pena*³¹⁶.

³¹² Cfr., COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal*, P.G., cit., págs. 83 y 84.

³¹³ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, del 16 de enero, que cita, en el mismo sentido, las sentencias del mismo Tribunal 154/1990, del 15 de octubre; 177/1999, del 11 de octubre; y el Auto 329/1995, del 11 de diciembre.

³¹⁴ Vid., por todos, Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, del 16 de enero.

³¹⁵ Cfr., MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, P.G., cit., pág. 82. Como advierten los autores, el *despido* del trabajador (sanción *laboral*) puede concurrir con la *pena* impuesta a éste (sanción *criminal*) por el delito cometido. O la sanción federativa al futbolista, con la pena que merezca por el delito de lesiones que pueda haber cometido, etc.

³¹⁶ Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, P.G., cit., págs. 82 y 83.

En el primer supuesto, el Tribunal Constitucional (Sentencia 8/86, de 1 de julio) ha admitido la compatibilidad de la *pena* y la sanción *administrativa* al recluso culpable del delito de quebrantamiento de condena (*art. 468* Código Penal), por entender que la existencia de una “*especial relación de sujeción*” que vincula al interno con la Administración Penitenciaria justifica la duplicidad de sanciones: pena de prisión de seis meses a un año (*art. 468* del C.P.) y sanciones *penitenciarias* (*artículos 157.2, 108,1 y 232.4* del Reglamento Penitenciario³¹⁷).

En el segundo, el Tribunal Supremo ha declarado la posible acumulación de la sanción penal y la administrativa a propósito del funcionario público que delinque, invocando la plena *autonomía* y fines propios de una y otra reacción jurídica: la *penal* perseguiría la restauración de la paz social dañada por el *delito*, la *disciplinaria*, el prestigio de la función pública, exigiendo a los servidores de ésta lealtad, honor y dignidad³¹⁸.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 20 de octubre de 1984, ha asumido esta doctrina que limita la efectividad del *ne bis in idem*. Con la particularidad, además, en el caso de autos de que el funcionario público condenado por delito de malversación (*art. 433* Código Penal) puede ser sancionado por vía disciplinaria con una separación definitiva de su empleo más grave que la propia sanción penal si el sujeto activo reintegra la cantidad malversada³¹⁹. Lo que significa una lamentable distorsión valorativa añadida³²⁰.

³¹⁷ Sobre las “relaciones de sujeción especial”, vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., págs. 226 y ss.

³¹⁸ Sentencia de 5 de marzo de 1955, del Tribunal Supremo. Cfr., MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 83.

³¹⁹ Cfr., MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 83.

³²⁰ Sobre el concepto de *relación de especial sujeción*, que nace en el Derecho alemán, vid.: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., pág. 185, nota 60. Como advierte el autor (op. cit., págs. 189 y ss.) la jurisprudencia ha argumentado en dos direcciones distintas para legitimar la compatibilidad de sanciones administrativas y penales en el campo del Derecho disciplinario, interpretando de maneras diferentes el requisito de la identidad de causa o fundamento como presupuesto del *non bis in idem*. Una primera tesis del Tribunal Constitucional considera fundamento dogmático de la potestad disciplinaria del Estado la existencia de un vínculo especial entre la Administración Pública y el funcionario que otorgaría a ésta un poder de autoordenación (y punitivo) equiparable al *ius puniendi* estatal. En consecuencia, el desvalor ético de la conducta del funcionario –y el desprestigio que implica para la propia dignidad de la Administración Pública– justificaría por sí solo una sanción disciplinaria autónoma, compatible con la derivada de la lesión o puesta en peligro del concreto bien jurídico que, además, haya podido ser afectado (así, también, Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1984, 5 de octubre del mismo año, 22 de febrero de 1985, 3 de junio de 1987, etc.). La posterior doctrina constitucional ha evolucionado sensiblemente tratando de dotar al principio *non bis in idem* de inequívoco contenido material (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1982, y Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, del 10 de diciembre, según las cuales las relaciones de sujeción especial no constituyen una excepción absoluta a la operatividad del *non bis in idem* ni justifican un poder sancionatorio autónomo que de lugar a una eventual duplicidad de sanciones). De acuerdo con este criterio jurisprudencial, por tanto, la duplicidad de sanciones requerirá la existencia de un bien jurídico distinto del que dió lugar a una sanción previa y la proporcionalidad de la sanción a su protección (Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., págs. 189 y ss.).

En todo caso, la prohibición del *ne bis in idem* reclama un análisis minucioso del fundamento material de la sanción en uno y otro supuesto (penal y administrativo) porque dicho fundamento muy a menudo es idéntico y, sin embargo, se aduce, como mera excusa o subterfugio para eludir la prohibición citada, la existencia de una relación especial de sujeción o la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos. Solo una reflexión rigurosa sobre el “fundamento material” (real) de la sanción en una y otra jurisdicción permitirá concluir si aquellos argumentos son meramente pretextuales y carecen de legitimidad, o si, por el contrario, cabe excepcionar el *ne bis in idem*³²¹.

Como reitera el Tribunal Constitucional³²², no se puede determinar si una y otra sanción –la penal y la administrativa– tienen identidad de sujeto, de hecho y fundamento con criterios meramente *formales*. Ni cabe entender infringida la prohibición del *non bis in idem*, sin más, automáticamente, por el mero hecho de que no existiendo tal identidad se proceda a la imposición de ambas sanciones. Es necesario, por tanto, valorar el fundamento de las respectivas infracciones legales –la ratio de la prohibición, en cada caso– en función del “bien jurídico” que se pretende proteger, sin que diferencias relevantes o parciales entre las infracciones concurrentes penales excluya la controvertida *identidad* entre las mismas; identidad que subsiste si ambas comparten un *núcleo* común³²³, esto es, si el bien jurídico tutelado por ambas normas es el mismo. Por otra parte, como la finalidad del *non bis in idem* es evitar una reacción punitiva desproporcionada, procederá ponderar si en el caso de autos la solución adoptada implica materialmente una doble sanción, o no.

Según esto, y en virtud de una ponderación realista y ecuaníme de las circunstancias del caso, el Tribunal Constitucional estimó no vulnerada la prohibición del *non bis in idem* cuando –por no prever nuestro ordenamiento solución alguna para los casos en que la Administración no suspende el expediente admi-

³²¹ Vid. NIETO, A., *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pág. 407. Cfr. MUÑOZ LORENTE, J., *De nuevo sobre el principio non bis in idem*, cit., pág. 71.

³²² Así, Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero.

³²³ El supuesto contemplado en la Sentencia 2/2003, de 16 de enero, del Tribunal Constitucional es el del concurso del artículo 12.1º del R.D.Legislativo 339/1990 y el artículo 379 del Código Penal. El primero, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, es un ilícito “formal” porque castiga, sin más, la mera conducción de vehículos con tasas de alcohol o sustancias prohibidas superiores a las reglamentariamente autorizadas, sin que la infracción administrativa –a diferencia de la penal– exija que, además, conste que dicha ingestión afectó a la capacidad psicofísica del conductor, y, por tanto, a la seguridad del tráfico. No obstante, según establece la Sentencia 2/2003, del 16 de enero, del Tribunal Constitucional, “esta diferencia esencial entre la infracción administrativa y el delito ... no puede, sin embargo, conducir a sostener la ausencia de identidad que determinaría la inaplicación de la interdicción constitucional. En efecto, ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común –conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas– de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, si que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo– la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa ...” (II. Fundamentos jurídicos, 5.c).

nistrativo, hallándose un procedimiento penal abierto— el Tribunal penal (que no debía dejar de condenar al recurrente, ni ignorar que la pena criminal podía significar una sanción desproporcionada y anticonstitucional por concurrir con la administrativa ya impuesta) tomó en consideración esta última para su descuento de la pena en fase de ejecución de sentencia, poniendo en conocimiento de la Administración la resolución penal³²⁴.

La prohibición del *ne bis in idem* plantea una problemática específica en las infracciones *disciplinarias*, ya que el Tribunal Constitucional excluye la aplicación de ésta y otras garantías del *ius puniendi* a las infracciones administrativas que se producen en el seno de una relación de *sujeción especial, sometimiento o supremacía*³²⁵.

La razón de esta supuesta especificidad de la infracción *disciplinaria* es muy discutida. Un sector de la doctrina invoca el ejercicio por parte de la Administración de una genuina *autotutela* o potestad *doméstica (ad intra)* dirigida a la protección de intereses propios, de suerte que las sanciones *disciplinarias* carecerían de la función *preventiva* que caracteriza a las demás manifestaciones del poder punitivo. Además, el tenor literal del artículo 127.3º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 parece otorgar apoyo normativo a la mencionada tesis diferenciadora al establecer que “las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”.

El Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 2/1981, ha asumido esta tesis³²⁶, y, en consecuencia, entiende que no se viola el *ne bis in idem* por acumular pena y sanción administrativa en el caso de las infracciones *disciplinarias*, dotando, además, a la Administración Pública de una potestad cuasiilimitada en el momento de configurar estos ilícitos y sus correspondientes sanciones³²⁷.

³²⁴ La Sentencia 2/2003, del 16 de enero del Tribunal Constitucional admite que en el caso de autos concurría la *identidad* de fundamento entre la sanción administrativa y la penal impuestas, pero advierte: “Sin embargo, esta afirmación no conduce automáticamente a la estimación del amparo, pues se ha de examinar si la interdicción de incurrir en *bis in idem...* se satisface con una solución como la adoptada en el caso ...”. De hecho, el Tribunal Constitucional estimó que no se produjo en el mismo, desde un punto de vista material, ningún “exceso punitivo”, precisamente porque el Tribunal Penal para no violar la prohibición del *non bis in idem* descontó de la pena la sanción administrativa previamente impuesta. (II. Fundamentos jurídicos. 6). El conflicto, para el que nuestro ordenamiento no ofrece solución normativa alguna, se planteó porque la Administración, vulnerando el mandato del artículo 7.1 y 2 R.P.S., no acordó la preceptiva suspensión del expediente administrativo existiendo como existía —y por error ignoró— un procedimiento penal en curso; y el Tribunal penal tampoco podía eludir la condena del imputado, dado el sometimiento estricto del mismo a la ley en el ejercicio de la función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional entendió que, en consecuencia —y desde un punto de vista *material*— no se impusieron dos sanciones ni el imputado sufrió *exceso punitivo* alguno.

³²⁵ Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Ilícito penal e ilícito disciplinario*, cit., págs. 38 y ss.

³²⁶ La STC. 234/1991, parece representar un giro, aunque no definitivo, a su doctrina ya conocida. Cfr., HUERTA TOCILDO, S., op. cit., pág. 55.

³²⁷ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., op. cit., págs. 40 y 44.

Con buen criterio, HUERTA TOCILDO propone una interpretación matizada y restrictiva que no descarta, sin más, la posible aplicación del *ne bis in idem* a las infracciones disciplinarias. A su juicio³²⁸, es necesario examinar en cada caso si el fundamento de la sanción disciplinaria es o no idéntico al de la sanción penal. Si lo fuere (vg. delito cometido por funcionario público contra la Administración Pública), se produce un supuesto de concurso de leyes (entre la norma penal y la disciplinaria) que ha de resolverse a favor de la primera, cobrando plena aplicación el principio del *ne bis in idem*. Si el fundamento fuese diferente, tendría lugar una hipótesis similar a la del concurso de delitos, siendo posible aplicar entonces, acumulativamente, la sanción penal y la administrativa (vg. delito común cometido por funcionario público)³²⁹. En definitiva, y por lo que al *ne bis in idem* se refiere, la sanción penal que se imponga, por motivo de la comisión de un delito de funcionarios, absorbe o consume (concurso de leyes) a la sanción disciplinaria que, por ese mismo motivo o sobre la base de idéntico fundamento al que subyace a la sanción penal, pretendiere imponerse, ya que al tener ambas infracciones (la penal y la disciplinaria, en este caso) el mismo fundamento, su doble imposición infringiría el *ne bis in idem*³³⁰.

La prohibición del “*ne bis in idem*”, esto es, de que se castigue dos veces, con pena y con sanción administrativa, un mismo contenido de injusto (identidad de “sujeto”³³¹, “hechos” y “fundamento”) –salvo que exista en el caso concreto una “relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración” (vg. la relación del funcionario, servicio público, concesionario, etc.)– deja a salvo, o debe dejar a salvo, la incuestionable *prioridad, prevalencia o primacía de la jurisdicción penal* si los hechos pueden ser constitutivos de delito³³².

Iniciado un procedimiento criminal por hechos que *prima facie* pudieren ser constitutivos de delito o falta, la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga al mismo un inmediato efecto suspensivo sobre cualquier otro, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal (*art. 114*). Ahora bien, la circunstancia de que la más ágil potestad sancionatoria de la Administración se haya anticipado al *ius puniendi* del orden jurisdiccional penal no impide a este último actuar con plena autonomía en cumplimiento de las atribuciones irrenunciables que la ley le asigna. La previa imposición de una sanción administrativa no puede obstaculizar ni limitar la averiguación y eventual castigo de hechos indiciariamente delictivos. La sanción administrativa no puede *inmunizar* ni *blindar* al ciudadano frente a la ley penal.

³²⁸ Op. cit., págs. 66 y ss.

³²⁹ Op. cit., págs. 66 y 67.

³³⁰ Así, HUERTA TOCILDO, S., op. cit., pág. 71.

³³¹ En cuanto a la posibilidad de concurrencia de la actividad sancionadora del Estado sobre una persona física y una jurídica cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la prohibición del *ne bis in idem*, vid.: GUIASOLA LERMA, C., *La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho al ne bis in idem*, en: RdPP (*Revista Derecho Procesal Penal*, Thomson. Aranzadi, Año 2003– 2, nº 10, págs. 215 y ss.).

³³² Que la prohibición del *ne bis in idem* no prejuzga necesariamente los criterios de la prioridad de una u otra jurisdicción, se mantiene, entre otros, por NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª Ed., Madrid (1994), pág. 423.

Por ello, la Sentencia 177/1999, de 11 de octubre, del Tribunal Constitucional representa un precedente insólito y digno de subrayar.³³³

En efecto, dicha Sentencia –a la que se formularon dos votos particulares– estima que no existe un principio abstracto de prevalencia absoluta de la potestad punitiva (del orden jurisdiccional penal) sobre la potestad sancionadora de la Administración, sino la atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, *prima facie*, como delictivos. Por su parte, la prohibición del “*ne bis in idem*” perseguiría no sólo impedir la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos sino que pudieren recaer eventualmente pronunciamientos de signo contradictorio si se permitiese la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo– atribuidos a autoridades de diverso orden (Fundamento jurídico 4). Concluyendo el Tribunal Constitucional que “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo” (ibídem).

Frente a esta doctrina, el Ministerio Fiscal entendió que el recurrente en amparo debía haber acudido a la vía de la revisión contencioso-administrativa, alegando en la misma para revocar la sanción impuesta la existencia de la condena penal, lo que no hizo; y sin que ello debiera ser obstáculo al carácter preferente de la jurisdicción penal no respetado por la Administración autonómica sancionadora “pese a no existir dudas acerca de que los hechos podían ser constitutivos de delito” (Fundamento jurídico 1, in fine).

El voto particular de los dos magistrados discrepantes opuso tres argumentos al acuerdo de la mayoría. En primer lugar, que en el supuesto controvertido no concurría la preceptiva identidad de fundamento entre las dos sanciones (penal y administrativa) por tratarse de dos conductas distintas, que lesionan bienes jurídicos también diferentes. La sanción administrativa se habría impuesto por el vertido de aguas contaminantes sin la preceptiva autorización administrativa. La condena

³³³ Calificando de “chapuza materializada en nombre del propio *ne bis in idem*” dicha resolución, aunque no en el mismo sentido que el texto. CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho Penal*, PG., cit., págs. 24 y ss. El Tribunal Constitucional parece inclinarse, desde esta sentencia, por la prevalencia de la sanción dictada en primer lugar, sea ésta la administrativa (como en el caso que abordó) o la penal, invocando el “fundamento material” del *ne bis in idem* y la “proporcionalidad” de la sanción que deriva de este principio (razón por la que habiéndose anticipado la Administración sancionando el hecho ya no cabría una posterior sanción penal ... por los mismos hechos e idéntico fundamento).

En la doctrina penal española, MUÑOZ LORENTE, J., mantiene que existiendo una laguna legal en los supuestos en que la Administración, anticipándose, desatiende la prejudicialidad penal, no habría reparos para admitir como criterio válido –por razones prácticas y de justicia material– el de la prioridad cronológica, como hace el Tribunal Constitucional (De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en el ámbito medio ambiental y la pretendida diversidad de fundamento de las sanciones penales y administrativas, en: Revista mensual de Gestión ambiental, La Ley, nº 24. Diciembre del 2000, págs. 68 y 69). En la doctrina administrativa mantienen el criterio de la prioridad cronológica: NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 423 y ss.; también: GONZÁLEZ PÉREZ-GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Madrid, 1997, págs. 1.922 y ss.

penal, por el grave peligro para la salud de las personas y condiciones de la vida animal y vegetal que el elevado grado de toxicidad de tales vertidos supuso de hecho. En consecuencia, y a juicio de la opinión minoritaria del Tribunal, la Sentencia de éste conduciría a “una confusión entre las dos potestades sancionadoras que existen en nuestro Estado de Derecho, la penal y la administrativa, que son distintas cualitativamente y que deberían fortalecer el cumplimiento de las leyes, no debilitarlo mediante interferencias recíprocas”. En segundo lugar, que la Sentencia “ignora el influjo interpretativo que las previsiones constitucionales están llamadas a tener (art. 53.3 C.E.) y viene a frustrar la tutela reforzada del medio ambiente que las leyes, con mejor o peor técnica legislativa pero siguiendo con coherencia el mandato constitucional, han dispuesto en los últimos años”, en particular, la L.O. 8/1983, que destacó la importancia a tal efecto del “auxilio coercitivo de la Ley Penal”. Por último, que el acuerdo de la mayoría del Tribunal invierte las relaciones entre Poder Judicial y Administración sancionadora y, ante todo, la subordinación de esta última al orden jurisdiccional, olvidando que la eventual colisión entre la actuación jurisdiccional y la administrativa ha de resolverse a favor de la primera. Para los magistrados discrepantes, la sentencia “impide la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa”. Y razonan: “Al blindar ante la Ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración Pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resultado que rompe la estructura del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución”³³⁴.

3.2. Derecho Procesal y Derecho Penal

Particular interés tiene el problema de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal. Uno y otro pertenecen, desde luego, al *Derecho Público*, pero constituyen un binomio inescindible y la naturaleza de la conexión entre sus respectivas normas trasciende, con mucho, –por su significado político– la relación que pueda existir entre el Derecho *sustantivo* o *material* y el *adjetivo* o *procesal*.

En todo caso, la naturaleza *material* o *adjetiva* de un determinado precepto no depende exclusivamente del carácter *sustantivo* o *procesal* de la ley o cuerpo legal en el que se emplaza aquel, sino de su contenido y función. Pues, a menudo, leyes materiales contienen preceptos de carácter adjetivo³³⁵, y disposiciones procesales, normas que trascienden tal naturaleza³³⁶. Algunas instituciones, no

³³⁴ Contra la tesis que se mantiene en el texto, aunque reconociendo que la vulneración de la pre-judicialidad penal puede dar lugar a prácticas generalizadas abusivas por parte de la Administración; que, de hecho, ya existen: MUÑOZ LORENTE, J., De nuevo sobre el principio *non bis in idem*, cit., pág. 70. Según CUELLO CONTRERAS, J., (*El Derecho Penal Español*, cit., págs. 24 y ss.) la Sentencia comentada es una “chapuza”, aunque su propósito no fuese otorgar prioridad al procedimiento administrativo sobre el penal.

³³⁵ Por ejemplo: artículos 191, 215.1, 287.1, 296.1, 267, párrafo segundo, 228, 201, 287, 162.2, 624, 620, párrafo último, 621.6, 639, todos ellos del Código Penal que se refieren a las oportunas “condiciones de procedibilidad” (denuncia o querrela). Vid., MUÑOZ POPE, C.E., *Introducción*, cit., págs. 93 y ss.

³³⁶ Por ejemplo: el artículo 23 de la LOPJ.

obstante, son de discutible adscripción, sin que exista consenso alguno respecto a la índole material o adjetiva de las mismas³³⁷.

El Derecho *Procesal* (penal) comprende un conjunto de normas que tienen por objeto organizar los Tribunales de lo criminal y regular la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del Derecho Penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo, y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares³³⁸. El Derecho Procesal, lógicamente, construye sus propios *conceptos y técnicas* (vg. actos procesales, recursos, medios de prueba, etc.), distintos de las que integran el Derecho sustantivo, y elabora los *principios* rectores privativos de este sector del ordenamiento jurídico (vg. intermediación, oralidad, preclusión, etc.)³³⁹.

Conceptualmente, Derecho Penal y Derecho Procesal se refieren a realidades *autónomas*³⁴⁰, pues cabe se inicie el proceso contra un inocente del delito que da lugar a su incoacción (para ello, basta la “*notitia criminis*”, que no prejuzga el desenlace de la investigación); y lo contrario: que el hecho delictivo no de lugar a procedimiento alguno (por falta de denuncia, por ejemplo) y quede impune³⁴¹. Sin embargo, *funcionalmente*, son inseparables. El Derecho Procesal existe para servir de cauce a la aplicación del Derecho Penal. Y el Derecho Penal necesita del Derecho Procesal para su realización.

Históricamente, la legislación y la doctrina penal y procesal penal se hallan unidas. Hoy sigue siendo el caso de Francia y de los países anglosajones, donde Derecho material y sustantivo y Derecho adjetivo se entienden inseparables. Algunos tratadistas parten de un concepto amplio y omnicomprendivo del Derecho Penal, distinguiendo en el seno de éste y a modo de subespecies el Derecho penal *sustantivo* o *material* y el Derecho *formal* o *adjetivo* (el procesal penal)³⁴². No obstante, la especialización –que se ha impuesto, también, en el mundo del Derecho– ha producido un perverso efecto centrífugo que a menudo olvida la necesaria y recíproca interdependencia de las diversas disciplinas jurídicas. En la actualidad, son, ante todo, los juristas prácticos, y cuantos, con WELZEL, piensan que la Ciencia del Derecho es una *ciencia práctica*, volcada a la realidad, quienes experimentan la imposibilidad de disociar el Derecho Penal del Derecho Procesal (Penal) y la urgencia de corregir ciertos errores y prejuicios del pasado próximo³⁴³.

³³⁷ Así, la prescripción, la amnistía, el indulto, etc.

³³⁸ Así, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal* (1975), pág. 10.

³³⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 14 y 15.

³⁴⁰ Resaltando *autonomía* de ambas disciplinas: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, P.G.*, I (1977), pág. 28; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, P.G.*, I (1990), Barcelona (Bosch), págs. 136 y ss.; Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 14.

³⁴¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 14 y 15.

³⁴² Así, entre otros, BINDING, K., *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, A. T., (1.907), parágrafo 1, I, II; von HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, I (1925), Berlín, I, 1. Cfr. BELING, E., *Derecho Procesal Penal* (traducción de Fénech), 1943, págs. 3 y ss.; JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts* (2^a Ed.), págs. 11 y 12. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 14.

³⁴³ En nombre de un “sistema integral” del Derecho Penal se propone por la doctrina penal alemana contemporánea que éste se ocupe no solo de aspectos *materiales*, sino también de cuestiones *procesales* de trascendental importancia, de las reglas de determinación de la pena, e incluso de los ...

El Derecho Penal necesita del Derecho Procesal, porque este último permite verificar, caso a caso, si concurren los presupuestos genéricos del delito (acción, tipicidad, culpabilidad, etc.) y los específicos de cada tipo penal. El Derecho Penal material o sustantivo enuncia mandatos o prohibiciones que el legislador formula en términos de hipótesis. El Juez, a través del proceso, debe comprobar si en el caso real se dan los requisitos que exige la concreta figura delictiva para que pueda subsumirse en ésta. Las mencionadas operaciones de *verificación* o *comprobación* —y de subsunción— no son operaciones lógicas que corresponden al Derecho *material*, sino operaciones *reales* que disciplina el Derecho Procesal, de las que depende el grado de efectividad de los preceptos penales sustantivos.

De hecho, el grado de efectividad (vigencia material) de las normas penales depende, ante todo, de la intensidad de la persecución (procesal), y de la prueba. De poco sirve la comisión real del delito, si éste no se denuncia, si no se persigue, o si no se consigue su prueba. La elevada cifra negra de algunos delitos, que tanto preocupa a la *Criminología* y a la *Política Criminal*, tiene, con frecuencia, una explicación procesal (dificultad probatoria). Y a tal dificultad probatoria, conocida por el legislador, responde la *ratio legis* de algunas figuras de delito que pretenden, precisamente, obviarla (así, los *cualificados por el resultado*, los de *sospecha*, etc.) y el desmedido rigor penológico de otras³⁴⁴.

Pero el *Derecho Penal* necesita del *Derecho Procesal* no solo por razones lógicas, como necesita todo Derecho material o sustantivo del Derecho *adjetivo*, *formal* sino por imperativo *legal*. De ahí el trasfondo político profundo de las relaciones entre *Derecho Penal* y *Derecho Procesal* (“*nullum crimen, nulla poena sine legale iudicio*”).

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del *Derecho Privado*, el *Derecho Penal* no existe, carece de virtualidad, al margen del proceso. Ni se puede aplicar prescindiendo del proceso (*art. 3.1* del Código Penal y *1* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el Derecho privado, por el contrario, el principio de la autonomía de la voluntad despliega toda su eficacia. Las normas del Derecho Privado poseen una efectividad directa e inmediata, sin necesidad de la mediación de los órganos jurisdiccionales. El particular, exteriorizando su voluntad, o pactando con terceros, da vida a actos y negocios jurídicos, practica y aplica el Derecho (Privado) sin necesidad de proceso judicial alguno. En el Derecho Privado no existe el monopolio de los Juzgados y Tribunales en la aplicación del Derecho, ni siquiera cabe afirmar que, en términos estadísticos, sean los principales aplicadores de éste³⁴⁵. En el Derecho Penal, rige el mandato de la *necesidad* del proceso, corolario del *nullum*

... problemas de índole *constitucional* vinculados a la aplicación institucional de la pena. Vid., en este sentido, las aportaciones de WOLTER, FREUND, KUHLEN, BURKHARDT y FRISCH en la obra colectiva *El sistema integral de Derecho Penal* (WOLTER, J. y FREUND, G., eds.), publicada como homenaje a WOLFGANG FRISCH en la Universidad de Mannheim. Madrid (2004).

³⁴⁴ Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, III (1965), Buenos Aires, págs. 1.079 y ss. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.^a, *Derecho Penal*, P.G., cit., pág. 16.

³⁴⁵ Vid. MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia (1997), Tirant lo Blanch, pág. 15.

crimen que, a su vez, expresa el monopolio de la jurisdicción penal por parte del Estado y la *instrumentalidad* del proceso penal.

La necesidad de un proceso “público ... con todas las garantías” es un derecho fundamental de toda persona, según dispone el *artículo 24.2* de la Constitución. El *artículo 3.1* del Código Penal, por su parte, declara: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”. Y el *artículo 1* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reitera el mismo principio: “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de Sentencia dictada por juez competente”³⁴⁶.

El Derecho Penal no desciende a la realidad por su propio peso. El principio de la *división de poderes* encomienda tal cometido a los Jueces y Tribunales, únicos competentes para aplicar la Ley al caso concreto. No cabe prescindir, pues, del proceso (“*sine legale iudicio*”), que es el cauce único y exclusivo para la aplicación del Derecho Penal. Ni siquiera cuando el infractor es sorprendido *in fraganti*, o cuando *confiesa* su culpa –o incluso, caso de consentimiento del mismo para someterse voluntariamente a la pena– puede el Estado de Derecho aplicar las normas penales materiales o sustantivas a dicho infractor sin el previo proceso y la oportuna sentencia judicial. La *pena pública* expresa una limitación jurídica del poder estatal de castigar y solo puede ser impuesta mediante un proceso judicial. El proceso penal nace históricamente para limitar el *ius puniendi*: no por razones de defensa social, sino de defensa del Derecho³⁴⁷.

La mediación del proceso judicial, como fórmula que la sociedad arbitra para resolver sus más graves conflictos, busca la aplicación objetiva, imparcial y desapasionada de la Ley al caso concreto. Pretende asegurar el acierto de las decisiones, controlar los abusos del poder y garantizar los derechos de los implicados.

El proceso penal, por tanto, no es solo el cauce único y exclusivo para la aplicación del Derecho Penal sustantivo, material, sino la *garantía* de los derechos del ciudadano y de la libertad individual.

Como afirma FERRAJOLI, el garantismo no debe confundirse con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Consiste “en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales –de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos –representan los valores, los bienes y los intereses materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos artificios –como los llamó HOBBS– que son el Derecho y el Estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia”³⁴⁸.

³⁴⁶ Vid., también, artículos 94 y 95 LOPJ.

³⁴⁷ Vid. BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal* (traducción de GUTIÉRREZ ALVIZ y CONRADI, F.) Barcelona (Bosch), 1976, pág. 182.

³⁴⁸ *Proceso y Derecho Procesal* (Nota para la segunda Edición), págs. 28 y 29. Cfr., LIMA LOPES, Jr., A.C., *Sistemas de instrucción preliminar en los derechos español y brasileño* (con especial referencia a la situación del sujeto pasivo). Madrid, 1999 (tesis doctoral), pág. 60.

En una concepción garantista del proceso penal, éste pretende arbitrar un sistema de “minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”³⁴⁹. El Juez pasa a ser el garante de dicho sistema, contando, por cierto con una legitimidad constitucional, no política: una legitimación que arranca no de la democracia política, de las mayorías, sino de la Ley y la Constitución, que le encomiendan la tutela del individuo y de sus derechos, absolviendo o condenando según las pruebas practicadas en el juicio, sea cual fuere al respecto el criterio de la mayoría o de la opinión pública³⁵⁰.

Con razón advierte QUINTERO OLIVARES, G.³⁵¹ que la función y trascendencia del *Derecho Procesal Penal* no se agota en el establecimiento de un conjunto de normas rituales que regulan la forma en que han de celebrarse los procesos. En efecto, el modelo de proceso tiene una profunda carga ideológica y política, tan importante como la norma material que define los delitos y señala sus penas correlativas. Como recuerda el autor, la norma penal más justa se torna en injusta si ha de ser aplicada a través de un orden procesal poco respetuoso de los derechos y garantías del ciudadano. Y no en vano, las agresiones de los sistemas políticos totalitarios se dirigen más a las garantías procesales que a los principios y categorías del Derecho Penal. Tiene razón el autor, por último, cuando subraya que los poderes públicos han de ser sensibles a la trascendencia social del proceso penal, actuando con el mismo respeto y mesura con que valoran el recurso a las *penas*, porque el mero sometimiento a un proceso criminal implica una carga dolorosa para quien la padece cualquiera que sea a la postre la resolución final que recaiga en la sentencia³⁵².

4. EL “DELITO” COMO PRESUPUESTO DE LA INTERVENCIÓN PENAL

4.1. El concepto “formal” de delito como exigencia del principio de legalidad

De las innumerables conductas socialmente nocivas y no deseables, el Derecho Penal selecciona las más reprobables; las define como “delictivas” y sanciona con una “pena”. Delictivas son, por tanto –a efectos penales– no las conductas inmORALES, las poco éticas, las que se desvían de las expectativas de la sociedad, sino las

³⁴⁹ Así, FERRAJOLI, L., *Proceso y Derecho Procesal* (Nota para la segunda Edición), cit., págs. 22 y ss. Cfr. LIMA LOPES, Jr., A. C., *Sistemas de instrucción preliminar en los derechos español y brasileño*, cit., págs. 60 y 61.

³⁵⁰ Vid. SILVA FRANCO, *O Juiz e o Modelo Garantista*, en: Doctrina del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Mayo 1998 (Cfr. LIMA LOPES, Jr., A. C., *Sistemas de instrucción preliminar*, cit., págs. 61 y ss.).

³⁵¹ *Manual de Derecho Penal, P.G.*, (con la colaboración de FERMIN MORALES PRATS y de J.M. PRATS CANUT. ARANZADI, 2002. (3ª Ed.), pág. 50.

³⁵² *Manual de Derecho Penal, P.G.*, cit., ibidem.

tipificadas por la ley penal, las castigadas con una pena. Conceptualmente, pues, el concepto jurídico penal de “delito” es un concepto *formal*.

Ahora bien, en un Estado de Derecho, sólo tiene sentido y justificación incriminar las conductas grave o intolerablemente nocivas para la convivencia. Lo contrario serían prácticas totalitarias o despóticas. La “nocividad social” de ciertos comportamientos, o si se prefiere: el peligro que éstos representan para determinados “bienes jurídicos” –sin cuya tutela eficaz no sería posible la vida en común– constituye la “*ratio essendi*” de toda prohibición penal. Desde este punto de vista, es decir, analizando la génesis de la prohibición no cabe duda que ésta tiene un sustrato *material* que la legitima y da sentido³⁵³.

Por imperativo del principio de legalidad penal, sólo pueden reputarse delito las conductas que la ley penal describe y sanciona con una pena, por ello, el Derecho Penal se ve obligado a operar con un concepto “formal” de delito. Todo concepto “material” representaría un inadmisibles peligro para la seguridad jurídica, cualquiera que fuese la instancia a la que se remitiera (ética, moral, sociológica, política, etc.)³⁵⁴.

El concepto *formal* de “delito” aporta, desde luego, más seguridad jurídica que cualquier otra noción *material*. Por ello resulta imprescindible en el ámbito penal donde están en juego los bienes y derechos más importantes de la persona. No obstante, ni siquiera el concepto *formal* de delito garantiza “*ex ante*” una seguridad jurídica total y absoluta, porque numerosas figuras penales describen de forma tan imprecisa la conducta prohibida (vg. tipos penales abiertos, presencia desmedida de elementos *normativos*, etc.) que el juicio definitivo requiere el pronunciamiento jurisdiccional. Dicho de otro modo: en estos casos, las exigencias de la seguridad jurídica no se colman con las meras descripciones abstractas de la conducta incriminada (tipificación) sino, en un momento posterior, con la concreción jurisdiccional de aquellas definiciones (interpretación y aplicación de las definiciones legales)³⁵⁵.

4.2. Otros conceptos (“materiales”) de delito

A efectos penales debe rechazarse, por ello, el concepto de “delito natural” que aportó el positivismo criminológico, el concepto sociológico de “conducta desviada” y los intentos muy diversos del “iusnaturalismo” por ofrecer una base ontológica sólida al hecho criminal. Aunque parezca paradójico, todas las fórmulas que pretenden superar el estrecho concepto jurídico formal de delito (conceptos “materiales”)

³⁵³ Sobre los diversos criterios existentes para definir la “nocividad social” de una conducta, vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., págs. 45 y ss.

³⁵⁴ Sobre el concepto “criminológico” de “delito” y el concepto “juridicopenal”, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II.2.c).

³⁵⁵ El concepto de *delito* no alude siempre a realidades *físicas* inequívocas, sino a conductas humanas que se sitúan en un contexto histórico y cultural concreto que les da sentido. Por ello, aunque responda mejor a las exigencias jurídicas, como concepto *formal* (legal), que cualquier concepto *material*, difícilmente podrán satisfacerse aquellas, “*ex ante*”, en el momento *normativo* (tipificación) de las descripciones abstractas. En este sentido, cabe aceptar que se trate de un “constructo debil”, por usar la terminología de BRAITHWAITE (BRAITHWAITE, J., *Inequality, crime, and public policy*. London, 1979. Routledge and Keagan Paul, págs. 15 y ss.).

terminan siendo aún más normativas, más valorativas que aquél, y, desde luego, menos seguras y practicables³⁵⁶.

Ello sucede, por ejemplo, con el concepto de “delito natural”.

Por “delito natural” entendían los positivistas aquellas conductas reprobables “*per se*”, abstracción hecha de cualquier coordenada temporal, espacial o legal.

La definición de GARÓFALO parece absolutamente vaga e imprecisa. Entendía el autor por “delito natural” ... “La lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”³⁵⁷.

La tesis *positivista* del “delito natural” ha recibido justamente toda suerte de críticas³⁵⁸: es ambigua e impracticable. Y tan normativista –aunque pretenda no serlo– como la jurídico– formal, con la única particularidad de que las valoraciones a las que implícitamente remite pertenecen a un ámbito sociocultural.

Tampoco convencen las formulaciones *iusnaturalistas*, en su intento de buscar una base ontológica al hecho criminal o de criticar el *ius positum*³⁵⁹. Probablemente hayan sabido denunciar las insuficiencias del formalismo jurídico-positivista, y el relativismo valorativo de éste: la propia experiencia demuestra que en todos los sistemas, abstracción hecha de las coordenadas variables de tiempo y lugar, suele existir siempre un núcleo homogéneo y constante de valores socialmente compartidos, un consenso³⁶⁰. Ahora bien, no han podido explicar por qué sólo se incriminan con una pena ciertas conductas, ni tampoco la historicidad y circunstancialidad de las prohibiciones legales, su evolución interna, las notorias discrepancias que separan los diversos derechos nacionales, etc. El hecho de que no se haya ofrecido aún un criterio material y generalizador de “delito” –ni, por supuesto, un catálogo cerrado de “delitos naturales”, *de prohibita quia mala*, etc.– corrobora la imposibilidad del empeño.

En cualquier caso, si lo que se pretende es elaborar un concepto de “delito” neutro, libre de valoraciones “formales” (penales), con respaldo empírico, la teoría del delito “natural” –y sus afines– fallan (como falla, también, la “teoría de la desvia-

³⁵⁶ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Manual de Criminología*, cit., pág. 68 y ss. Del mismo: *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II. 2.a).

³⁵⁷ *Criminología*, 1885, págs. 30 y ss.

³⁵⁸ Vid., HENTIG, V., *Crime and its conditions*, 1947. Parte Primera, *passim*. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., *Derecho Penal Español*, P.G., cit., pág. 74.

³⁵⁹ Así, la contraposición mala quia prohibita/prohibita quia mala.

³⁶⁰ En cuanto a la efectiva constatación de dicho consenso social en un momento dado y en una concreta sociedad, vid., GARRIDO GENOVÉS, V., *Relaciones entre sociedad y sistema legal*, en: *Psicología social y sistema penal*, cit., págs. 48 y ss. (el autor relaciona las investigaciones empíricas que parecen demostrar la existencia de tal consenso). El punto de partida de la Criminología crítica y radical es el contrario: no existe consenso alguno en la moderna sociedad plural y democrática sobre los valores que integran el modelo o diseño social, sino conflicto (vg. paradigma conflictual); el orden social no recibe un refrendo expreso o tácito de los ciudadanos que derive del conocimiento del mismo y de su efectivo funcionamiento, sino –en último caso– un refrendo que descansa en la ignorancia por parte de aquéllos de cuáles son los principios que realmente inspiran el sistema y su concreto modo de operar (tesis de POPITZ). Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984 (Publicaciones del Instituto de Criminología), pág. 105 y ss.

ción”, según se verá después) ya que todo concepto no formal de delito aparece forzosamente unido a valoraciones socioculturales; esto es: todo concepto no formal de delito es un concepto normativo o valorativo.

La Teoría del *Bien Jurídico*, cuya evolución histórica y vicisitudes se analizan en otro lugar de esta obra³⁶¹, constituye un meritorio aunque desproporcionado esfuerzo doctrinal por elaborar un concepto material de delito, fundamentador del injusto, que supere la categoría *formal* de la antijuricidad propia de la dogmática clásica.

En efecto, en el ámbito de la Sociología se ha tratado de acuñar una noción estrictamente criminológica de delito acudiendo al término *desviación* (*conducta desviada*, *deviant behavior*, *abweichendes Verhalten*, etc.)³⁶². Por su amplitud y aparente neutralidad, parecía ajustarse mejor que el estrecho concepto jurídico formal de delito a las exigencias de una investigación criminológica realista y pluridimensional³⁶³. Sin embargo, cabe cuestionar que contribuya a una satisfactoria autodefinition objetiva y segura del ámbito material del Derecho Penal.

Primero, por su relatividad y circunstancialidad intrínsecas. No existen conductas desviadas *in se* o *per se*, ni puede elaborarse *a priori* un catálogo de las mismas: un comportamiento se define como desviado en la medida en que se aparte de las expectativas sociales cambiantes³⁶⁴, de la mayoría social. La desviación no reside en la conducta misma, sino en los demás.

Tal imprecisión resta rigor científico y operatividad al concepto de “desviación”. Las muy diversas acepciones doctrinales del mismo³⁶⁵ y, sobre todo, la prolija y heterogénea relación de conductas concretas que, por unas u otras razones, han merecido la etiqueta de “desviadas” –véase el ejemplo muy significativo del catálogo de San Francisco³⁶⁶–, deben prevenir al jurista respecto a los riesgos del empleo de instrumentos tan equívocos al delimitar el ámbito de su quehacer científico.

En segundo lugar, el concepto de “desviación” no ofrece tampoco una alternativa válida al subjetivismo, al relativismo y al formalismo del concepto jurídico-penal de “delito”. Contrapone simplemente a éste otro concepto también subjetivo

³⁶¹ Vid. infra, en esta misma obra, Capítulo VII, 2.d) y e). Cfr. críticamente: STRATENWERTH, G.–KUHLEN, L., *Strafrecht*, A.T., cit., págs. 29 y ss. Crítico respecto a la Teoría del Bien Jurídico: KÖHLER, M., *Strafrecht*, A.T., 1997 (Springer), págs. 24 y ss.

³⁶² Vid., EISENBERG, U., *Kriminologie*, 1979 (Köln-Berlin-Bonn-München), C. Heymanns Verlag, cit., pág. 7; KAISER, G., *Kriminologie*, Ein Lehrbuch, 1980, Heidelberg-Karlsruhe, (C.F. Müller Juristischer Verlag), págs. 118 y ss.

³⁶³ Así, KAISER, G., *Kriminologie*, cit., pág. 119 y ss., para quien el concepto “normativo” de la *desviación* enriquece una óptica estrictamente jurídica y, por ello, demasiado estrecha en las investigaciones criminológicas, si bien no puede sustituir por completo el concepto *penal* de delito.

³⁶⁴ Vid., en este sentido, WISWEDE, G., *Soziologie abweichenden Verhalten*, 1979, Stuttgart, págs. 18 y ss.; OPP, K.D., *Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstrukturen*, Darmstadt, 1974, Neuwied, págs. 38 y ss.; PARSONS, T., *The Social System*, New York, The Free Press of Glencoe, págs. 250 y 251; MATZA, D., *El proceso de desviación*, cit., págs. 21 y ss.; VOLD, G.B., *Theoretical Criminology*, cit., págs. 253 y ss.; VETTER, H.J., y SILVERMAN, I.J., *Criminology and Crime. An Introduction* (University of South Florida), 1986, Harper-Row Publishers, págs. 11 y ss.

³⁶⁵ Cfr., KAISER, G., *Kriminologie*, cit., págs. 118 y ss.

³⁶⁶ Vid., EISENBERG, U., *Kriminologie*, cit., pág. 7.

y valorativo –y mucho más impreciso y relativo³⁶⁷–, con lo que no satisface el proyecto –por otra parte inviable, como se dijo– de formular una noción apriorística, objetiva y segura, de base empírica, de delito.

Se ha intentado, también, elaborar un concepto material de delito sobre la base de los presupuestos y condiciones mínimas que hacen posible la convivencia humana y garantizan la estabilidad del orden social³⁶⁸: desde la Doctrina del *Contrato Social* de la Ilustración hasta las modernas *Teorías Sistémicas* del presente. Pero sin éxito. No han sido capaces de aportar criterios válidos para construir tal concepto, que superen el nivel de las meras hipótesis y abstracciones³⁶⁹ o la historicidad de los valores, convicciones y concretas culturas.

4.3. El concepto “definitorial” de delito de las corrientes interaccionistas (“*Labeling approach*”)

Pero tampoco puede suscribirse, aunque por razones distintas, la tesis central del “labelling approach”, que parte de un concepto puramente “definitorial” de delito. Y no ya porque cuestione el sustrato “ontológico” del crimen, sino porque entiende que éste es una “etiqueta”, resultado del comportamiento selectivo de las instancias del control social, abstracción hecha de la conducta misma y de las definiciones legales que la desaprueban.

Como es sabido, para la Filosofía Interaccionista de la *reaction approach*, lo decisivo no es la conducta criminal o desviada (cualidad de la acción), ni la bondad de las valoraciones que la prohíben, ni el porqué de la desviación (teorías de la criminalidad), sino los procesos sociales de interacción que, de acuerdo con el criterio discriminatorio del *status* social y no del hecho ejecutado, atribuyen la etiqueta de “delincuente” a una persona (teorías de la criminalización). O, dicho de otro modo, lo significativo no es el “crimen” en sí, sino el funcionamiento del control social cuyas instancias “crean” la criminalidad, “reparten” criminalidad: el crimen, en sí, no existe, es un atributo o etiqueta que se atribuye³⁷⁰.

Dicha concepción, aunque no pretenda exculpar ciertas infracciones (*mala quia prohibita*), sino censurar la injusta selectividad del control social, hace depender, en definitiva, de éste, del control social, la noción de delito (eficacia “constitutiva” del control social), vicio metodológico que cierra el paso a cualquier análisis teórico sobre la esencia del comportamiento criminal y factores etiológicamente relevantes del mismo.

³⁶⁷ Vid., KAISER, G., *Kriminologie*, cit., págs. 118 a 120.

³⁶⁸ Vid. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, págs. 350 y ss. Cfr. STRATENWERTH, G.-KUHLEN, L., *Strafrecht*, A.T., cit., págs. 32 y 33.

³⁶⁹ Cfr. STRATENWERTH, G.-KUHLEN, L., *Strafrecht*, A.T., cit., pág. 33.

³⁷⁰ Uno de sus representantes más significativos, H.S. BECKER (*The Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963, Free Press, pág. 9), afirmaba: “Deviance is not a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an offender. The deviant is one to whom the label has been successfully applied; deviant behavior is behavior that people so label ...”. Cfr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, cit., 3ª Ed. (2003), Capítulo II.2.a) y más extensamente, en: Capítulo XX, 1 y 5.

4.4. Conclusión final

El concepto de *delito* –el concepto jurídico penal de *delito*– es un concepto *formal*, que sólo cabe deducir, *ex post*, de las definiciones legales. Ciertamente, éstas suelen coincidir con las pautas de la Ética, de la Moral, y con las valoraciones socio-culturales dominantes, en el caso del *núcleo duro* del Derecho Penal, esto es, de los comportamientos criminales más graves (asesinato, homicidio, robo, estafa, etc.). Pero no en los demás, no necesariamente, al menos, porque el legislador penal tiene plena autonomía para definir y seleccionar sus prohibiciones con arreglo a pautas y criterios propios. Delito es, por tanto, la conducta que la ley penal incrimina y sanciona como tal, cualquiera que sea la valoración ético-social o moral que ésta merezca.

La opción a favor de un concepto *formal* de *delito* quizás pueda parecer insatisfactoria, tautológica, y decepcione a quien busque un fundamento material más sólido y convincente a las prohibiciones penales. Pues el aserto de que *delito* es la conducta que la ley penal define y castiga como tal sólo puede convencer a quien profesa un positivismo jurídico a ultranza o se conforma sumisa y acríticamente con las valoraciones legales.

Sin embargo, el principio de *legalidad* e ineludibles exigencias de *seguridad jurídica* imponen dicho concepto *formal* de *delito*. Las severas consecuencias de la intervención *penal* y el elevado coste social de ésta no pueden hacerse depender de pautas *materiales* (éticas, morales, socioculturales, etc.), ambiguas, relativas, circunstanciales de aplicación insegura e imprevisible.

Cosa distinta es que cualquier análisis del proceso de gestación de las prohibiciones penales –y toda reflexión científica y crítica en torno a las mismas– obligue a ponderar el marco ético, moral y sociocultural en el que aquéllas se integran, pues no en vano el núcleo duro de las mismas hunde sus raíces en la Ética y se halla refrendado por un amplio consenso social. Dicho, pues, de otro modo: las prohibiciones penales son conductas que se castigan porque atentan contra valiosos intereses del hombre y de la sociedad (“*prohibita quia mala*”), y no comportamientos reprobables por el mero hecho de que la ley los sancione (“*mala quia prohibita*”) ¡Sólo el déspota o el tirano castigan por castigar, o prohíben por prohibir!

Pero es necesario distinguir los dos planos o niveles de la reflexión: en el filosófico– científico, no se puede renunciar a la búsqueda de un fundamento *material* que legitime las prohibiciones penales; en el de la praxis o aplicación del Derecho, sólo cabe un concepto *formal* de delito.

5. LOS MEDIOS E INSTRUMENTOS DEL DERECHO PENAL: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

5.1. La pena

La pena es, desde un punto de vista *histórico*, una de las más viejas instituciones de la humanidad. Ha acompañado al hombre desde el comienzo de su exis-

tencia, asegurando y haciendo posible, como último resorte, la vida en común. El castigo, según demuestra la historia del ser humano, es necesario, para disuadir al infractor potencial (intimidación) y para dar confianza al ciudadano que cumple las leyes.

Jurídicamente, la pena es el arma más poderosa y devastadora del *ius puniendi*, el instrumento por excelencia de éste, del que el Derecho Penal recibe su nombre.

Pero también otros sectores del ordenamiento jurídico se sirven de consecuencias negativas, de sanciones y castigos. La nulidad, la rescisión de un negocio jurídico, la reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados, etc., son sanciones y castigos que conoce el *Derecho Civil*. El *Derecho Administrativo* dispone, también, de un rico y expeditivo arsenal punitivo (sanciones administrativas), que incide en el patrimonio y derechos del ciudadano (excepto en la libertad de éste, como se verá) expresión del llamado *poder sancionatorio* de la Administración. Ahora bien, en estos sectores del ordenamiento citados (Derecho Civil, Derecho Administrativo, etc.), el castigo —el sancionar o castigar— ocupa una posición marginal, puramente instrumental y ocasional; sin embargo, la pena es consustancial al Derecho Penal y constituye su propia seña de identidad. Castigar, penar, son verbos que definen en su esencia la función penal.

La Administración civil, a través de su poder sancionatorio, no puede imponer en España castigos que, directa o subsidiariamente, signifiquen una efectiva privación de libertad del ciudadano, porque lo prohíbe el *artículo 25.3* de la Constitución. No obstante, existen sanciones (civiles y administrativas) que, desde un punto de vista “*material*” no se diferencian de las sanciones penales, de las *penas* genuinas, (por ejemplo, sanciones pecunarias, como la multa, y sanciones restrictivas de derechos). Por ello, el concepto de *pena* debe formularse con criterios *formales* que permitan la clara diferencia entre unas y otras consecuencias jurídicas.

El propio Código Penal asume explícitamente un concepto *formal* de *pena* en su *artículo 34*, al declarar éste que “no se reputarán penas”, determinadas consecuencias jurídicas afflictivas, de naturaleza procesal, unas veces, cautelar, gubernativa o disciplinaria, otras.

“No se reputarán penas (declara el *artículo 34*):

1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.
2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.
3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”.

Desde un punto de vista, pues, *formal*, “penas” son sólo y exclusivamente ciertas consecuencias jurídicas que exhiben las notas o características diferenciales siguientes:

1. Se *preven* y *regulan* en el Código Penal, precisamente bajo este *nomen iuris*.

El Capítulo I, Título III del Libro I del Código Penal (“De las penas, sus clases y efectos”) describe las penas y sus clases (Sección Primera).

El artículo 33 aporta el catálogo de penas (“*numerus clausus*”), clasificando éstas “en función de su naturaleza y duración”. Su Sección Segunda contempla las penas privativas de libertad: prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (artículos 35 a 38)³⁷¹. La Sección Tercera (artículos 39 a 49), las penas privativas de derechos (inhabilitación absoluta; inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; suspensión de empleo o cargo público; privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; privación del derecho a la tenencia y porte de armas; privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; trabajos en beneficio de la comunidad. La Sección Cuarta se refiere a la pena de multa (artículos 50 a 53) y la Quinta a las penas *accesorias* (artículos 54 a 57).

El Capítulo II (“De la aplicación de las penas”) dicta una serie de *reglas generales para la aplicación de las penas* (Sección Primera: artículos 61 a 72) y de *reglas especiales* (Sección segunda: artículos 73 a 79), dedicando el Capítulo III tres Secciones a la “suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad” (Sección Primera: artículos 80 a 87), la “sustitución de las penas privativas de libertad” (Sección Segunda, artículos 88 y 89) y la “libertad condicional” (Sección Tercera, artículos 90 a 93), respectivamente.

2. Tienen como *presupuesto* exclusivo y obligado la comisión culpable (artículo 5 del Código Penal) de un hecho delictivo, previsto y penado en el propio Código o en la legislación penal especial, como *delito* o *falta*.

No son *penas*, por tanto, las sanciones que se impongan por infracciones civiles o administrativas, sino sólo aquellas consecuencias jurídicas que tengan como presupuesto una infracción criminal. La *pena* –castigo que se impone por la comisión culpable de un hecho delictivo– exige un comportamiento *doloso o imprudente* (artículo 5 del Código Penal). En otro caso, sólo cabe imponer una *medida de seguridad*, no una *pena*.

3. Las penas se imponen por los *Jueces y Tribunales de lo criminal*, en sus sentencias firmes, dictadas de acuerdo con las leyes procesales (artículo 3.1 del Código Penal), después de un determinado *procedimiento* establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Administración no puede imponer *penas*, ya que esta particular clase de sanciones queda reservada al Poder Judicial: a los Jueces y Tribunales de lo criminal, que son los *competentes* (artículo 3.1 del Código Penal), *ratione materiae*.

Desde un punto de vista *procedimental*, además, difiere sustancialmente el *expediente* administrativo sancionador –su instrucción, tramitación, régimen de recursos y sustanciación hasta la resolución final– y el procedimiento penal, bien *ordinario*, bien *abreviado*, en sus diversas fases y momentos (iniciación, instrucción, juicio oral, sentencia, recursos, etc.).

³⁷¹ La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el límite mínimo de la duración de la pena de prisión (art. 36.1º C.P.: tres meses); suprime la pena de *arresto de fin de semana* e incorpora la pena de “*localización permanente*” (art. 37 C.P.), entre otras muchas innovaciones.

4. Se *cumplen y ejecutan* en la “forma prevista por la Ley y Reglamentos” (en el caso de las penas privativas de libertad: la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, y su Reglamento de 9 de febrero de 1996) “bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes” (*artículo 3.2 del Código Penal*), esto es, los Jueces de vigilancia, tratándose de penas privativas de libertad.

Estos cuatro criterios formales permiten distinguir la *pena* de otras consecuencias jurídicas de naturaleza no *criminal*³⁷².

Pero, a su vez, entre las sanciones criminales, la *pena* y la *medida de seguridad* – ambas previstas y reguladas en el Código Penal– difieren por su estructura y funciones respectivas, como se expondrá en el apartado siguiente.

En todo caso, la sociedad percibe las *penas* como sanciones *cuantitativamente* distintas y más graves, asociadas a hechos y conductas (delitos) revestidos de una particular nocividad objetiva o dañosidad social, y de una especial reprochabilidad.

No son “penas”, ni “medidas de seguridad” las “medidas” que contempla la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de jóvenes y menores. Se trata, en mi opinión³⁷³, de consecuencias jurídico-penales *sui generis*, de acusada orientación educadora, pedagógica, y que se imponen según dispone reiteradamente la citada LOGRRPM “en interés del menor”. No obstante, un sector de la doctrina española entiende que son genuinas “penas”³⁷⁴; y otro, que se asemejan a las *medidas de seguridad*³⁷⁵.

5.2. Las medidas de seguridad

Hasta finales del siglo XIX los sistemas penales sólo disponían de un instrumento para responder al delito: la pena. La pena “retributiva”, esto es, la pena que

³⁷² En cuanto a las *sanciones informales*, vid. Supra, I.a.

³⁷³ Me he ocupado detenidamente del problema, en: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Reflexiones criminológicas y político-criminales al modelo de responsabilidad (penal) de la L.O. 5/2000, de 12 de enero*, en: El menor ante el Derecho. Responsabilidad, capacidad y autonomía. Un estudio de Derecho Comparado. Madrid, 2005. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, IV.2.b). Mantienen la misma opinión del texto: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*. Madrid (Colex), 2003, pág. 302. También: FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal Español tras la L.O. 5/2000 y la L.O. 7/2000*, en: Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 4 (2001). Madrid Dykinson, págs. 25 y ss.

³⁷⁴ Que se trata de verdaderas *penas* en las que predominarían los objetivos preventivo-especiales, se afirma, entre otros, por: CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, P.G.*, III., pág. 93; ALASTUEY DOBÓN, M^a. Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia (2000), Tirant lo Blanch, pág. 433; LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal de menores*. Valencia (2003), Tirant lo Blanch, págs. 17 y ss. y 162 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O., *Los actuales principios rectores del Derecho Penal Juvenil. Un análisis crítico*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED), n1 3 (1999), 2^a Época, pág. 63.

³⁷⁵ Mantienen que son “medidas de seguridad”: GARCÍA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia, 1996, pág. 360; VARGAS CABRERA, B., en: *Ley de la Responsabilidad penal de los menores* (director: Conde Pumpido), Madrid, 2001 (Trivium), págs. 135 y ss.

se impone por razón del hecho cometido y la culpabilidad de su autor (sistemas *monistas*).

Las medidas de seguridad nacen con el pensamiento preventivo especial, suscitado por la Scuola Positiva italiana, a finales del siglo XIX y en torno a la idea difusa de *peligrosidad*. Por ello, carece de rigor la búsqueda de antecedentes con anterioridad al *positivismo criminológico* del que arranca la moderna teoría de la prevención especial³⁷⁶. No es correcta, por tanto, la opinión de un sector doctrinal³⁷⁷ que sitúa ya estas técnicas alternativas o complementarias a la pena en el período ilustrado y que ve en E.F. KLEIN el creador de las mismas³⁷⁸.

5.2.1. *Pena y medida: el origen de las medidas*

Sin embargo, el *positivismo criminológico* puso pronto de manifiesto la inadecuación e insuficiencia de la pena retributiva en determinados supuestos donde la peligrosidad del autor reclama otro tipo de respuesta. Así surgen las medidas de seguridad como consecuencias jurídicas distintas de la pena (sistemas *dualistas*).

Se pensaba, fundamentalmente, en tres grupos de casos: casos de “peligrosidad” sin delito (vg. sujeto que no ha delinquido pero que puede llegar a hacerlo, que es peligroso); casos de peligrosidad seguidos de la comisión no culpable de un delito (vg. enajenado mental que mata); y casos de peligrosidad acompañada de la comisión culpable de un delito (vg. delincuente habitual contra el patrimonio que vuelve a delinquir)³⁷⁹.

En los dos primeros supuestos, faltando la comisión culpable de un delito, el sujeto no podía ser castigado con una pena. Sólo otro tipo de respuesta estaría en condiciones de neutralizar su “peligrosidad”. En el tercer grupo de casos, la pena, sin duda alguna, volvería a ser ineficaz y el sujeto delinquiría de nuevo si no se corregía su peligrosidad con otro instrumento distinto: la medida de seguridad.

El sistema de *doble vía* que parte de la distinción –y posible coexistencia³⁸⁰– de *penas y medidas de seguridad* surge históricamente, pues, como fórmula de compromiso entre el *monismo* de la Escuela Clásica (que solo reconoce la *pena* retributiva) y el *monismo* del Positivismo Criminológico (partidario de un sistema único

³⁷⁶ En este sentido, SANZ MORÁN, A., (*Las medidas de corrección y de seguridad ...*, cit., pág. 23).

³⁷⁷ Así, SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª Ed. (2ª reimpresión), 1995 (Göttingen), pág. 251 y ss. Cfr. SANZ MORÁN, A., op. cit., pág. 22, nota 5.

³⁷⁸ Quienes, como SCHMIDT, Eb., sitúan las medidas en el Estado de Policía, propio de la Ilustración, o quienes creen encontrar antecedentes de aquellas –en España– en la Pragmática de Carlos III, de 1771, sitúan estas consecuencias jurídicas fuera de su genuino contexto histórico. Cfr. SANZ MORÁN, A., op. cit., págs. 22 y 23.

³⁷⁹ Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pág. 138; Sobre la evolución histórica de las medidas de seguridad, vid. ARANGO DURLING, Vª., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., págs. 178 y ss.

³⁸⁰ Posible coexistencia, porque la distinción entre una y otra consecuencia no impone, necesariamente, la acumulación de ambas. Así, SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección*, cit., pág. 41.

de medidas), según la opinión dominante³⁸¹. Su consagración se debe, sin duda, a C. STOOSS, quien se apartó tanto de las soluciones propugnadas por la Escuela Positiva italiana (sistema único de medidas), como del monismo de la Escuela Sociológica alemana (F.v. LISZT), que propugnaba una pena única, que abarcara tanto las exigencias retributivas como las preventivas (la “pena-fin”), o del monismo retributivo de la Escuela Clásica.

No debe ignorarse, pues, la trascendencia del pensamiento de F.V. LISZT y su “pena-fin” (Zweckstrafe) en el origen de las *medidas* y, sobre todo, en el hecho de que éstas fueran rodeándose de un marco de garantías semejante al de la “pena”. Por ello, EXNER, F., afirmaría que LISZT, con su programa político criminal, habría proporcionado la meta, mientras STOOSS mostró la vía o camino para conseguirla³⁸².

Los sistemas “*dualistas*” o de “*doble vía*” trazaron una clara distinción conceptual entre la pena y la medida de seguridad. La *pena*, concebida como un castigo basado en la culpabilidad por el hecho del autor, de esencia retributiva, y orientada fundamentalmente hacia fines preventivos (prevención general y prevención especial). La *medida de seguridad*, como privación de bienes jurídicos por razón de la peligrosidad del autor, de esencia preventiva y orientada exclusivamente hacia fines de prevención especial³⁸³.

La *pena*, en efecto, es retribución. Y presupone no sólo que el sujeto haya cometido un “hecho” previsto en la ley como “delito”, sino su realización “culpable”: la *pena* es proporcionada, en consecuencia, a la gravedad del delito y a la culpabilidad de su autor. El fin prioritario de la pena es la prevención general. La *medida*, por el contrario, carece de naturaleza retributiva. No presupone, conceptualmente la comisión culpable de un hecho delictivo, sino la peligrosidad del sujeto. Y se orienta, sin duda, a la llamada prevención especial.

³⁸¹ Para algunos autores, como GRASSO, G. (cit. por SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección*, cit., pág. 29 y nota 23), en puridad, la introducción de las medidas no fue una fórmula de *compromiso*, sino una “concesión” de la Escuela Clásica (pena retributiva como única consecuencia) a las exigencias de la moderna Escuela Sociológica en relación al tratamiento de los delincuentes habituales o profesionales.

³⁸² EXNER, F., *Die Theorie der Sicherungsmittel*, 1914 (Berlín), pág. 239. Cfr., SANZ MORÁN, A., op. cit., pág. 28, nota 21.

³⁸³ Cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., págs. 138 y 139. Como advierte SANZ MORÁN, A., siguiendo, en parte, a SILVA SÁNCHEZ y a FRISCH, (*Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, cit., pág. 40) cabe señalar varias diferencias entre pena y medida: 1) Sus respectivos presupuestos son distintos: preventivo-generales en la pena (de modo prioritario, básico), preventivo-especiales en la medida; 2) La privación de libertad cobra un sentido distinto en cada caso: en la pena, constituye su contenido esencial, en la medida, circunstancial; 3) También difiere el sentido del tratamiento resocializador en la pena y en la medida: mientras en la primera solo tiene carácter *voluntario*—constituye un *derecho*, no un *deber*, en la medida, el tratamiento tiene naturaleza *coactiva, obligatoria* porque es lo que legitima a la propia medida; 4) El principio de proporcionalidad tiene, también, diverso significado en una y otra consecuencia jurídica: en la pena, su objeto de referencia lo constituye el *injusto culpable*, en las medidas, los hechos cuya comisión quepa pronosticar a partir de la peligrosidad revelada; 5) En las penas es irrenunciable el principio de *culpabilidad*, en las medidas no juega papel alguno, porque solo importa el de *peligrosidad*. Sobre el problema, vid.: GUZMÁN DÁLBORA: Las medidas de seguridad. Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad, en: Revista de Derecho Penal, nº 16 (especial en homenaje a Ofelia Grezi. Fundación de Cultura Universal, 2006, págs. 150 y ss.

Cosa distinta es que el Código Penal vigente destierre la peligrosidad *social* o la peligrosidad *criminal* de quien todavía no ha delinquido, al exigir como fundamento y presupuesto de la aplicación de las *medidas* la previa comisión de un delito (*art. 95.1^º*). Y que refiera la exigencia de proporcionalidad de las *medidas*, no a la mayor o menor peligrosidad del infractor sino a la gravedad del delito cometido (*art. 6.2^º, 101.1^º, 102.1^º y 103.1^º*). Que el Código Penal no contemple la posibilidad de imponer *medidas* a imputables habituales y reincidentes rompe, también, con el origen histórico y ámbito de aplicación convencional de las *medidas de seguridad*.

No se examinan en este Capítulo los problemas que suscitan las medidas de seguridad, ni la crisis de los sistemas dualistas o la controversia sobre la constitucionalidad de estas consecuencias jurídicas. Interesa exclusivamente la polémica doctrinal en torno a la pertenencia de las mismas al Derecho Penal.

F.v. LISZT no las contemplaba en su conocida definición del Derecho Penal. El Derecho Penal –afirma F.v. LISZT– “es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, la pena, como legítima consecuencia”³⁸⁴. Pero no cabe duda que, poco a poco, han adquirido cartas de naturaleza en todas las legislaciones. También, en la española, desde la vieja Ley de Vagos y Maleantes de 1933, precursora de la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, de 4 de agosto de 1970.

De las “medidas” que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 contemplaba nuestra legislación, un grupo de ellas eran especialmente conflictivas: las llamadas medidas de seguridad “*predelictuales*” o “*antedelictuales*”. Se imponían por razón de la peligrosidad del individuo, sin requerirse que éste hubiere cometido hecho delictivo alguno. Es lógico que se cuestionara entonces si tales “medidas” eran instrumentos de naturaleza “penal”.

Las *postdelictuales* no suscitan tan graves reparos, porque presuponen la comisión de un delito, sin perjuicio de que las afecte, también, la crisis de los sistemas de la doble vía y se alcen voces que denuncian su inconstitucionalidad³⁸⁵ clamando por la desaparición de las mismas³⁸⁶.

5.2.2. *El problema de las medidas de seguridad y su pertenencia al Derecho Penal: las llamadas medidas de seguridad “predelictuales”. Excurso histórico*

Las medidas de seguridad *predelictuales* o *antedelictuales* son ya historia. El Tribunal Constitucional, en tres conocidas sentencias (159/1985, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero), había advertido los serios reparos que merecen desde las exigencias garantistas derivadas

³⁸⁴ *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 3ª Ed., I, pág. 5.

³⁸⁵ Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pág. 14 y 150. Para el autor podría constituir delito de prevaricación aplicar la Ley de 4 de agosto de 1970.

³⁸⁶ Así, OCTAVIO DE TOLEDO, E., que incluye las medidas predelictuales en la definición del Derecho Penal, es partidario de suprimir incluso las postdelictuales, excepto en el caso de las que se deban aplicar a las personas jurídicas (*Sobre el concepto de Derecho Penal*, cit., pág. 56).

del *nullum crimen*. Y, aún cuando la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social permaneció en vigor hasta su derogación formal por el Código Penal de 1995, lo cierto es que en la praxis no se aplicaban. Pero no sería justo obviar ahora, una vez expulsadas de nuestro Derecho Penal tan polémicas consecuencias jurídicas, la gravísima problemática que suscitaron, y las diversas posiciones doctrinales esgrimidas al respecto por los principales tratadistas, aun cuando hoy sólo tengan un significativo valor histórico-testimonial.

El problema, pues, no era otro que el de la *legimitación* de ciertas consecuencias jurídicas restrictivas, impuestas al sujeto por razón de su peligrosidad, antes de que éste hubiera cometido algún *delito* (entendiendo este término, *delito*, en el sentido amplio de *tipo de injusto*, siquiera desprovisto de *culpabilidad*)³⁸⁷. ¿Cabe limitar, intervenir restrictivamente, el patrimonio jurídico del ciudadano, si éste no ha infringido la ley penal. Más aún, pueden utilizarse instrumentos semejantes a la pena, consecuencias de naturaleza *penal*, respecto a un sujeto que no ha violado la ley penal? ¿Pertenece, en puridad, tales *medidas* al Derecho Penal? ¿Son Derecho Penal?

En la doctrina alemana parece indiscutible que al Derecho Penal sólo pueden pertenecer las medidas “postdelictuales”³⁸⁸. La previa comisión de un delito es antecedente unitario y común a penas y medidas de seguridad, contemplándose estas últimas también en el Código Penal. El Derecho Penal, en consecuencia, suele definirse como el conjunto de normas que asocian al delito penas o medidas de seguridad³⁸⁹.

5.2.2.1. Tesis mayoritaria: exclusión de las medidas “predelictuales” del ámbito penal

La exclusión de las medidas de seguridad “predelictuales” del ámbito penal fue, también, opinión mayoritaria de la doctrina española³⁹⁰ si bien el problema

³⁸⁷ Cfr., MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., pág. 23.

³⁸⁸ Vid.: BAUMANN, J., *Strafrecht*, cit., pág. 7; BOCKELMANN, P., *Strafrecht*, A. T. Darstellung der ab 1. januar 1975 geltenden reformierten Fassung, 2, Ed. pág. 1., JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrecht*, cit. pág. 8.; WELZEL, H. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 1, SCHMIDHÄUSER, E., *Einführung in das Strafrecht*, 1972, pág. 223, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, cit., pág. 4, STRATEN-WERTH, G., *Strafrecht*, A. T., cit., pág. 32 a 33, MAURACH, R., *Strafrecht*, cit., pág. 2.

³⁸⁹ Así, BOCKELMANN, P., *Strafrecht*, A.T., 1975 (2ª Ed.), München., pág. 1; BAUMANN, J., *Strafrecht*, A.T., 1975 (7ª Ed.), Bielefeld, pág. 6; MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, I, 1962 (Barcelona), cit., pág. 3; WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág.1; Cfr., MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., pág. 17 y 18, nota 3.

³⁹⁰ Así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., pág. 4; RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 10; BARREIRO JORGE, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, 1976, pág. 92; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 40 y ss.; CERESO MIR, J., *Curso*, cit., pág. 37; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, cit., pág. 17; LANDROVE DIAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 1976, pág. 177; TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado*. Madrid (Akal), págs. 133 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español*, cit., pág. 8; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, cit., págs. 11 y 12. Vid., al respecto, las conclusiones de la II y III Jornadas de Profesores de Derecho Penal (Barcelona 1974 y Santiago de Compostela 1975, respectivamente); Vid., para Panamá, MUÑOZ POPE, C.E., *Introducción*, cit., págs. 50 y ss.

tiene un marco y coordenadas legales diferentes en el ordenamiento penal español. En efecto, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de “peligrosidad y rehabilitación social” –ley de naturaleza “penal”– contemplaba un sinnúmero de “medidas” de esta clase (predelictuales), con lo que, en principio, se les otorgaba no sólo una relativa cobertura legitimadora, sino además la apariencia de instrumento “penal”.

Así, por ejemplo, el artículo 2º de la citada Ley declaraba “*en estado peligroso* a los siguientes individuos, a quienes se les aplicaría una medida de seguridad ... si se apreciase en los mismos “una peligrosidad social”: los vagos habituales (art. 2,1º); los que habitualmente “ejercen” ... la prostitución (4º); los mendigos habituales (6º); los ebrios habituales y los toxicómanos (7º); los que “con notorio menosprecio de las normas de la convivencia social se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas” (9º); los que “integrándose en bandas o pandillas, manifestaren por el objeto y actividades de aquéllas evidente predisposición delictiva” (10º), etc.

Las medidas de seguridad aplicables consistían, por lo general, en internamientos en centros de custodia o trabajo, o de rehabilitación, arrestos de fin de semana, aislamientos curativos en casas de templanza, sumisión a la vigilancia de delegados, tratamientos ambulatorios, multas, prohibición de residir en ciertos territorios o de visitar ciertos lugares, etc. (artículos 5 y 6 de la Ley).

La Ley 16/1970, de 4 de agosto, asociaba, por tanto, medidas de seguridad a supuestos de mera peligrosidad “social” o de “peligrosidad sin delito” creando un sistema pernicioso que confundía “peligrosidad criminal” con “peligrosidad social” y hacía de las medidas “predelictuales” su verdadero centro de gravedad³⁹¹.

No obstante, el común trato de medidas “predelictuales” y “postdelictuales” en una misma norma de naturaleza penal (L. 16/1970, de 4 de agosto) y el hecho de que unas y otras debieran aplicarse por los órganos de la jurisdicción criminal no han sido obstáculos decisivos para que la doctrina española otorgase naturaleza “administrativa” a las medidas predelictuales.

“Sólo las medidas postdelictivas –afirmaba RODRÍGUEZ MOURULLO³⁹²– pertenecen al Derecho Penal, en tanto su presupuesto de aplicación es la peligrosidad criminal revelada a través de la comisión –aunque sea inculpable– de un hecho legalmente descrito como delito ... Si falta este punto de entronque, la medida no puede ser incluida en el ámbito del Derecho Penal. Las medidas predelictivas, que se apoyan en la mera peligrosidad social, constituyen medios de policía pertenecientes al Derecho Administrativo. No obsta que tengan por finalidad específica la evitación de delitos y sean aplicadas, como las postdelictivas, por órganos del poder judicial”. En el mismo sentido se pronunciaría CERESO MIR³⁹³, partidario, también, de que se suprimiesen estas medidas por el grave riesgo que entrañaba para la seguridad jurídica aplicar las mismas a quien no ha delinquido aún.

Ciertamente, las medidas de seguridad “predelictuales” carecían de naturaleza penal por mucho que se orientasen a la prevención del crimen³⁹⁴ o se con-

³⁹¹ En este sentido crítico, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 40 y 41.

³⁹² *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 17 y 18.

³⁹³ *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 37 y 38.

³⁹⁴ Como afirma ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 4.

templasen, junto con las postdelictuales, en una ley penal. Pero, sobre todo, representaban una grave amenaza para el principio de legalidad y seguridad jurídica: una genuina intervención abusiva.

El principio del “*nullum crimen*” se vulneraba porque restringían indebidamente los derechos de quien todavía no había delinuido.

“Mientras exista el principio de legalidad –afirmaba ya RODRÍGUEZ DEVESA– es de todo punto necesario que esas medidas de carácter puramente preventivo o profiláctico, guarden la debida distancia con las que corresponden al Derecho Penal. Una intervención que signifique una privación prolongada de libertad, llámese pena o custodia de seguridad, perfora todo el dispositivo de garantías de un Estado de Derecho, que no puede admitir injerencias de esta clase en la vida pública, si no se ha realizado todavía ningún acto delictivo”³⁹⁵.

La seguridad jurídica, desde luego, quedaba en entredicho por las imprecisas definiciones del presupuesto de las medidas (“estado peligroso”), siempre a merced de un inseguro y relativo juicio de prognosis: de suerte que podían llegar a imponerse al “peligroso” sanciones materialmente semejantes a las penas³⁹⁶ a pesar de no haber cometido hecho punible alguno.

Con razón mantuvo TERRADILLOS que “hablar de una peligrosidad criminal predelictual es un absurdo lógico”.

Las medidas predelictuales, por último, conducían a toda suerte de excesos y abusos represivos, precisamente porque no contaban con el límite de la necesaria comisión de un delito previo³⁹⁷ y no respetaban la lógica proporcionalidad entre el mal que tratan de evitar y la intromisión correlativa en los derechos del ciudadano³⁹⁸. A menudo, como la experiencia histórica demuestra, se han convertido en el arma predilecta de los Estados totalitarios, amparando las peores maquinaciones contra la dignidad humana³⁹⁹. Por ello es imprescindible reiterar la naturaleza “subsidiaria” del Derecho Penal, limitando los resortes de éste a las penas y medidas postdelictuales⁴⁰⁰, como propuso MUÑOZ CONDE.

En este sentido, ha dicho RODRÍGUEZ MOURULLO que la exigencia de la previa comisión de un delito para la apreciación del estado peligroso, cumple una triple función garantizadora: refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortale-

³⁹⁵ *Derecho Penal español*, cit., pág. 819. En igual sentido: MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., pág. 30; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 45; LANDROVE DIAZ, G., *Introducción*, cit., pág. 93; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, P.G.*, cit., págs. 11 y 12; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español*, cit., pág. 8.

³⁹⁶ En cuanto a la posibilidad de “camuflar una pena bajo el manto hipócrita de la medida de seguridad resocializadora”, vid., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 44. Cfr., JORGE BARREIRO, A., *Las medidas*, cit., pág. 91.

³⁹⁷ Vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Sub voce: *Principio de legalidad*, en: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, XIV, pág. 891. Para el autor, la exigencia de la previa comisión de un hecho delictivo compensa la dificultad de describir objetivamente los presupuestos del “estado” peligroso.

³⁹⁸ BERISTÁIN, A., *Medidas Penales en el Derecho Contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*; Reus, 1974, pág. 80. En contra de la supuesta falta de proporcionalidad con la que argumenta BERISTÁIN: CERESO MIR, J., *Curso*, cit., pág. 38, nota 88.

³⁹⁹ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., ob. cit., pág. 177.

⁴⁰⁰ *Introducción*, cit., pág. 40 y ss.

ce la vigencia del principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva⁴⁰¹; lo que no implicaría, como el propio autor añade, una renuncia a las necesidades de la prevención, sino el hacer frente, con mayor eficacia aún, a la peligrosidad antedelictual, a través de otros cauces –no penales– más adecuados y menos comprometedores para los derechos fundamentales del individuo y con las necesarias garantías ante la Administración. Mejor aún: sustituir la inadecuada vía penal por una acertada política económica y social, que evite las causas de este tipo de peligrosidad⁴⁰².

5.2.2.2. Tesis minoritaria: naturaleza “penal” de las medidas “predelictuales”

Un sector minoritario de la doctrina española, sin embargo, atribuía naturaleza penal a las medidas de seguridad *predelictuales*. Así, entre otros, MIR PUIG y OCTAVIO DE TOLEDO.

Para MIR PUIG, las medidas predelictuales pertenecen al Derecho Penal⁴⁰³. A esta conclusión llega el autor rechazando, primero, las dos objeciones clásicas que invoca la doctrina dominante: la quiebra del principio de la legalidad y la imposibilidad de distinguir las medidas de carácter administrativo de las penales, si se incluyen en el Derecho Penal las de carácter predelictual. A su juicio, la configuración de las medidas no varía con su clasificación científica o emplazamiento, por lo que la amenaza al principio de legalidad se plantea en los mismos términos, con independencia de que pertenezcan al Derecho Penal o al Derecho Administrativo. Por otra parte –añade– cabe perfilar un criterio que haga posible la distinción entre las medidas predelictuales de las meramente administrativas, criterio acorde con el origen de aquéllas y con la propia legislación positiva española: el criterio de la probabilidad de cometer un delito⁴⁰⁴.

En efecto, la diferencia entre las medidas predelictuales y las postdelictuales estribaría sólo en que éstas requieren un delito anterior, mientras las predelictuales se refieren a delitos futuros, a delitos de probable comisión; pero en ambos casos se trataría de una peligrosidad “criminal” y no meramente “social”⁴⁰⁵. Y concluye: “si las medidas predelictuales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social también se refieren a delitos futuros, he aquí el criterio que permite incluir en el Derecho Penal esa clase de medidas, sin que con ello se pierda la posibilidad de distinguir con claridad Derecho Penal y Derecho Administrativo: las medidas de seguridad predelictuales pueden consi-

⁴⁰¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El Principio de legalidad*, cit., pág. 891.

⁴⁰² Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 46, quien siguiendo el pensamiento de RODRÍGUEZ MOURULLO concluye reclamando una modificación previa de las estructuras económicas y sociales. También, en este sentido: LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas*, cit., pág. 176; JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad*, cit., pág. 162 y ss.

⁴⁰³ Vid., *Introducción a las bases*, cit., pág. 23 a 26. Posteriormente, el autor ha insistido en la “dudosa constitucionalidad” de estas medidas “predelictuales”, estimando aconsejable “acoger el criterio dominante en el Derecho Comparado, consistente en admitir sólo medidas de seguridad postdelictuales (Parte General, cit., pág. 10).

⁴⁰⁴ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., págs. 24 y 25.

⁴⁰⁵ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., pág. 25.

derarse de naturaleza penal porque tienen como presupuesto la probabilidad de cometer delitos, es decir, hechos sancionados con una pena”⁴⁰⁶. Por otra parte, afirma MIR PUIG, este argumento conceptual se reforzaría con otro de política criminal y de técnica legislativa: porque la inclusión de las medidas en el Derecho Penal –de las predelictuales– potenciaría la tesis aún endeble en la práctica de que también esas medidas requieren como presupuesto de aplicación la peligrosidad referida a delitos futuros y no sólo a males indefinidos para la sociedad; con la ventaja, además, de que se daría una respuesta unitaria a la naturaleza de las distintas medidas que el legislador ha reunido, sin distinguir, en una misma Ley⁴⁰⁷.

En un sentido semejante se pronuncia OCTAVIO DE TOLEDO, para quien las medidas de seguridad predelictuales tienen naturaleza penal, por cuanto el presupuesto de las mismas es la peligrosidad “criminal”. Cualquiera que sea su formal ubicación legal, se imponen en relación al delito (siquiera sea futuro) y existen en razón a prevenir la comisión de delitos, luego pertenecen al Derecho Penal. A juicio del autor, esta tesis extiende a las medidas de seguridad las garantías propias del Derecho Penal, y reclama una interpretación restrictiva del presupuesto de las mismas: la peligrosidad “criminal” (no simplemente la peligrosidad “social”). Sin perjuicio, no obstante, de manifestarse partidario de la supresión de las medidas de seguridad predelictuales, estima OCTAVIO DE TOLEDO que pueden distinguirse sin dificultad de las “medidas de prevención administrativa” que se refieren bien a la política social (sanitaria, de seguridad social, etc.), bien a actuaciones policiales de vigilancia, control y persecución de delitos⁴⁰⁸.

5.2.2.3. *La Constitución Española y las medidas de seguridad “predelictuales”*

La entrada en vigor de la Constitución Española obligó a replantear la cuestión inicial sobre la legitimidad de una intervención en los derechos y libertades del ciudadano que no ha cometido aún hecho delictivo alguno.

Que existe la necesidad “político-criminal” de anticiparse al delito interviniendo eficazmente para prevenirlo parece obvio. La pena llega siempre demasiado tarde. Pero no lo es que dicha intervención deba utilizar instrumentos tan peligrosos como las medidas de seguridad.

De hecho, los alegatos contra las medidas de seguridad de RODRÍGUEZ DEVESA⁴⁰⁹ y BERISTÁIN⁴¹⁰ no fueron, en puridad, alegatos contra la prevención del delito sino alegatos contra la justificación del empleo de ciertos resortes, como las *medidas*.

⁴⁰⁶ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., pág. 25.

⁴⁰⁷ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., págs. 25 y 26.

⁴⁰⁸ *Sobre el concepto del Derecho Penal*, cit., pág. 48 y ss. y 67.

⁴⁰⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a., *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero:abril, 1978, pñag. 5 a 11 (especialmente: pág. 9).

⁴¹⁰ BERISTÁIN, A., *Las medidas Penales*, cit., pág. 80.

Las medidas predelictuales encontraban serios obstáculos en la letra y el espíritu de la Constitución. La escasa precisión del presupuesto de las mismas no parecía respetar el mandato de determinación que integra materialmente el “*nullum crimen*”⁴¹¹: contravenían, pues, las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad (*art. 81.1º* y *53.1º*) y de seguridad jurídica (*9.3º*)⁴¹²; y, contradecían, también, la declaración contenida en el *artículo 25.1º* de la Constitución, que condiciona la imposición de cualquier consecuencia jurídica a la previa comisión de un delito o falta⁴¹³, según doctrina del Tribunal Constitucional. Todo ello sin perjuicio de la incompatibilidad de un Derecho Penal de “autor” como el que excepcionalmente representaba la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en nuestro ordenamiento con el texto constitucional, ya que este último exige la previa realización de “acciones” u “omisiones” para la imposición de una pena o consecuencia jurídica semejante (*art. 25.1º*)⁴¹⁴.

Por ello, las legítimas necesidades de prevención, en un Estado “social” de Derecho, debían hacerse frente con otros medios más adecuados, con una previsoría Política Social y Asistencial, fundamentalmente. Las medidas de seguridad predelictuales debían ser erradicadas.

El Tribunal Constitucional, resolviendo los oportunos recursos de amparo –que no “cuestiones de inconstitucionalidad”– se ha pronunciado contra las medidas de seguridad *predelictuales*, en Sentencias de 27 de noviembre de 1985 (159/85), 14 de febrero de 1986 (23/1986) y 19 de febrero de 1987 (21/87), estimando son inconstitucionales por violar el principio de legalidad (penal), razonamiento que no se comparte pacíficamente por la doctrina⁴¹⁵.

En todo caso, esta clase de medidas no se derogaron formalmente hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, si bien carecieron de aplicación en la práctica durante los últimos años como consecuencia de la doctrina mencionada del Tribunal Constitucional. De hecho, la Instrucción 3/1991, de 13 de mayo, de la Fiscalía General del Estado ordenó no se solicitase en lo sucesivo la aplicación de las mismas⁴¹⁶.

⁴¹¹ Así, MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 5ª Edición, cit., pág. 10.

⁴¹² Así, QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, P.G.*, 1999, cit., pág. 12.

⁴¹³ Así, VIVES ANTÓN, T., *Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes*, en: *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*. Generalitat Valenciana, 1987, pág. 261, citando la sentencia de 14.II.1986 del Tribunal Constitucional que declara: “... ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un delito penal”.

También, en este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., págs. 149.

⁴¹⁴ Así, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal*, cit., pág. 81 y 82.

⁴¹⁵ Críticamente, LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal, P.G.*, 1996, cit., pág. 55. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 5ª Edición, cit., pág. 10 (el autor se refiere a la “dudosa constitucionalidad” de estas medidas). Especialmente crítico contra la interpretación que se ha hecho de la doctrina del Tribunal Constitucional, GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., págs. 369 y 370. Para el autor, constituye un “manejo disparatado” de los conceptos penales y el “total aniquilamiento” del sistema de medidas. Cfr., GONZÁLEZ RUS, J., *Comentarios*, cit., pág. 220 y notas 17, 18 y 19.

⁴¹⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., pág. 56.

5.2.3. *La exclusión de las medidas de seguridad predelictuales en el vigente Código Penal*

El vigente Código Penal, de 23 de noviembre de 1995, erradica de nuestro ordenamiento punitivo las medidas de seguridad “predelictuales” o “antedelictuales”, haciéndose eco de un clamor casi unánime de la doctrina científica.

Por ello, la disposición derogatoria única, apartado c), se refiere expresamente a la “Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias”.

Dos preceptos del nuevo Código Penal –los *artículos 6* y *95.1^a*– evidencian la incompatibilidad de las medidas predelictuales o antedelictuales con el sistema de consecuencias jurídicas que el mismo contempla.

El *artículo 6* del vigente Código Penal, que pertenece a su “Título Preliminar” (“De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”) condiciona la aplicación de cualquier medida a la previa comisión de un hecho previsto en la ley como delito, esto es, prohíbe las medidas *predelictuales o antedelictuales*⁴¹⁷.

Artículo 6 (1): “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la *comisión de un hecho previsto como delito*. (2) Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al *hecho cometido*, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad de autor”.

Por su parte, el *artículo 95* del Código Penal exige como condición para que pueda imponerse cualquier medida la previa comisión de un delito por el sujeto peligroso.

Artículo 95: “Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1^a. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito”.

El vigente Código Penal distingue, por tanto, el *fundamento* de las medidas de seguridad, esto es, la peligrosidad (criminal) del sujeto, y la previa comisión de un delito, *presupuesto legal* de aquéllas, o requisito *sine qua non* (que descarta, de antemano, las predelictuales o antedelictuales).

Sin la previa comisión de un delito no cabe imponer medida alguna, por más que sea perfectamente imaginable la hipótesis de una peligrosidad efectiva sin o antes de que el sujeto infrinja la ley penal. El Código es terminante (*art. 6^o* y *art. 95.1^a*) y descarta tal posibilidad.

Pero la previa comisión de un delito –necesaria (*art. 95.1^a*)– no es suficiente para la imposición de una medida, a pesar de la equívoca declaración del *artículo 6*, que parece confundir el delito cometido como vehículo de exteriorización o indicador de la peligrosidad con la peligrosidad misma. Prueba de ello es que el *artículo 95.2^a* exige, además de la previa comisión de un delito, “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

⁴¹⁷ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, JL., en “Código Penal”, ob. cit., pp. 37 y ss. y 746 y ss.

5.3. Las denominadas “consecuencias accesorias” (arts. 127 a 129 del Código Penal)⁴¹⁸

El vigente Código Penal, en su Título VI del Capítulo III, introduce –junto a la *pena* y las *medidas de seguridad*– unas consecuencias jurídicas de nuevo cuño, muy singulares, que denomina “*consecuencias accesorias*”⁴¹⁹.

Que tales “*consecuencias accesorias*” se incorporan al arsenal punitivo del Estado –que pertenecen al *Derecho penal*, cualquiera que sea la controvertida naturaleza de las mismas –parece obvio. Pues las regula el Código Penal (*artículos 127 a 129*), presuponen la comisión de un delito y se imponen por los Jueces y Tribunales de lo criminal⁴²⁰.

⁴¹⁸ Sobre las *consecuencias accesorias*, vid: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal*, en: Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir, cit., págs. 1.113 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, en: Derecho Penal Económico. Manuales de Formación continuada, 14 (2001), págs. 307 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, en: QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. (coord.). *Estudios penales en Memoria del Prof. J.M. VALLE MUÑIZ*, Pamplona. Aranzadi, 2001, págs. 292 y ss.; MAPELLI CAFARENA, B., *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, en: Revista Penal nº 1, 1998, págs. 43 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996 (Civitas); MOLINS RAICH, M., *Análisis de las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal. Reflexiones a la luz del principio de personalidad de las penas*, en: Revista de Ciencias Penales, vol. 2, nº 1 (1999), págs. 190 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas*, en: Poder Judicial, nº 46 (1997), págs. 327 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas*, en: Libro homenaje al Prof. CEREZO MIR, cit., págs. 1.153 y ss.; BACIGALUPO, S., *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el C.P. de 1995*, en: BACIGALUPO, E. (dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, 1998, págs. 65 y ss.; veáanse, también, los diversos *Comentarios al Código Penal (a los artículos 127 a 129)*: PRATS CANUT, J.M., en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª Edición, Pamplona, 2001; GUINARTE CABADA, G., en: VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997; PERIS RIERAS PLAS NAVARRO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1999; FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid (2000) Edersa, págs. 945 y ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, primera edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., en *Código Penal*, ob. cit., pp. 922 a 941.

⁴¹⁹ De “cuerpo extraño” en el seno del Código Penal de 1995, califica las “consecuencias accesorias” de los *artículos 127 a 129* TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, (*Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas*, en: *Libro homenaje al Prof. CEREZO MIR*, cit., pág. 1.153). El autor subraya, con acierto, el escaso desarrollo jurisprudencial de estos preceptos, en parte por las dudas e interrogantes no resueltos que suscitan y la desorientación de los tribunales al pronunciarse sobre los mismos (op. cit., págs. 1.164 y ss.).

⁴²⁰ Propugnando, por ejemplo, la vigencia respecto a las mismas de la prohibición de retroactividad, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona (Bosch), 1997, pág. 16. Compartiendo la naturaleza *penal* de estas consecuencias accesorias: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., pág. 1.129 (y nota 42); TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal*, cit., pág. 1.163; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal, P.G.*, t. I, Universitaria, Madrid ...

Sin embargo, como se razonará a continuación, no son *penas*, ni *medidas de seguridad*. Además, la imposición de las mismas no siempre es preceptiva, sino, por lo general, potestativa. Pueden acordarse en perjuicio de terceras personas no responsables ni implicadas en el hecho delictivo, razón por la que el Código establece un trámite previo de *audiencia* de aquéllas. E incluso algunas de estas *consecuencias accesorias* tienen carácter inequívocamente cautelar, ya que el Código autoriza al Juez o Tribunal a decretarlas durante la instrucción de la causa.

El *fundamento* de unas y otras difiere. En el caso del *comiso*, se trata de privar al delincuente de los instrumentos, efectos y ganancias derivados del delito, de acuerdo con exigencias político-criminales particularmente sentidas en determinadas parcelas de la delincuencia. Las restantes consecuencias accesorias contemplan los delitos o faltas “cometidos en el seno, con la colaboración o a través o por medio de empresas, organizaciones o grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código..”. En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer a tales empresas una o varias consecuencias accesorias de las previstas en el artículo 33.7º del Código. La reciente reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio ha suprimido significativamente la “ratio” de estas consecuencias accesorias a la que se refería la redacción anterior del artículo 129: “...estarán orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma”.

Tradicionalmente, el *comiso* era una “pena accesoria” y no incluía, con carácter general, la privación de las ganancias procedentes del delito⁴²¹. Y las *medidas relativas a empresas o personas jurídicas* se contemplaban de forma dispersa y asistemática a lo largo y ancho del Código Penal, a propósito de algunos delitos⁴²². El vigente Código da una nueva naturaleza al comiso y reordena las medidas previstas en relación a personas jurídicas y empresas, que ahora son “consecuencias accesorias”, agrupándolas en su Parte General (art. 129)⁴²³.

... (1996), págs. 293 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico, P.G.*, Tirant lo Blanch, Valencia (1998), pág. 232; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del C.P.*, cit., págs. 280 y ss.; en contra de la naturaleza *penal* de estas consecuencias: CEREZO MIR, J. (*Curso de Derecho Penal Español, P.G.*, II, 6ª Edición, Madrid, 1998, págs. 72 y ss.) para quien se trata de *medidas de carácter administrativo*; GRACIA MARTÍN, L., este autor mantiene que se trata de *medidas coercitivas de carácter sancionador* (*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en: Mir, S.– LUZÓN, D.M., *Responsabilidad penal de las empresas*, págs. 38 y 39). Este autor, como CEREZO MIR, niega la naturaleza penal de las consecuencias accesorias basándose en que las personas jurídicas carecen de capacidad de *acción* y de *culpabilidad* por lo que no se les puede imponer *penas* ni *medidas de seguridad*.

⁴²¹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.* (1998), 5ª Edición, pág. 796, autor que influyó decisivamente en la nueva sistemática legal, razonando por qué el comiso no es una *pena* ni siquiera *accesoria*.

⁴²² Por ejemplo: *artículos 174, 265, 344 bis b, 344 ter, 347 bis, 452 bis d 2º*. Cfr., LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal, Parte General, I* (1996), pág. 57.

⁴²³ En la Parte Especial, el legislador se refiere unas veces explícitamente a las “consecuencias accesorias” del artículo 129 (vg.: *artículos 288.2º, 294.2º, 327, 366 y 520*); otras, sin embargo, acuerda la imposición –facultativa– de ciertas *medidas*, que coinciden con las descritas en el artículo 129, pero sin mencionar este precepto (por ejemplo: *artículos 194, 221.3º, 298.2º, 271, 299.2º, 302, 370, 371 párrafo segundo, 430 y 569*, todos del Código Penal). Este proceder sistemático del legislador es ...

El origen de estas *consecuencias accesorias* –y su propio *nomen*– hay que buscarlo en el Código penal alemán, y el precedente próximo de las mismas en el Proyecto (español) de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983⁴²⁴.

En cuanto a la *naturaleza jurídica* de las “consecuencias accesorias” existe una viva polémica doctrinal: se discute si se trata de verdaderas *penas*, de *medidas de seguridad* o incluso de *medidas administrativas*⁴²⁵. Sin embargo, no son lo uno ni lo otro, sino dispositivos *sui generis* y autónomos, dotados de un fundamento político-criminal propio, que cuentan con un régimen jurídico diferente del de la *pena* y la *medida de seguridad*⁴²⁶.

En el caso del *comiso* ello es obvio. El comiso no se prevé como amenaza dirigida a disuadir de la comisión del delito, ni como castigo merecido por éste. No realiza ni se orienta a la satisfacción de ninguno de los fines que se atribuyen a la pena: ni a la prevención a través de la motivación, ni a la retribución⁴²⁷. Su

... criticable e induce a error sobre la naturaleza de estas últimas medidas (Así, PRATS CANUT, J.M., en: *Comentarios al nuevo Código Penal. Dirigidos por QUINTERO OLIVARES, G.*, Aranzadi Editorial, 1996, pág. 627). Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., (*Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal*, en: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* (Libro homenaje al Prof. D. JOSÉ CEREZO MIR), Madrid, 2002 (Tecnos), págs. 1.115 y 1.116). Para el autor, el segundo grupo de casos plantea la duda respecto a la posibilidad de aplicar a tales consecuencias (previstas en la Parte Especial del Código) el párrafo introductorio del nº 1º y los números 2º y 3º del artículo 129; y, sobre todo, si se trata de *consecuencias accesorias* en el sentido del Título VI del Libro 1º del Código Penal. Sobre este problema se manifiesta afirmativamente, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal* (en: *Estudios Penales en memoria del Profesor JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ* (coord. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F.), Pamplona, 2001, Aranzadi, pág. 292).

⁴²⁴ Sobre los antecedentes legislativos del actual sistema y la génesis de las *consecuencias accesorias*, vid.: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal*, en: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* (Libro homenaje al Prof. D. JOSÉ CEREZO MIR), Madrid, 2002 (Tecnos), págs. 1.113 y ss.; También, FERNÁNDEZ TERUELO, J., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal*, en: *Estudios Penales en memoria del Profesor JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ* (Coord. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F.), Aranzadi (2001); TAMARIT SUMALLA, J.M^º, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, cit., pág. 1.153 (el autor examina los *antecedentes* del sistema español y da una valiosa información sobre el Derecho Comparado, en el particular de la cuestionada vigencia del principio “societas delinquere non potest”. Desde un punto de vista *comparado*, existen dos modelos de consecuencias *accesorias*, como ha observado VOLK (*Zur Bestrafung von Unternehmen*, JZ., 1993, págs. 429 y ss.) y recuerda SILVA SÁNCHEZ, un modelo económico, de control externo e inspiración norteamericana, que se basa en la *sanción pecuniaria*; y un modelo de control interno o intervención en la estructura organizativa de la empresa, en el que la *intervención temporal* en ésta debiera ser su núcleo central. Este segundo modelo es el seguido por el legislador español. Precisamente por su particular rigor, alguna de sus *consecuencias accesorias*, como la disolución y la clausura definitiva, solo parece justo aplicarlas cuando se trate de asociaciones estructuralmente ilícitas, sin que baste con que el delito se cometa al amparo del manto societario, a juicio de SILVA SÁNCHEZ (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pág. 354).

⁴²⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., pág. 57. Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 C.P.* (en: *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor J.M. VALLE MUÑIZ*. Aranzadi, 2001), págs. 277 y ss.

⁴²⁶ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 C.P.*, cit., págs. 277 a 283, quien llega razonadamente a esta tesis, por exclusión.

⁴²⁷ En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, P.G., 5ª Edición, cit., pág. 796.

deliberada inclusión en el Título VI del Capítulo III, bajo la rúbrica legal comentada (“consecuencias accesorias”) –y no en el catálogo general de penas del Capítulo I, Título III del Código vigente (artículos 32 y *ss.*) lo corrobora⁴²⁸. Más aún: ni siquiera sería correcto estimar que el *comiso* sigue siendo una pena *accessoria*, como en Códigos anteriores⁴²⁹. Pues subsistiendo éstas en el vigente Código Penal (Sección Quinta, Capítulo I, Título III, artículos 54 y *ss.*), el legislador no ha incluido al *comiso* entre las mismas, sino entre las “consecuencias accesorias”⁴³⁰.

Tampoco son *penas*, ni *medidas de seguridad* las *consecuencias accesorias* que el artículo 129 del Código Penal prevé con relación a *empresas, sociedades y personas jurídicas*.

No son *penas*, en primer lugar, porque parece incompatible con los principios de la responsabilidad criminal la imposición de aquellas a personas jurídicas⁴³¹, a tenor, al menos, de la opinión doctrinal clásica y mayoritaria. En segundo lugar, porque –como sucede con el *comiso*– no se consignan en el catálogo general de penas del Capítulo I, Título III del vigente Código, sino en el Título VI de su Capítulo III con un *nomen* y bajo una rúbrica legal propia (“*consecuencias accesorias*”). El hecho, por otra parte, de que –algunas de ellas– puedan acordarse durante el proceso (vg. la clausura temporal de la empresa, sus locales y establecimientos y la suspensión de las actividades de las personas jurídicas, según el artículo 129.3º del Código Penal vigente) e incluso afectar a terceras personas no responsables del delito⁴³² demuestra que no son genuinas penas, sino “consecuencias accesorias” que el legislador establece en supuestos taxativos con una finalidad singular, que no es la de la pena: “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (artículo 129.3º del Código Penal)⁴³³.

Pero también debe descartarse que las “consecuencias accesorias” previstas en el artículo 129 del Código vigente con relación a empresas, sociedades y personas jurídicas sean *medidas de seguridad*. Ciertamente no habría reparo teórico fundamental para admitir la imposición de *medidas de seguridad* a las personas jurídicas, y esa fue, de hecho, la opción del Proyecto del Código Penal de 1980⁴³⁴. Pero no la del Código Penal de 1995, cuyo Capítulo II, Sección 2ª del Título IV (De las medidas no privativas de libertad) no contempla ninguna de las consecuencias jurídicas examinadas. Lo que, por otra parte, es lógico y coherente: pues si el presupuesto legal de la imposición de una medida de seguridad es la peligrosidad cri-

⁴²⁸ Así, PRATS CANUT, J.M., en: *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 611.

⁴²⁹ Sólo en el Código Penal de 1928 se configuró el *comiso* como *medida de seguridad*. En los demás Códigos Penales lo fue como *pena accesoria*. Cfr., PRATS CANUT, J.M., en: *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 610.

⁴³⁰ Así, PRATS CANUT, J.M., en: *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 611. También, MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 5ª Edición, cit., pág. 796. Como advierte el primer autor citado, algunos fallos del Tribunal Supremo calificaban expresamente de *pena* al *comiso* (vg. sentencias de 26 de junio de 1970, 17 de septiembre de 1991, etc.).

⁴³¹ Así, MIR PUIG, S., *Derecho penal, P.G.*, 5ª Edición, cit., pág. 797.

⁴³² En este sentido, LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., pág. 57.

⁴³³ Sobre el problema, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., págs. 1.133 y *ss.*

⁴³⁴ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 5ª Edición, cit., pág. 797. Vid. artículos 132 y 153 del Proyecto de Código Penal de 1980.

minal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6 del Código Penal), que entraña la “probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 95.2ª del Código Penal), carece de sentido acordarlas con relación a personas jurídicas incapaces de delinquir (“*societas delinquere non potest*”)⁴³⁵.

La *naturaleza jurídica* de las *consecuencias accesorias* ha dado lugar a una viva polémica en la doctrina española⁴³⁶. Prescindiendo de quienes no toman postura al respecto por estimarlas *inclasificables, peculiares*⁴³⁷; o restan interés al problema⁴³⁸, puede observarse un rico abanico de opiniones: unos autores, como en el texto, mantienen la *naturaleza penal* de estas consecuencias *accesorias*, si bien advirtiendo que no se trata de *penas* ni de *medidas* de seguridad sino de una tercera vía sancionatoria en el seno del Derecho Penal⁴³⁹; otros, por el contrario, afirman que son *medidas de carácter administrativo*⁴⁴⁰, medidas de carácter asegurativo basadas no en el *poder punitivo* sino en el *poder coercitivo* del Estado y orientadas a la defensa preventiva de bienes jurídicos⁴⁴¹; no faltan opiniones a favor de la tesis

⁴³⁵ En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 5ª Edición, cit., pág. 797. También: LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho Penal*, 1996, cit., pags. 57 y 58. Mantienen, no obstante, que se trata de *medidas de seguridad*: CHOCLÁN MONTALVO, J.A., en: CALDERÓN CERZEZO, A.-Choclán Montalvo, J.A., *Derecho Penal, I, P.G.*, Barcelona (Bosch), 1999, pág. 529; BAJO, M.-BACIGALUPO, S., *Derecho Penal económico*, cit., págs. 152 y 153; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas*: en *Revista brasileira de Ciências Criminas*, nº 27, 1999, págs 20 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., mantiene que no se trata de *medidas de seguridad* pero advierte la semejanza de las mismas (consecuencias accesorias) con las medidas de seguridad *asegurativas*, atendiendo a sus antecedentes doctrinales y legislativos (*Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., pág. 1.134). Para el autor, al igual que las *medidas* de seguridad requieren una “*peligrosidad*”, si bien se trata de una *peligrosidad* objetiva (op. cit., pág. 1.132), y a diferencia de lo que sucede con aquéllas, exigen la previa realización de un *delito*, en sentido completo, sin que baste con la realización de un *delito* en su acepción restringida (conducta antijurídica aunque inatribuible) (op. cit., pág. 1.131).

⁴³⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.Mª., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, cit., págs. 1.158 y ss. (y amplia reseña bibliográfica que aporta el autor).

⁴³⁷ Así, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996, pág. 124. JORGE BARREIRO, A., se refiere a la *naturaleza híbrida* de las consecuencias accesorias (Comentarios al Código Penal, Madrid, Civitas, 1997, pág. 363). Para este último autor, el legislador –aún sin declararlo explícitamente– ha previsto las consecuencias accesorias solo para la delincuencia socioeconómica (op. cit., pág. 365).

⁴³⁸ LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid (1996), pág. 83.

⁴³⁹ En este sentido: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico, P.G.*, Valencia, 1998, págs. 231 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., en: MUÑOZ CONDE, F.-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, P.G.*, Valencia, 1998 (3ª Ed.), pág. 666; GUINARTE CABADA, en: *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 1996 (Tirant lo Blanch), pág. 657; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del C.P.*, cit., pág. 280; TAMARIT SUMALLA, J.Mª., *Las consecuencias accesorias del artículo 129*, cit., pág. 1.163; FERNÁNDEZ PANTOJA, en: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2000 (Edersa), págs. 945 y ss.

⁴⁴⁰ Así, CERZEZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, P.G.*, II (1998), págs. 72 y ss.

⁴⁴¹ En este sentido, GRACIA MARTÍN, L., Para el autor, las consecuencias accesorias son medidas coercitivas de carácter no sancionador, por lo que no se someten a los principios generales que rigen respecto a las consecuencias penales del delito (*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia, 1996, pág. 439).

que equipara las consecuencias accesorias a las propias *penas*⁴⁴²; o a las *medidas de seguridad*⁴⁴³, manteniéndose en este último caso, bien que son *medidas de seguridad* impuestas a la persona física individual que cometió el delito en el marco de la empresa, para privarla del instrumento peligroso que la estructura orgánica de la persona jurídica le depara⁴⁴⁴, bien *medidas de seguridad* cuyo centro de imputación es la persona jurídica misma⁴⁴⁵.

El régimen jurídico de unas y otras “consecuencias accesorias” difiere sensiblemente.

El *comiso* de los efectos, instrumentos y ganancias provenientes del delito se prevé, como consecuencia accesoria a “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos ...”, según dispone el artículo 127 del Código Penal. Tiene, pues, un ámbito de aplicación general.

Pero, a diferencia de lo que sucede con las “penas accesorias” (art. 79 CP) no es de aplicación preceptiva, imperativa, para el Juez o Tribunal en todos los

⁴⁴² En general, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Las penas previstas en el C.P. para las personas jurídicas*, en: PJ, nº 46 (1996), pág. 327; el autor llega a esta tesis por vía de exclusión (de otras opciones), no sin antes reconocer la necesidad de redefinir la capacidad de *acción* y de *culpabilidad* de las personas jurídicas (esta última, a su juicio, admitida por el Tribunal Constitucional). De esta caracterización deriva ZUGALDÍA ESPINAR (op. cit., págs. 341 y ss.) la necesidad de aplicar a las consecuencias accesorias los principios procesales y materiales que rigen respecto a las penas (principio acusatorio, necesidad de que se impongan en el fallo condenatorio, concurrencia de dolo o culpa de la persona jurídica y demás exigencias culpabilísticas, principio de accesoriedad, etc.).

En la Jurisprudencia española, algunas resoluciones equiparan estas consecuencias accesorias –por analogía al comiso– a las penas *accesorias*. Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M^a., op. cit., pág. 1.165.

⁴⁴³ Así, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho Penal, I., P.G.*, cit., pág. 529; FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Cuestiones básicas*, cit., págs. 20 y ss.; BAJO, M.-BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., págs. 152 y ss.

⁴⁴⁴ En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, Barcelona, 1998 (5ª Ed.), págs. 34/63 ss.

⁴⁴⁵ Esta es la tesis de SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, cit., págs. 342 y ss.

Para SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., págs. 342 y ss.), las *consecuencias accesorias* son *medidas de seguridad* jurídico penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de la lesión de una norma jurídico penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro. Y, como consecuencias estrictamente jurídico penales, su imposición debe estar sujeta a los principios garantísticos mínimos del Derecho Penal.

El autor rechaza se trate de genuinas *penas* (op. cit., pág. 342). También, la tesis que las considera *medidas de seguridad* impuestas a la persona física que delinque en el marco de la empresa con el objeto de privar al individuo del instrumento peligroso que la estructura orgánica de la persona jurídica le depara. Razones político-criminales derivadas del principio de accesoriedad obligan a censurar esta segunda opinión (op. cit., págs. 342 y 343). Tampoco comparte la tesis de que se trata de consecuencias *jurídicoadministrativas no sancionatorias*, por entender que es fruto del prejuicio finalista que exige como presupuesto la comisión de un injusto personal (op. cit., págs. 343 y 344). Para SILVA SÁNCHEZ, –siguiendo a JAKOBS– las personas jurídicas pueden realizar, por sí mismas, los presupuestos que justifican la aplicación de medidas de seguridad (penales) a las mismas. De hecho, las *consecuencias accesorias* son medidas de seguridad. Entre tales presupuestos, no figura la *culpabilidad*, ni ninguno de los demás presupuestos subjetivos propios de la pena (ni *acción* final, ni *dolo*, ni *imprudencia*), sino solo y exclusivamente –como sucede con las *medidas de seguridad*– la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal (lesivo de una norma de valoración) (op. cit., págs. 344 y 345).

casos, bien si los efectos o instrumentos “pertenecen a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente” (art. 127 CP.), bien si –tratándose de efectos e instrumentos de lícito comercio– “su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles” (art. 128 CP), supuestos en los que el Juez o Tribunal está facultado para “no decretar el comiso, o decretarlo parcialmente” (art. 128 CP).

Aunque no tenga naturaleza de *pena* –ni principal, ni accesoria– rigen respecto al *comiso* las exigencias derivadas del principio de legalidad y del acusatorio⁴⁴⁶. Como toda “consecuencia accesoria”, el *comiso* requiere una interpretación restrictiva. Ha de constar, en primer lugar, la oportuna vinculación causal entre efecto o instrumento del comiso y el comportamiento delictivo (preordenación “medio”-“fin”) y la concreta idoneidad de aquellos para la ejecución del delito⁴⁴⁷. Y, desde luego, por imperativo del artículo 128 del C.P., la necesaria “proporción” entre el valor de los *efectos e instrumentos* y la naturaleza o gravedad del delito.

En cuanto a las restantes *consecuencias accesorias* del artículo 129 CP, puede comprobarse que tienen un ámbito de aplicación más limitado: sólo cabe acordarlas, en su caso, en las hipótesis taxativamente previstas en el inciso inicial del artículo 129 del Código Penal⁴⁴⁸, y no con carácter general. En segundo lugar, son consecuencias jurídicas *potestativas*, no imperativas. El artículo 129 autoriza o habilita al órgano jurisdiccional para acordarlas, pero no le obliga a hacerlo en ningún caso⁴⁴⁹. Para ello deberá ponderar éste la vinculación entre dichas consecuencias y el fin que el Código las asignaba, aunque ahora no se haga mención expresa al mismo, debidamente motivado, caso a caso; esto es, necesidad de acordar aquellas –eficacia e idoneidad de las mismas– para “prevenir la continuidad en la actividad delictiva ...” (art. 129.3 CP). Y desde luego, las exigencias de *proporcionalidad*, siendo indiferente que no se hubieren satisfecho las responsabilidades civiles, a diferencia de lo que sucede con el *comiso*⁴⁵⁰.

Algunas de las “consecuencias accesorias” del artículo 129 CP plantean una problemática específica. Así, la *intervención de la empresa* (art. 33.g), que sólo se justifica “para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores”. Y las previstas en el art. 129.2º CP (la clausura temporal y la suspensión de la naturaleza *cautelar*, porque pueden acordarse *durante la tramitación de la causa* art. 129.2 CP); estas últimas, en todo caso, deben reputarse *excepcionales* y sólo han de acordarse cuando se estimen necesarias (no con fines punitivos) para los fines antes indicados⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ En este sentido, PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., págs. 611 y 612. Vid. las Sentencias de 7 de noviembre de 1991 y 12 de noviembre de 1992, del Tribunal Supremo, que a este respecto cita el autor.

⁴⁴⁷ Refiriéndose a ambos requisitos, y citando la doctrina jurisprudencial al respecto, PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., págs. 614 y 615.

⁴⁴⁸ Tanto si la Parte Especial se remite expresamente al artículo 129 del Código Penal, como si no existe tal remisión, se trata inequívocamente de las mismas *consecuencias*.

⁴⁴⁹ En el caso del *comiso*, éste es preceptivo, por ejemplo, en los supuestos del artículo 431 CP. (cohecho y tráfico de influencias).

⁴⁵⁰ Así, PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 628.

⁴⁵¹ Así, PRATS CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., pág. 632.

En todo caso, y contra la opinión de un sector todavía minoritario de la doctrina penal española⁴⁵², las *consecuencias accesorias* del artículo 129 del Código Penal, no significan una derogación, expresa o tácita, del principio *societas delinquere non potest*, vigente en el ordenamiento jurídico español⁴⁵³. Que quizás puedan ser el germen⁴⁵⁴ de un lento proceso en tal dirección, muy en consonancia con las directrices políticocriminales de nuestra época⁴⁵⁵ es otro problema.

Las *consecuencias accesorias*, como manifestación del *ius puniendi*, han de imponerse con estricta sujeción a los principios y garantías del Derecho Penal. Rige, por tanto, el principio de la *presunción de inocencia*, la prohibición del *non bis in idem*, el principio de *necesidad*, de *intervención mínima* y de *revisabili-*

⁴⁵² En esta orientación minoritaria cabe citar a: BUSTOS RAMÍREZ, J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, I*, Trotta, Madrid, 1997, págs. 245 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas*, en: Poder Judicial, nº 46, 1999, págs. 327 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Societas delinquere potest o Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*, en: La Ley, nº 4136, del 3 de octubre de 1996; BACIGALUPO, S., *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas*, cit., págs. 65 y ss.; de la misma: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona (Bosch), 1998. Estimando positivo que, en el futuro, se consagrara el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas previa reelaboración de los principios de imputación y de las consecuencias procesales pero evitando una transferencia automática a este nuevo ámbito de los contenidos del Derecho Penal de las personas físicas: TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *Las consecuencias accesorias*, cit., pág. 1.169.

⁴⁵³ A favor de la plena vigencia del principio *societas delinquere non potest*: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., págs. 1.116 y ss y 1.136 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *Las consecuencias accesorias*, cit., pág. 1.162; BAJO FERNÁNDEZ, M., *El Derecho Penal Económico aplicable a la actividad empresarial*. Madrid, 1978 (Civitas), págs. 109 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, P.G.*, I (Tecnos), 1985, págs. 295 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, P.G.*, 3ª Ed., Barcelona, PPU., 1990, págs. 165 y ss.

⁴⁵⁴ Así, TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *Las consecuencias accesorias*, cit., pág. 1.179.

⁴⁵⁵ Sobre dicha *tendencia políticocriminal* favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *Las consecuencias accesorias*, cit., pág. 1.156; GRACIA MARTÍN, L., *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Universidad de la Laguna (1997), págs. 116 y ss. Como señala el autor, diversos derechos penales europeos han introducido sanciones penales a las personas jurídicas: el holandés (1976), el portugués (1983), el noruego (1992), el francés (1993). Además, en Italia, Alemania y Suecia se ha establecido un sistema de sanciones administrativas a las personas jurídicas muy vinculado al Derecho Penal (vid. TIEDEMAN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, PPU (1993), pág. 232). La normativa sobre multas de la Comunidad Económica Europea, no solo preve la imposición de multas a las personas jurídicas sino que descarta sancionar a las personas físicas que hayan actuado en nombre de la empresa. (Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *La cuestión de la responsabilidad penal*, cit., pág. 116). En la dogmática penal europea, a juicio de este último autor, se observa un movimiento a favor de la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así: ACKERMANN, *Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und im ausländischen Rechtsordnung*, 1984, págs. 186 y ss.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, A.T.*, 1985, pág. 196; TIEDEMAN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., págs. 232 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht, A.T.*, 2ª Ed., 1991, págs. 149 y ss.; HIRSCH, H.J., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993, Westdeutscher Verlag Opladen, págs. 12 y ss. Cfr. GRACIA MARTÍN, L., op. cit., pág. 16 y nota 64.

*dad*⁴⁵⁶. El propio Código Penal contempla explícitamente un trámite de audiencia y exige la *motivación* de las resoluciones que impongan *consecuencias accesorias*⁴⁵⁷. Es obvio que tratándose de consecuencias *penales*, el legislador haya querido que la determinación de las mismas tenga lugar “en el marco de un proceso penal con semejantes posibilidades de defensa que las que existen para las personas naturales y con unos principios de imputación similares, tras las convenientes adaptaciones”⁴⁵⁸.

Desde un punto de vista *dogmático*, la naturaleza *accesoria* de estas consecuencias penales plantea problemas sin fácil solución en un sistema, como el de nuestro Código, plagado de lagunas y disfunciones⁴⁵⁹. Se discute, por ejemplo, si la vinculación formal (de las *consecuencias accesorias*) se establece con las penas previstas en la Parte Especial para el delito concreto⁴⁶⁰ o directamente con éste. Y, sobre todo, el alcance de la accesoriedad: si es requisito previo para la imposición de una consecuencia accesoria que la persona física haya realizado un tipo de la Parte Especial del Código, si se precisa que concurran la culpabilidad e incluso la punibilidad en la conducta de la persona física, o si basta con el carácter antijurídico de éste⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pag 346 (porque entiende que son *medidas de seguridad* jurídico penales); en sentido semejante –pero porque las considera “penas”: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M^a., quien estima vigentes respecto a estas consecuencias penales, en el plano procesal, el principio acusatorio, y la exigencia de que se acuerden en el fallo condenatorio; y, como garantías sustantivas, la necesidad de comprobar la concurrencia de dolo o culpa (respecto de la persona jurídica) y una serie de criterios objetivos de imputación del hecho a la persona jurídica que actúa a través de la persona física, a lo que se añaden las especiales exigencias de culpabilidad de la persona jurídica (*Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal*, cit., págs. 341 y 342). Para TAMARIT SUMALLA, J.M^a., que sigue una tesis similar a la de esta obra en cuanto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, la adopción de éstas ha de respetar el principio de *proporcionalidad* y el de *peligrosidad*, contemplado este último en sentido garantista (*Las consecuencias accesorias del artículo 129*, cit., pág. 1.167).

⁴⁵⁷ Sobre el problema, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pág. 355 y ss.

⁴⁵⁸ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho Penal Económico y Constitución*, en: *Revista Penal*, 1 (1997), págs. 14 y ss.

⁴⁵⁹ Sobre las lagunas y defectos del sistema (?) de consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., págs. 1.141 y ss.

⁴⁶⁰ Razonando la vinculación formal de las consecuencias accesorias a las penas de los delitos de la Parte Especial, y no a los delitos mismos: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., págs. 1.130 y 1.131.

⁴⁶¹ Sobre el problema se han mantenido diversas posturas. Así, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., entiende que para que pueda imponerse alguna consecuencia accesoria es preciso que “previamente una persona física o natural haya cometido alguno de los aludidos delitos”, (*Las consecuencias accesorias de la pena*, cit., pág. 1.129). Para el autor *se requiere la plena realización de un delito en sentido completo* ... sin que sea suficiente, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las medidas de seguridad, la realización de un delito en sentido restringido (conducta antijurídica aunque inatribuible) (op. cit., pág. 1.131). Según TAMARIT SUMALLA, J.M^a., por el contrario, *no hay razón legal ni dogmática para la exigencia de culpabilidad y punibilidad* ... (*Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, cit., pág. 1.166). No exigiendo la *condena* de la persona física individual, esto es, no reclamando la *culpabilidad* y la *punibilidad* de ésta por estimarse suficiente con el concurso de la conducta “antijurídica”, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., págs. 350 y 351). También, en un sentido muy similar, GRACIA MARTÍN, L., ...

5.4. La responsabilidad civil “*ex delicto*” y su polémica pertenencia al Derecho Penal

En el ordenamiento jurídico español, el juez o tribunal de lo penal suele pronunciarse en sus sentencias no sólo sobre la responsabilidad criminal del autor, sino también sobre la eventual responsabilidad civil derivada del delito.

Este singular sistema plantea un problema adicional sobre la naturaleza de dicha responsabilidad civil que funcionalmente se asocia a la penal y se sustancia en el mismo proceso y sentencia.

¿Se trata de una consecuencia jurídica más del delito? ¿Es la llamada responsabilidad civil “*ex delicto*” otro instrumento del Derecho Penal, como la pena y la medida de seguridad?

El problema debe abordarse con mayor detenimiento. Pero anticipo también mi parecer: la responsabilidad civil “*ex delicto*” no es una consecuencia jurídica más, no es un instrumento penal, sino un instituto *civil* que, a modo de enclave, permanece en el orbe penal del sistema español por razones históricas y políticocriminales (no ya porque la fuente de esta responsabilidad sea el *daño* ocasionado por el *delito*), si bien cuenta con un régimen jurídico “*sui generis*” distinto del general de la responsabilidad civil en su ordenamiento de origen (C.Civ.).

5.4.1. Su controvertida naturaleza jurídica

“De todo delito o falta *nace* acción penal para el castigo del culpable –declara el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, y *puede nacer* también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

Esto es, del delito *nace* la responsabilidad criminal y, en su caso, del “daño” que el delito ocasione *puede nacer* la responsabilidad “civil” que de forma fragmentaria, y por las razones que se indicará, regula el Código Penal Español.

Inexactamente, afirmaba el artículo 19 del Código Penal de 1973: “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta *lo es* también civilmente”. Tal formulación inducía a error, por lo que hubiera sido más correcto subrayar, como hace la LECr., que esta responsabilidad no emana, sin más, del *delito*, sino del *daño* que éste, en su caso, pueda ocasionar. Pues no es, en puridad, una res-

... en: GRACIA-BOLDOVA-ALASTUEY, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, págs. 391; BAJO, M., BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, cit., págs. 164-165. Sobre este debate, en general, vid. BACIGALUPO, S., *La responsabilidad de las personas jurídicas*, cit., págs. 298 y ss. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe subrayar la Sentencia de 28 de septiembre de 1996 (Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M^a., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, cit., pág. 1.164) porque aplica un criterio de “accesoriedad máxima”, al condicionar la imposición de *consecuencias accesorias* a la previa realización de un hecho ilícito, culpable, punible e incluso efectivamente penado; es decir, la persona que sufre la consecuencia accesoria tiene que haber sido condenada a sufrir la pena principal. Dicha tesis se corresponde con la concepción de las consecuencias accesorias como *penas accesorias*, siguiendo el tratamiento tradicional del *comiso* (Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M^a., op. cit., pág. 1.165).

ponsabilidad “*ex delicto*”, sino “*ex damno*”⁴⁶². Por ello, el artículo 116.1 del vigente Código Penal dispone con mejor técnica: “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente *si del hecho se derivan daños o perjuicios*”.

En todo caso, asociada dicha responsabilidad civil al delito procede analizar si estamos ante una *consecuencia jurídica* más del hecho criminal, como la pena o la medida de seguridad (aunque de finalidad netamente “reparadora”); o, por el contrario, si se trata de un *enclave civil*, por su naturaleza, régimen y estructura, sin otra particularidad que la fuente u origen de la misma o su coyuntural –y parcial– reglamentación en el Código Penal.

El problema se suscitó ya por nuestros clásicos. GROIZARD criticó el emplazamiento de estos preceptos en el Código Penal⁴⁶³, mientras SILVELA justificó que el texto punitivo regulase dicha materia por razón de insuficiencias de nuestra legislación (civil) histórica paliadas por el legislador penal⁴⁶⁴.

No interesa ahora examinar el régimen de la responsabilidad civil derivada del delito sino exclusivamente el particular de su naturaleza jurídica y controvertida pertenencia al Derecho Penal⁴⁶⁵.

⁴⁶² PACHECO ya observó que hay delitos que no generan responsabilidad “civil”. Vid., *El Código Penal concordado y comentado por D. J. FRANCISCO PACHECO, I.*, 1888 (6ª Edición). Madrid, pág. 277 (comentario al entonces artículo 15).

⁴⁶³ GROIZARD, A., *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 2 Ed., I., pág. 702.

⁴⁶⁴ SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, II (1903), págs. 241 y ss.

⁴⁶⁵ La denominación misma “responsabilidad civil *ex delicto*” es incorrecta. Obviamente, esta responsabilidad no deriva del “delito” sino del “daño” que éste ocasione. Pero, en cualquier caso, la praxis jurisprudencial oscurece más aún la naturaleza y contenido de la mal llamada *responsabilidad civil ex delicto*. Lo único incuestionable es que se trata de una institución de naturaleza “civil” que por razones históricas y, sobre todo, político-criminales y de economía procesal (evitar el “peregrinaje de jurisdicciones”) se vincula a la responsabilidad criminal en un régimen de acumulación de ambas pretensiones.

Ahora bien, como ha puesto de relieve SILVA SÁNCHEZ (*Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*. En: In Dret. Barcelona, 2001, págs. 3 y ss.):

1) La condena a reparar un daño causado por el “delito” no requiere que dicho daño sea “elemento típico” del delito, ni siquiera que el hecho causante del daño sea reputado *delictivo*, según reiterada jurisprudencia. Ni que se condene a alguien por delito alguno. La responsabilidad civil *ex delicto*, en puridad –siempre según el autor– no solo no deriva del delito por el que eventualmente se condene al autor, sino que ni siquiera tiene por qué derivar de un *delito* (en el sentido de: conducta objetiva y subjetivamente típica, antijurídica, culpable y punible). En realidad, añade el autor, basta con un *daño* en relación de imputación objetiva y subjetiva jurídico-civil con una conducta que realice sin justificación objetiva el tipo objetivo de un delito (op. cit., págs. 3 a 7).

2) En la Jurisprudencia, la responsabilidad civil *ex delicto* suele extenderse a daños que no derivan ni directa ni indirectamente del delito, como es el caso del pago de obligaciones preexistentes (vg. la condena, via responsabilidad civil *ex delicto*, al pago de las pensiones alimenticias adeudadas, o el del importe total de la deuda tributaria, en el supuesto de los artículos 487.bis. del derogado C.P. –hoy art. 227– y 305, respectivamente). Aquí, los tribunales invocan una llamativa “mutación del título” que convierte una obligación civil previa (*ex lege*) en una responsabilidad “*ex damno*” exigible por vía de ejecución de sentencia penal. Pero de este modo se instrumenta la jurisdicción penal que pierde su autonomía y se convierte en medio eficaz para el cumplimiento coactivo de una responsabilidad preexistente (op. cit., págs. 8 y 9) con resultados próximos a la prisión por deudas.

5.4.2. *El problema en la doctrina española*⁴⁶⁶

En la doctrina penal española, se discrepa⁴⁶⁷ entre quienes invocan la naturaleza criminal de esta institución⁴⁶⁸ y quienes subrayan su inequívoca naturaleza civil, a pesar de la fuente de la misma y su regulación en el Código Penal⁴⁶⁹, existiendo una tercera tesis que atribuye a la responsabilidad civil “*ex delicto*” una naturaleza mixta⁴⁷⁰. La opinión mayoritaria suele distinguir entre su estructura “civil” y el régimen *sui generis* que instrumenta el sistema “procesal” español, acumulando ambas pretensiones: la penal y la civil⁴⁷¹.

Algunos autores, incluso, incorporan una mención a estas consecuencias jurídicas reparatorias al definir el Derecho Penal, aun cuando distinguen nítidamente la naturaleza “criminal” de la pena y la “civil” de estas otras respuestas⁴⁷².

En cualquier caso, los autores critican favorablemente la solución “procesal” del sistema español de acumulación, bien invocando la proximidad que existe entre penas y medidas reparatorias⁴⁷³, bien razones prácticas y humanitarias⁴⁷⁴ o de polí-

⁴⁶⁶ De particular interés, destacando la naturaleza *civil* de la institución: IZQUIERDO TOLSAGA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal* (responsabilidad civil, tutela del Derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos). Madrid, 1997 (Dykinson S.L.), 512 páginas.

⁴⁶⁷ Sobre esta polémica, vid., GONZÁLEZ RUS, J., *El artículo 444 del C.P. y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito*, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, págs. 302 y ss.

⁴⁶⁸ Se manifiesta, inequívocamente, a favor de su naturaleza “penal”: PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal Español*, cit., II, pág. 504.

⁴⁶⁹ Son partidarios de la naturaleza “civil” de esta institución: CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 37; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 14; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 26; También, MORILLAS CUEVAS, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid (1991), Tecnos, pág. 142; SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal* (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal), Madrid, 1993, págs. 1.016 y ss.

⁴⁷⁰ Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal, P.G.*, I (Madrid), 1963, pág. 550.

⁴⁷¹ Por todos: MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., distinguiendo el “concepto” de esta responsabilidad (naturaleza civil) y su función “político criminal” (que la aproxima otras consecuencias penales del delito).

⁴⁷² Así: RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^º, *Derecho Penal Español*, cit., pág. 10, aunque destacando las particularidades de la “pena” y de la “acción” civil reparatoria, incluye ésta, también, en la definición del Derecho Penal; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*. Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, I, pág. 5 (vid. del mismo autor: *Comentarios al Código Penal*, Ed. R. de Derecho Privado. Madrid, 1966, II., págs. 291 y ss.). Argumentando con razones de política criminal: MIR PUIG, S., *Introducción a las Bases*, cit., pág. 29. En general: MUÑOZ CONDE, F., *Introducción*, cit., pág. 14.

⁴⁷³ En el caso de ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., I., págs. 3 y 607, el autor, como señala MIR PUIG (Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, pág. 27) incluye la responsabilidad civil al describir el contenido del Derecho Penal, pág. 3, pero, sin embargo, se opone a una tajante distinción entre “pena” y responsabilidad civil reparatoria y resalta los puntos de contacto principales entre la pena y las sanciones civiles *ex delicto* (págs. 607 y ss.).

⁴⁷⁴ Es la doctrina dominante: CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, cit., I, pág. 774 y 775 (la solución de nuestra legislación es ilógica e incorrecta; rompe con la lógica jurídica y con los principios ...

tica criminal⁴⁷⁵ o de economía procesal (evitar el peregrinaje de jurisdicciones)⁴⁷⁶. Puede apreciarse un significativo consenso en cuanto a las ventajas que este sistema depara en orden a una pronta y eficaz defensa de los derechos de la víctima o perjudicado⁴⁷⁷. La forma en que el legislador penal español ha reforzado a la acción civil derivada del delito en comparación al régimen de las demás acciones civiles ha merecido, también, un juicio muy positivo⁴⁷⁸.

... fundamentales de la doctrina científica: pero se justifica porque ha adoptado una postura inspirada en la práctica realización de la justicia); LANDROVE, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 158: el sistema español parece vulnerar la autonomía de las esferas públicas y privadas, pero poderosas razones de oportunidad y utilidad avalan el mismo; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios*; cit., 292: la responsabilidad civil “*ex delicto*” tiene naturaleza privada “*ab initio*”, pero viene a constituir como una tercera acción “cuasi criminal”; FERRER SAMA, A., *Comentarios*, cit., II, pág. 104 y ss: la responsabilidad “*ex delicto*” es de naturaleza civil, en cuanto que es el Derecho Civil el que establece las “normas” que regulan la exacción de aquella (en este sentido, incluso sobraría la declaración del artículo 19 del C.P.), pero se justifica que las contemple el Código Penal porque su “origen” o “fuente” es el delito; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 26.

⁴⁷⁵ Por ejemplo: ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., pág. 609 (el sistema español armoniza mejor con la preocupación del criminalista moderno hacia la indemnización de las víctimas de los delitos); MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., pág. 29: entiende acertada la solución procesal de nuestro Código, consistente en acumular ambas acciones, con lo que se dota a la civil de la especial eficacia que hace precisa su particular significación, ya que no es independiente de toda función intimidatoria.

⁴⁷⁶ Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a ha mantenido que la mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* no tiene otro fundamento que razones de economía procesal, esto es, la pretensión justificada de evitar el “peregrinaje de jurisdicciones”. Contra la opinión de otros autores, sin embargo, entiende que *de facto*, esta responsabilidad no funciona en la praxis como una mera modalidad de “responsabilidad civil extracontractual” (*Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*. En: In Dret, Barcelona, 2001, págs. 2 y 3.

⁴⁷⁷ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, cit., I, pág. 775; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, cit., II, pág. 505; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., pág. 609 (aunque acusa ciertas “extralimitaciones” del legislador penal, llevado por sus buenos deseos); QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al C.P.*, cit., pág. 292 y ss.; porque se trata de no dejar en desamparo a la víctima, capacitándola para hacer efectivos sus derechos por la vía criminal, incomparablemente más cómoda y eficiente que la civil ordinaria; MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., pág. 29 (la considera, además, más coherente); LANDROVE, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 158.

⁴⁷⁸ Según, QUINTANO RIPOLLÉS, A., estos resortes dirigidos a reforzar la eficacia de la acción reparadora, en comparación con las restantes acciones “civiles”, serían: el amparo y defensa a cargo del Ministerio Fiscal, la preferencia sobre las demás responsabilidades pecuniarias que establece el artículo 111 del Código Penal, la solidaridad entre los copartícipes de la infracción a tenor del art. 107 y la posibilidad de extensión automática sobre personas ajenas a la responsabilidad criminal, según el capítulo II (pág. 292). Por su parte, PUIG PEÑA, F. (*Derecho Penal Español*, cit., II, pág. 505 y 506) señala los siguientes: 1) la concesión de una atenuante al delincuente que se apresure a reparar o disminuir los efectos del delito; 2) negando la concesión de ciertos beneficios al que no haya satisfecho la responsabilidad civil, como la rehabilitación del art. 118, párrafo 1; 3) prohibiendo hacer extensiva la condena condicional o el indulto a las responsabilidades civiles; 4) haciendo figurar la indemnización civil en el primer lugar de la serie de responsabilidades pecuniarias del penado, en el supuesto del art. 111.1; 5) estableciendo la solidaridad y la subsidiariedad para el pago de las obligaciones civiles a todos los delincuentes en concurso, según su categoría, a tenor de los artículos 106 y 107; 6) aplicando el precio de los objetos decomisados a cubrir las responsabilidades civiles, según el artículo 48; 7) ordenando que la acción civil sea entablada, conjuntamente con la penal, por el Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y; 8) reservando a la parte ofendida, en el supuesto de suspensión del curso de la causa por rebeldía del procesado, la acción que le corresponda para solicitar la indemnización.

5.4.2.1. Tesis favorable a su naturaleza “penal”

Como argumento a favor de la naturaleza “penal” de la responsabilidad civil “*ex delicto*” se ha invocado, naturalmente, la previsión de un régimen “*ad hoc*” para la misma en el Código Penal, al que, por cierto, se remite de forma expresa el artículo 1.092 del Código Civil. También la *fuerza* o *fundamento* de esta responsabilidad —el delito—, común al de las otras consecuencias penales, la pena y la medida post-delictual. Algún autor apela incluso a la “función reparadora” del Derecho Penal, estimando que a éste corresponde restablecer el derecho lesionado, por lo que tendrían naturaleza penal aquellos instrumentos, como la responsabilidad civil “*ex delicto*”, orientados a la reparación del daño y neutralización de los efectos nocivos del crimen⁴⁷⁹. Sin olvidar la importante perspectiva político-criminal, desde la que según autorizadas opiniones, la responsabilidad civil “*ex delicto*” debe ser contemplada como instituto penal porque permite una mejor coordinación de los diversos resortes del Estado en la lucha contra el crimen, evitando se desconecte este particular y eficaz instrumento de la función intimidatoria general que corresponde al Derecho Penal⁴⁸⁰.

En su día advirtió ANTÓN ONECA que también el resarcimiento coopera a la defensa del interés social y tiene efectos intimidatorios considerables, razones por las que estimaba positivo el sistema español de acumulación de la acción civil y la penal. Y añadía: “nuestro legislador no ha estado lejos del parecer de aquellos autores que comprenden dentro del Derecho Penal todas las consecuencias jurídicas del delito (CAVALLO) o reconocen una zona mixta que permita legitimidad a la denominación “*derecho criminal civil*” empleada por ROCCO”. ANTÓN ONECA esgrimió diversos argumentos a favor de la solución procesal comentada⁴⁸¹.

5.4.2.2. Argumentos a favor de la naturaleza “civil” de la responsabilidad “*ex delicto*”

Pero ninguno de estos argumentos convence. La llamada responsabilidad “civil” “*ex delicto*” acoge una serie de medidas reparatorias de incuestionable naturaleza y estructura “civil”⁴⁸².

⁴⁷⁹ PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal Español*, cit., II, pág. 504.

⁴⁸⁰ Así, MIR PUIG, S., *Introducción a las Bases*, cit., pág. 29. Recientemente, el autor matiza su punto de vista inicial, propugnando una “más nítida distinción de las normas penales y las relativas a la responsabilidad civil” (*Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 14), afirmando que la responsabilidad (civil) *ex delicto*, desde una óptica político-criminal, es “un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito” (op. cit., pág. 14).

⁴⁸¹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., I, pág. 609: tres argumentos: 1) la idoneidad de nuestro sistema procesal de acumulación en orden a la mejor defensa de los intereses de la víctima; 2) la unidad de íntima conexión, en el sentir popular, de todas las consecuencias del delito; y 3) la progresión: ilícito civil-ilícito penal, donde éste es un más respecto al ilícito civil y no una fase opuesta o distinta.

⁴⁸² La responsabilidad civil *ex delicto* es, sin duda, por su naturaleza responsabilidad *civil*. Pero el legislador penal se ha empeñado (desde el primer texto punitivo) en regularla en el Código Penal de una forma, además, no concordante con su régimen en el Código Civil, de modo que ha generado ...

Que el Código Penal se ocupe de ella de forma, por cierto, parcial y fragmentaria, no dice nada acerca de su naturaleza “material”: pues existen instituciones de índole penal que se disciplinan extramuros de aquél⁴⁸³; y sucede, también, lo contrario: que el Código Penal regule instituciones de naturaleza no criminal. De hecho, además, las previsiones del Código Penal Español tienen una conocida explicación histórica: el legislador penal se anticipó al civil regulando la responsabilidad “*ex delicto*” y colmó una laguna de nuestra legislación civil; ésta, después, por inercia se limitó a remitirse al Código Penal⁴⁸⁴.

El juego de remisiones internas avala la naturaleza civil de este instituto. El artículo 1.089 del Código Civil, la cita entre las obligaciones “civiles”, y es el propio artículo 1.092 del ordenamiento de origen el que reenvía al Código Penal. Por su parte, el artículo 117 del derogado Código Penal de 1973 establecía que la responsabilidad civil *ex delicto*, se extinguiría de igual modo “que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil”⁴⁸⁵. Las numerosas lagunas del régimen que establece el Código Penal, por último, han de subsanarse con los preceptos del Código Civil, dato que refuerza la naturaleza de la responsabilidad civil “*ex delicto*”⁴⁸⁶.

“La responsabilidad civil que nuestro Código Penal regula en sus artículos 19 a 22 y 101 a 108 –decía CUELLO CALÓN⁴⁸⁷– es la misma regulada en el Civil, en su artículo 1.101, que declara sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que en cumplimiento de sus obligaciones, incurren en dolo, negligencia o morosidad ... y en el 1.902, que obliga al que, por acción u omisión, causare daño a otro, interviniendo culpa o negligencia a reparar el daño causado. Se trata, pues, de una responsabilidad civil que, para ser exigida, debería requerir acciones y procedimientos regulados por el Derecho Civil”.

Tampoco es correcta la tesis del común fundamento o fuente de la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil “*ex delicto*”. Contra lo que suele afirmarse, la responsabilidad consagrada en el artículo 109.1 y ss. del Código Penal emana del *daño* que, en su caso, pueda producir el delito, no del delito mismo. A diferencia de la responsabilidad criminal, es una responsabilidad “*ex damno*”, no “*ex delicto*”, como recuerda el artículo 116.1 del vigente Código Penal (...“si del hecho se derivaren daños o perjuicios”).

... conflictos interpretativos innecesarios (vg. no coincidencia de los *plazos de prescripción* en uno y otro sistema normativo). Por ello, la doctrina civilista ha censurado tal disfunción. Vid., en este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Parte General*. Madrid (2002), Dykinson, págs. 13, 20. Paradigmático, desde la doctrina civilista: PANTALEON PRIETO, F., *Perseverare diabolicum, ¿Otra vez la responsabilidad civil en el C.P.?*, en: Jueces para la Democracia, 19 (1963), págs. 6 y ss. (citado por CUELLO CONTRERAS).

⁴⁸³ Vid., CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 37.

⁴⁸⁴ En favor de esta explicación histórica (o “cronológica”) del emplazamiento en el Código Penal de la responsabilidad civil “*ex delicto*”: SILVELA, L., *El Derecho Penal*, cit., II, pág. 241 y 242; en contra de la misma: ARAMBURU, F., en: (nota a) PESSINA, E., *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1919, págs. 714 y 715.

⁴⁸⁵ Vid., MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., pág. 28.

⁴⁸⁶ Así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal, P.G.*, cit., pág. 606.

⁴⁸⁷ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, cit., págs. 774 y 775. En sentido semejante, FERRER SAMA, A., *Comentarios*, cit., II, pág. 104. y QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios*, cit., pág. 292.

No existe, pues, una correlación automática, como daba a entender equívocamente el art. 19 del derogado C.P. entre responsabilidad penal y civil “*ex delicto*”. Cabe la primera sin la segunda, y la segunda sin la primera: lo uno puede suceder en delitos de “peligro”, o en “tentativas” de ciertas figuras, o en infracciones de “mera actividad”⁴⁸⁸; lo otro, en la llamada, responsabilidad civil subsidiaria. Véase, además lo dispuesto en los artículos 119 y 122 del Código Penal.

Que la responsabilidad civil “*ex delicto*” tenga naturaleza penal porque a la función “reparadora” del Derecho punitivo pertenezcan todos los instrumentos dirigidos al restablecimiento íntegro del derecho lesionado, es, también, un argumento poco sólido. En primer lugar, porque no parece consustancial a la pena, ni a la medida de seguridad postdelictual, función “reparadora” o “restitutiva” alguna⁴⁸⁹. En segundo término, porque como ha señalado GÓMEZ ORBANEJA, en el ordenamiento procesal español no se acumulan a la causa penal todas las posibles acciones “civiles” derivadas del delito, sino sólo algunas. La competencia del juez penal se extiende exclusivamente a la acción civil reparatoria, con el contenido que a la misma señalan los artículos 110 del Código Penal y 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero no a cualquier otra acción civil basada en el hecho punible (vg. de nulidad, de rescisión de sentencia firme, de divorcio, etc.)⁴⁹⁰.

El régimen especial y reforzado a que se somete la responsabilidad civil “*ex delicto*” corrobora, sin lugar a dudas, su naturaleza “civil”.

En cualquier caso, difícilmente cabe atribuir naturaleza penal a una responsabilidad que puede no ser personal, ni fundarse en el hecho propio; que se transmite a terceros, y que es susceptible de aseguramiento.

En cuanto a su régimen, baste recordar que se somete al de las restantes obligaciones “civiles” en el particular de su transmisibilidad “*mortis causa*” activa y pasiva (art. 115 LECr.) y causas de extinción (art. 117 del derogado C.P., que se remite al Derecho Civil); y que podrá ejercitarse ante los Tribunales civiles (arts. 115, 116 y 843 de la LECr.) aunque hubiese absolución en el proceso penal o éste termine –o se suspenda– sin declaración de responsabilidad criminal⁴⁹¹.

Finalmente, como apunta GONZÁLEZ RUS, la naturaleza “civil” de este instituto queda de manifiesto si se observan tres datos: en primer lugar, que una hipotética desaparición de los preceptos del Código Penal sobre la misma carecería de relevancia, al encontrar automáticamente dicha responsabilidad cobertura y fundamento en la normativa subsidiaria del Código Civil; en segundo lugar, que alguno de los conceptos que la integran (como la restitución de la cosa) coinciden literal-

⁴⁸⁸ En contra, matizadamente, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Ex delicto*, pág. 4, quien cita, no obstante, jurisprudencia en el sentido del texto (vg. STS. 13.11.1991).

⁴⁸⁹ Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pág. 239.

⁴⁹⁰ Así: GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal*, 8 Ed., Madrid, 1975, págs. 82 y 83.

⁴⁹¹ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, cit., págs. 82 y 83. Vid. también, *los Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de GÓMEZ ORBANEJA, E., Tomo II, Barcelona, 1951; a los artículos 108 y ss. de la misma, fundamentalmente. El artículo 109.2 del vigente Código Penal dispone que “el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil”.

mente con instituciones civiles, reguladas en el ordenamiento de origen (por ejemplo, la acción reivindicatoria de los artículos 348 y 349 del Código Civil, a propósito de la restitución prevista en el artículo hoy *111* del Código Penal); por último, que la responsabilidad civil sigue un régimen autónomo e independiente del de la pena, subsistiendo, por ejemplo (transmisión a herederos) aunque se extinga la responsabilidad criminal del autor⁴⁹².

5.4.3. *El modelo “procesal” español de acumulación de la pretensión civil reparadora a la penal*

El modelo procesal español de acumulación de la acción civil a la penal persigue una rápida y eficaz sustanciación de las pretensiones en interés de la víctima y perjudicados por el delito. Por ello ha recibido toda suerte de elogios incluso fuera de nuestras fronteras⁴⁹³. No obstante, dista mucho de ser una panacea, como lo demuestra el hecho de que legislaciones más progresivas que la nuestra hayan optado por fórmulas diferentes.

5.4.3.1. *Reparos técnicos y prácticos al mismo*

El modelo español, como ha puesto de relieve GÓMEZ ORBANEJA, suscita, por de pronto, graves reparos técnicos e incluso prácticos.

Así, y entre otros: 1) La anomalía teórica, justificable solo por razones meramente prácticas, de que el juez penal, con los medios y formas propios del procedimiento represivo, conozca la acción y haga efectiva la responsabilidad civil⁴⁹⁴; 2) la ulterior anomalía que supone la escisión subjetiva de la acción –como derecho a crear la condición para la actuación de la ley– y la titularidad en el derecho. Dicha escisión no equivale a la “sustitución procesal”, y, lógicamente, cabe plantear numerosas objeciones a la idea de una representación que podría suponerse conferida “*ex lege*” por la omisión del ejercicio por parte del titular del crédito reparatorio: en definitiva, no puede olvidarse que el Ministerio Público, al ejercitar la acción civil, no actúa en su nombre, aunque haga valer su derecho; ejercita un derecho independiente de la voluntad del perjudicado⁴⁹⁵; 3) al independizar la acción civil de la iniciativa del perjudicado, nuestro sistema renuncia a la colaboración y al estímulo de los particulares en la represión de los delitos, haciendo posible, en cambio, que el

⁴⁹² GONZÁLEZ RUS, J.J., *El artículo 444 del Código Penal*, cit., pág. 391 y 392.

⁴⁹³ Realmente no sólo la doctrina española. A juicio de PFENNINGEN, H.F., es indiscutible que por razones tanto de política criminal como de economía procesal el sistema de acumulación de la acción civil al proceso penal es el sistema más adecuado y congruente: para el perjudicado, desde luego. Vid. *Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes*, Zürich, 1966, Schulthess, pág. 199. Véase, en este sentido, la “Declaración de principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de la criminalidad y a las víctimas de abusos de poder”, aprobada por la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que la contiene como Anexo (Apartado 1). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Ex delicto*, cit., pág. 2, nota 3.

⁴⁹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, cit., Vol. I del Tomo II, pág. 581.

⁴⁹⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, cit., Tomo II, Vol. I, pág. 581.

interés privado se manifieste por la vía indirecta de la acción penal, de modo que al ejercitar esta última, el particular lo que generalmente persigue es sólo la satisfacción de su derecho reparatorio. Y, dar al particular lo que ni siquiera pide puede traducirse, como de hecho se traduce, en un estímulo a su inactividad y no intervención⁴⁹⁶; 4) ejercitada la acción penal con la civil por el Ministerio Público, se produce una indeterminación, tanto objetiva como subjetiva de la segunda. Porque no hay, en realidad, una sola acción, sino tantas como víctimas de los efectos del daño, cuyas circunstancias –independientes unas de otras– no pueden ser conocidas a priori. La acción civil que ejercita el Ministerio Fiscal, por tanto, no es una acción civil “*in genere*”, sino una acción civil “*en blanco*”. Con el grave inconveniente de que no existe aquí, para los supuestos de incongruencia, un precepto paralelo al artículo 1.692 (2) y (3) de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁹⁷; al incluirse el “daño moral” en el objeto de resarcimiento, dicho daño pasa a formar parte del contenido de la acción civil que el Ministerio Público ha de ejercitar, lo que pugna con el carácter personalísimo del derecho a la reparación de los perjuicios morales; resulta entonces, que –por ejemplo– contra lo que sucedería en el proceso civil, donde la acción basada en el daño no patrimonial no podría ser ejercitada por subrogación por el acreedor del perjudicado, nada impide en el proceso penal que el Ministerio Público deduzca la pretensión, y el juez decida, sin que el interesado haya querido hacer valer la pretensión correspondiente. Con la dificultad adicional de aportar al proceso los datos necesarios para valorar el perjuicio no patrimonial, experimentado por la víctima, cuando no se cuenta con la intervención de ésta⁴⁹⁸.

Y, evidentemente, podrían añadirse a los inconvenientes que señala GÓMEZ ORBANEJA, tal vez otros, porque el sistema no es perfecto⁴⁹⁹, sino una de las opciones que se brindan al legislador de entre las muchas que existen, según demuestra el Derecho comparado⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, cit., Tomo II, Vol. I, pág. 582.

⁴⁹⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, cit., Tomo II, Vol. I, pág. 583.

⁴⁹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, cit., Tomo II, Vol. I, págs. 583 y 584.

⁴⁹⁹ En las III Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, por unanimidad, se concluyó que: “Resulta inaceptable la desmesurada ampliación de la competencia objetiva de los órganos de la Justicia Municipal en cuanto al conocimiento de la acción civil, por hallarse en flagrante antinomia con las normas, algunas muy recientes, que delimitan dicha competencia, originando la paradoja jurídica de que en caso de reserva de dicha acción para ejercerla en vía civil, el mismo objeto podría exigir un proceso de la máxima cuantía, con todas sus garantías y posibles recursos”. Apud., *Presente y futuro del proceso penal español*, de FAIRÉN GUILLÉN, V., Universidad de Valencia, 1957, pág. 50. A mi modo de ver, el principal inconveniente del sistema de acumulación reside en la instrumentalización del proceso penal y de la acción penal. Con frecuencia se ejercita ésta sólo porque se piensa en una más rápida y segura reparación: y no pocas veces se insta una condena –aunque meramente “simbólica”– para que no se frusten tales expectativas. El proceso penal se alarga, se sustancian en el mismo pretensiones muy heterogéneas y, a veces, sin las garantías y recursos propios del proceso civil, en el que debían conocerse.

⁵⁰⁰ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, cit., Tomo II, Vol. I, pág. 702 y ss. en cuanto al problema decisivo de la eficacia de la sentencia penal en el juicio civil para la reparación del daño (las tres soluciones que, a juicio del autor, proceden desde un punto de vista de lege ferenda). Vid., KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht, Kurzlehrbücher für das Studium*, München, 1976, pág. 323 y ss (sistema alemán en cuanto a la reparación de los daños del perjudicado); LOBEDANZ, Eler., *Schadensausgleich bei Straftaten in Spanien und Lateinamerika*, A., Metner Verlag, 1972, págs. 27 y ss; NOLL, P., *Strafprozessrecht, Vorlesungskriptum*, Zürich, 1977, págs. 52 y 53 (sistema suizo) y; PFENNINGEN, H.F., *Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes*, Zürich, Schulthess, CO A.G., 1966, pág. 99 a 104.

Por otro lado, sería erróneo suponer que sólo el modelo de *acumulación* garantiza una sustanciación más rápida y eficaz de las pretensiones de víctimas y perjudicados.

La experiencia ha demostrado que el sistema de acumulación tiene una peligrosa tendencia expansiva al servicio de una *política criminal* que utiliza la drástica y coactiva vía penal no para reparar el daño derivado del delito sino para satisfacer unas *obligaciones y derechos de crédito preexistentes al delito*, de naturaleza civil, fiscal, etc. Así, el legislador penal ha modificado el delito de *impago de pensiones alimentarias* (art. 227.3º C.P.) zanjando una conocida polémica doctrinal en el sentido, claro y rotundo, de que “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas”. En un sentido muy semejante, el artículo 4º de la L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de *represión del Contrabando*, establece que “la responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado derivada de los delitos de contrabando se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada”. Por vía jurisprudencial, ha tenido lugar una interpretación extensiva similar en el caso de la responsabilidad civil de los *delitos contra la Hacienda Pública* (arts. 305 y ss. C.P.), al decidir los tribunales que dicha responsabilidad *ex delicto* comprende el importe total de la deuda tributaria, de suerte que el procedimiento penal provee a la Hacienda Pública de un *nuevo y único título* para hacer efectiva la deuda tributaria⁵⁰¹.

5.4.3.2. Otros modelos: Valoración crítica

El Derecho alemán, por citar un ejemplo, conoce también el denominado “*Adhäsionsprozess*”⁵⁰², tardíamente introducido en la Ley Procesal Penal: primero en 1943, y después, con carácter uniforme, en 1950⁵⁰³. Dicho proceso o procedimiento (*Adhäsionsverfahren*) descansa en un principio muy claro y elemental: si de un hecho delictivo se derivan pretensiones reparadoras, de carácter civil, es evidente que tanto para evitar el doble de trabajo como, eventualmente, resoluciones judiciales contradictorias, cabe decidir ya en el proceso penal, sobre tales pretensiones civiles. Con lo que, al propio tiempo, se satisface el interés de todo perjudicado de una pronta reparación del daño⁵⁰⁴. La idea es, pues, inobjetable, y, sin embargo, este mecanismo apenas se utiliza en Alemania⁵⁰⁵. El perjudicado acude, de hecho, a un segundo proceso de carácter civil, donde se sustancian sus pretensiones de tal naturaleza.

⁵⁰¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., *Ex delicto*, cit., págs. 8 y 9.

⁵⁰² Vid., SCHÖNKE, *Beiträge zur Lehre von Adhäsionsprozess*, 1935, Cfr., ROXIN-KERN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 323 y ss. y bibliografía allí citada. También lo conoce el Derecho suizo: NOLL, P., *Strafprozessrecht*, cit., pág. 52 y ss., *Probleme des schweizerischen*, cit., pág. 99 y ss.

⁵⁰³ Apud, ROXIN-KERN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 323.

⁵⁰⁴ Así: KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 323 y 324.

⁵⁰⁵ Expresamente, en este sentido: KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 324. Lo mismo sucede en el ordenamiento suizo, en la mayor parte de sus cantones: NOLL, P., *Strafprozessrecht*, cit., pág. 53. Criticando el fenómeno muy frecuente de que el juez penal remita a los tribunales civiles el conocimiento de las pretensiones relativas al resarcimiento de los daños derivados del delito: PFENNINGEN, H.F., *Probleme*, cit., págs. 102.

No se utiliza, en la práctica, este cauce legal, ante todo, porque el perjudicado se encuentra en condiciones legales de defender sus pretensiones de orden civil en esta jurisdicción, sin necesidad de arrojarse en los Tribunales penales; pero, también, porque tanto los Tribunales como la Abogacía prefieren el doble proceso; o, si se quiere, que los tribunales civiles sean quienes resuelvan las cuestiones civiles, aunque deriven del hecho delictivo. En efecto, como señalan KERN y ROXIN⁵⁰⁶, el juez penal tiene la facultad de remitir a los jueces civiles los pleitos sobre pretensiones reparadoras, derivadas del hecho delictivo, si fueren muy complejas o si dilataran excesivamente la marcha del proceso penal. Como es lógico, los jueces penales usan generosamente esta facultad inapelable que la Ley Procesal les confiere⁵⁰⁷. Por otra parte, además, mientras en la jurisdicción “civil” la presencia de Letrado es preceptiva, por razón de la cuantía, en la jurisdicción penal, es preceptivo litigar con Letrado sólo si concurren los presupuestos del párrafo 140 de la Ley Procesal penal (donde no juega la cuantía, sino la naturaleza del proceso), de modo que parece absurdo que una pretensión económica elevada (como cualquiera de las relativas al tráfico rodado, que son las más frecuentes) que, por razón de la cuantía, exigiría en la jurisdicción civil la presencia necesaria de Letrado, se resuelva en lo penal sin la intervención de éste: intervención que, sin duda, colabora a la mejor marcha del proceso.

Si a todo esto se añade que el proceso civil alemán es bastante más ágil que el español; y que el ámbito donde el problema de la reparación del daño y los perjuicios tiene una dimensión verdaderamente social es el del tráfico rodado, sector en el que las compañías de seguro alemanas atienden, rápidamente, las pretensiones civiles, tan pronto como se ha dictado sentencia penal contra el asegurado, sin esperar a que el perjudicado plantee el ulterior y caro proceso civil, todo parece más claro.

Esta referencia al Derecho alemán demuestra que un proceso civil ágil y eficaz evita los inconvenientes del sistema de *acumulación* español y presenta notables ventajas. En efecto, el juez penal se limitará a resolver problemas penales; y lo hará, por tanto, con más rapidez. Los temas civiles se sustanciarán, sin limitaciones de ninguna clase, en la jurisdicción que por razón de la materia les corresponde: por razón de la materia y de la cuantía, con las garantías necesarias, sin necesidad de buscar en el proceso penal la intimidación o la celeridad con que ya ellos cuentan. El juez no tiene que dar más de lo que se le pide. Ni se coarta la colaboración de los ciudadanos para la represión de los delitos. Ni se fomenta o instrumentaliza la acción penal para obtener la satisfacción rápida y coactiva de pretensiones reparatorias de carácter civil.

5.4.4. *Recapitulación final*

En definitiva, la responsabilidad civil “*ex delicto*” no es una consecuencia jurídica de naturaleza penal, sino *civil*. No deriva del *delito* mismo, sino del *daño* que éste,

⁵⁰⁶ *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 324.

⁵⁰⁷ Vid., 405 n. 2 de la Ley Procesal Penal (StPO).

en su caso, haya podido producir. *Conceptualmente*, pues, no pertenece al Derecho Penal, y se rige por las normas civiles ordinarias del ordenamiento de origen que tienen carácter supletorio en todas aquellas materias no disciplinadas por la normativa penal *ad hoc*. A diferencia de la responsabilidad criminal, la civil “*ex delicto*” puede no ser personal y no tener su fundamento en un hecho propio; se transmite a terceros y es susceptible de aseguramiento. El Código Penal la dota de unos mecanismos que la refuerzan, como garantía de la efectiva reparación del daño, en comparación con el régimen de las demás obligaciones civiles. Pero sigue siendo por su naturaleza y estructura una obligación *civil*, reparatoria, aunque funcionalmente la fórmula procesal del sistema español acumule la acción civil a la penal.

El proceso de reforma penal español ha incidido, también, en la responsabilidad civil “*ex delicto*”, evidenciando el erratismo y escasa sensibilidad de nuestro prelegislador⁵⁰⁸.

En efecto, el denominado Borrador de Anteproyecto del Código Penal de 1992 remitía el régimen de la responsabilidad civil “*ex delicto*” al Código Civil, lo que mereció toda suerte de críticas desfavorables de la doctrina. El Anteproyecto rectificó, volviendo al sistema tradicional hoy vigente, criterio que mantiene el Proyecto.

Sin embargo, el Proyecto de Código Penal de 1992, siguiendo al Anteproyecto (art. 121.2^o) introdujo un precepto preocupante y regresivo con el que se trataba de evitar que el Juez o Tribunal penal, en causa criminal, pudiesen declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y los demás entes públicos, por los delitos que cometieran sus autoridades o funcionarios en el ejercicio del cargo, de suerte que dicha responsabilidad (recte: responsabilidad patrimonial), sólo pudiese exigirse ante la propia Administración, con arreglo a la legislación administrativa, y si ésta se pronunciare negativamente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 122).⁵⁰⁹

Semejantes objeciones cabe reiterar al artículo 121 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 26 de septiembre de 1994. Éste declaraba subsistente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el sólo supuesto –estadísticamente despreciable– de los delitos y faltas *dolosos* cometidos por Autoridades y Funcionarios en el ejercicio de sus cargos, sin perjuicio de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración en los restantes supuestos (delitos imprudentes) exigible en la vía administrativa.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *El proceso de reforma penal española, particular referencia al Proyecto de Código Penal de 1992*. En: Política Criminal y reforma penal (en Homenaje a JUAN DEL ROSAL), Madrid (Edersa), 1993, págs. 545 y ss.; del mismo: *El Proyecto de Código Penal de 1992* (Teoría Jurídica del delito), en: La reforma del Código Penal. Revista de Icade, Madrid, 1993, págs. 77 y ss.; del mismo: “*La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza*”, en: Homenaje al Profesor I. BENEDETTI, Buenos Aires (Depalma), 1997, págs. 241 a 253.

⁵⁰⁹ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *El proceso de reforma penal español*, cit., pág. 545 y 546; del mismo: *El Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., pág. 78.

⁵¹⁰ No es temerario suponer que ambas iniciativas legislativas –afortunadamente fallidas– pretendían condicionar la suerte de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado que pudiera acordarse en el procedimiento seguido contra Autoridades y funcionarios por el trágico envenenamiento colectivo del aceite de colza desnaturalizado (síndrome tóxico).

5.4.5. *El vigente Código Penal: régimen de la responsabilidad civil “ex delicto” (artículos 109 a 122)*

El vigente Código Penal regula la responsabilidad civil *ex delicto* en el Capítulo I (“De la responsabilidad civil y su extensión”), del Título V (“De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”) de su Libro I.

El legislador, en general con buen criterio, ha reordenado y unificado los preceptos relativos a la responsabilidad *ex delicto* que se hallaban tradicionalmente dispersos en los Capítulos segundo, del Título II (artículos 19 a 22) y el Título IV del Libro I (artículos 101 a 108), agrupándolos, con mejor sistemática, en el nuevo Capítulo I de su Título V (artículos 109 a 122).

En cuanto a la naturaleza inequívocamente *civil, ex damno*, de esta responsabilidad, puede afirmarse que se consolida y refuerza la misma, sin que el vigente Código Penal establezca modificaciones sensibles en este particular.

Que se trata, en puridad, de una responsabilidad (civil) “*ex damno*” –y no: “*ex delicto*”– es obvio, y lo declara explícitamente el legislador en dos preceptos clarificadores: el artículo 109.1 y el artículo 116.1, ambos del Código Penal. A tenor del primero, “la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los *daños y perjuicios por el causados*”. Y, según dispone el segundo precepto citado: “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente *si del hecho se derivaren daños o perjuicios*”. Con ello, se mejora la equívoca redacción del artículo 19 del derogado Código Penal, que asociaba la responsabilidad *civil (“ex delicto”)* a la *criminal* de forma necesaria y automática, olvidando que dicha responsabilidad derivada del *daño* que el delito, en su caso, haya podido producir, y no –sin más– del delito mismo.

El propio Código Penal, en su artículo 109.2 recuerda la naturaleza *civil* de esta responsabilidad, al declarar que “el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil”. Y el artículo 119 dispone que en los supuestos de exención de responsabilidad criminal previstos en el artículo 118 (esto es: números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del propio Código) “... el Juez o Tribunal que dicte Sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles, salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda”.

El vigente Código Penal suprime, sin embargo, la regla del artículo 117 del derogado Código Penal de 1973 (“la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil”).

Las demás innovaciones que aporta el vigente Código Penal se refieren al contenido y régimen de la responsabilidad civil *ex delicto* –no a la naturaleza de ésta– que es lo que aquí interesa.

Así sucede, por ejemplo, con el mandato del artículo 114 (posibilidad de moderar el importe de la indemnización si concurre culpa de la propia víctima), principio consagrado ya en la praxis jurisprudencial⁵¹¹. O con la regla del artículo

⁵¹¹ Sobre esta cuestión, vid. SERRANO MAILLO, A., *La compensación en Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1996. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., En Código Penal, págs. 797 a 905.

lo 115 que distingue entre *bases* para la determinación de la cuantía de los daños (que ha de razonar la sentencia), y la concreta fijación de ésta, que puede llevarse a cabo posteriormente, en ejecución de sentencia. O con la acertada mención explícita a la responsabilidad civil *directa* de los *aseguradores* (artículo 117). O con la previsión del artículo 118.2 que subsana una laguna en los supuestos del artículo 14 del Código Penal (error que exime de responsabilidad penal). Sin olvidar la notable mejora que supone el nuevo artículo 120 en comparación con la arcaica e incompleta dicción de los artículos 21 y 22 del derogado Código Penal. Y la positiva y clarificadora mención explícita al Estado como responsable civil subsidiario, del artículo 121, del Código Penal vigente.

5.4.6. La reforma introducida por L.O. 7/2003, de 30 de junio (en particular: la responsabilidad civil “ex delicto” y la relevancia de ésta a los efectos de la obtención del tercer grado penitenciario y la libertad condicional)

Es un hecho notorio –y denunciado– que el penado suele obtener sin dificultad –pero fraudulentamente– la declaración legal de insolvencia. Así, las sentencias condenatorias se frustran de forma sistemática y generalizada en el particular de las responsabilidades civiles *ex delicto*. El infractor, pues, pagará su deuda con el Estado cumpliendo la pena, pero no reparará el daño que ocasionó a su víctima. Con la reforma introducida por L.O. 7/2003, de 30 de junio, sin embargo el sistema español parece experimentar un giro copernicano al optar el legislador por un modelo en el que la previa satisfacción de la responsabilidad civil se convierte en requisito *sine qua non* para obtener primero, el tercer grado penitenciario y, después, la libertad condicional⁵¹².

Establece, ahora, el nuevo apartado 5º del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria:

“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

⁵¹² No contemplo aquí un momento procesal previo en el que la reparación del daño ocasionado a la víctima –o la disminución de sus efectos– puede adquirir importante relevancia penal: me refiero a la circunstancia atenuante 5ª del artículo 21 del Código Penal vigente (“La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”). Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, JL, en Código Penal, pp. 597 y ss.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración Pública comprendidos en los Capítulos V al IX del Título XIX del Libro II del Código Penal ...”.

Idéntica previsión reitera, a propósito de la concesión de la libertad condicional, el artículo 90.c), párrafo dos del Código Penal, al declarar que “no se entenderá cumplida la circunstancia anterior (el requisito de la “buena conducta”) si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

El giro del sistema español hacia un sistema de plena *efectividad* de la responsabilidad civil “*ex delicto*” que garantice la reparación del daño causado a la víctima en los términos previstos en la sentencia condenatoria parece muy positivo⁵¹³. Ahora bien, la redacción del artículo 72.5º de la L.O.G.P. –que asume literalmente el artículo 90.c de la Código Penal– es prolija, amparando, de hecho, interpretaciones antagónicas. Los presupuestos legales del acceso al tercer grado penitenciario y de la concesión de la libertad condicional son ambiguos, imprecisos, no resolviéndose un problema de tanta trascendencia en el ámbito o instancia normativa de la Ley Orgánica sino en el posterior momento aplicativo.

Es cuestionable, también, hasta qué punto el régimen de cumplimiento y ejecución de la *pena pública* puede hacerse depender, como hace la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de las vicisitudes de una obligación *privada*, esto es, de la satisfacción o no satisfacción de las responsabilidades civiles *ex delicto*, en perjuicio de los principios de superior rango a los que se preordena el régimen de cumplimiento y ejecución de la sanción estatal. Existe el riesgo de que la función de ésta y el propio rol del proceso penal se desvirtúen, sometiéndose una y otro a los intereses y motivaciones de un acreedor privilegiado (el perjudicado) que haría reaparecer la institución de la prisión por deudas⁵¹⁴.

⁵¹³ Es difícil suponer que el infractor se haya reconciliado con la ley y la sociedad si no ha reparado siquiera –o lo ha intentado seriamente– el daño que causó a su víctima. Por otra parte, en un Estado “social” de Derecho, ésta no puede seguir siendo un convidado de piedra, ni es admisible que el propio sistema la abandone a su suerte consintiendo el sistemático incumplimiento de las sentencias condenatorias en el particular de la responsabilidad civil *ex delicto*.

⁵¹⁴ La mal denominada responsabilidad civil “*ex delicto*” es, en puridad, una responsabilidad “*ex damno*” no “*ex delicto*”; y de naturaleza “civil” aunque se exija, junto con la penal, en la misma sentencia condenatoria como consecuencia del sistema de *acumulación* de ambas pretensiones que sigue nuestro Código Penal. Si la participación de la víctima en decisiones de política criminal reclama particular cautela y el Estado debe moderar, con objetividad y desapasionamiento, la inevitable tendencia al rigor y al antigarantismo que aquella conlleva, dicha participación del perjudicado en el ámbito de la ejecución de la pena es todavía mucho más delicada porque puede contaminar los fines de ésta, ...

Pero el aspecto más polémico de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, reside en el alcance *retroactivo*, contrario a la seguridad jurídica, que pretende conferir a la misma su disposición transitoria única, al establecer que “lo dispuesto conforme a esta ley en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal y en el artículo 72.5 y 6 de la L.O. General Penitenciario respecto de la clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias *desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se está cumpliendo la condena*”.

No parece discutible que la forma de cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad –el *régimen* de ésta, y no solo su *duración*– forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad, que es un derecho fundamental. Código Penal y Legislación penitenciaria constituyen, por tanto, un grupo normativo unitario e inescindible que disciplina aquel derecho y no puede modificarse retroactivamente *in peius*. La L.O. 7/2003, de 30 de junio, sin embargo, lo pretende. Ciertamente no se trata de una retroactividad “máxima” porque respeta los efectos ya consolidados con arreglo a la legislación anterior y solo altera los que deban producirse con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma (aunque traigan causa de una situación creada al amparo de la normativa anterior más favorable y debieran seguir rigiéndose por ésta de no haber interferido la ley posterior examinada). Cabe hablar de una retroactividad *débil*, pero no *inocua*⁵¹⁵ y, en todo caso, contraria a las *exigencias* de la seguridad jurídica, exigencias éstas que constituyen el fundamento último de la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo. La disposición transitoria única de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, hace imposible conocer de antemano aspectos que integran el contenido esencial de la pena de prisión y, por ello, afecta negativamente al derecho fundamental de la libertad y sus límites, y al de la seguridad jurídica⁵¹⁶.

... aflorando motivaciones y actitudes no siempre nobles y atendibles que desvirtúen o perviertan los fines de superior rango que la ley asigna a la pena pública en su fase de cumplimiento. En todo caso, si en el futuro inmediato los tribunales confirman la relevancia que adquiere la satisfacción de la responsabilidad civil “*ex delicto*” en orden a la concesión del tercer grado penitenciario y la libertad condicional, cabe esperar que ningún perjudicado haga uso de la facultad que le confiere el artículo 109.2 del Código Penal (reserva expresa de las acciones para ejercerlas en la jurisdicción civil). Y, desde luego, existirá el riesgo de que no pocos acreedores traten de instrumentalizar la vía penal al hallar en la misma un escenario coactivo mucho más disuasorio.

⁵¹⁵ Vid. el importante Auto de 6 de mayo, del 2004, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Ponente: ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ).

⁵¹⁶ Matizadamente, manteniendo que la retroactividad que consagra la disposición transitoria única de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, es una retroactividad *mínima* o *atenuada*, que no prohíbe el artículo 9.3º de la Constitución; y que, en todo caso, dicha retroactividad proscrita se circunscribe a las normas penales *materiales* que perjudican al reo, no, por ejemplo, a las disposiciones y normas *penitenciarias* que quedarían al margen de la prohibición constitucional: GONZALO RODRÍGUEZ, ROSA MARÍA; *Análisis del Código Penal de 1995 tras la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reformas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, en Revista La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 9. Año I, Octubre 2004, Estudios monográficos “*Ejecución de sentencias penales*”, Edit. La Ley, Madrid, págs. 75 a 94. Manteniendo la clara “inconstitucionalidad” de la citada disposición transitoria única: GIMBERNAT ORDEIG, E., (en: Prólogo a la 9ª Edición del Código Penal. Tecnos, III.3) por tratarse de normas *sancionadoras*. Sobre la aplicación retroactiva ...

Por otra parte, la dicción literal del artículo 72.5 de la L.O.G.P. (y del artículo 90.c) del Código Penal) es desacertada e induce a error. Induce a error porque, en puridad, la previa satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* – la extinción de ésta– no condiciona necesariamente la concesión del tercer grado penitenciario o la de la libertad condicional sino la *convicción del juez de vigilancia* de que el penado se halla dispuesto a satisfacerla (a las “garantías que permitan asegurar la satisfacción futura ...”, se refiere el citado precepto). Y es desacertada porque suscita dudas respecto al propio carácter *general* o *limitado* de la obligación de reparar el daño.

Si dicha obligación, como parece lógico, tiene carácter universal (si no se constriñe a ciertos delitos), sobra entonces la mención específica a los cuatro grupos de delitos a los que “*ad exemplum*” se referiría el artículo 72.5 de la L.O.G.P. (“singularmente ...”) de forma innecesaria y perturbadora. Pero si dicha mención formula un catálogo *exhaustivo* de las figuras penales a las que se circunscribe la preceptiva reparación previa del daño para acceder al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, no se justifica, tampoco, el criterio selectivo del legislador: ni por qué se excluyen delitos de especial gravedad (vg. contra la vida) o trascendencia (vg. delitos contra la salud pública con resultado de muerte), etc.; o por qué no se incluyen todos los delitos socioeconómicos sino solo los “que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas” (art. 72.5”a) de la L.O.G.P.).

... criticada, vid. también: JUANATEY DORADO, C., (La *Ley de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal*, en: La Ley Penal, nº 9, Año I, Octubre 2004, págs. 26 y ss.); SANZ MORÁN, A., *Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal*, en: Revista de Derecho Penal, nº 11, Enero 2004, págs. 11 y ss. Sugiere, también la inconstitucionalidad de la disposición transitoria única, CEREZO MIR, porque la C.E. prohíbe la retroactividad de las disposiciones “sancionadoras desfavorables”. Curso de Derecho Penal Español, I.P.G., 6ª Ed., cit., pág. 221.