

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho Penal. Univ. de Barcelona, Cataluña (España). Patrona de la FICP.

~¿Siguen vigentes los principios limitadores del Derecho penal?~

Sumario.- I. Introducción. II. Función y finalidad del derecho penal. III. Protección de bienes jurídico-penales. IV. Teoría del delito y principio de responsabilidad por el hecho. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

1. Parece una quimera que sea posible conciliar los principios limitadores del Derecho penal y la actual política criminal ya que, como reiteradamente se ha afirmado, el Derecho penal en la actualidad es *prima ratio* y olvida, entre otros muchos principios, el principio de lesividad. No obstante, es necesario encontrar vías factibles para que la actual expansión del Derecho penal, tan criticada por la doctrina, pero con réditos para los políticos y, aparentemente, apoyada por la mayoría de la sociedad, sea algo menos punitivista. Esas vías son de diversa índole. Se trata de tomar en consideración, tanto en la legislación como, muy especialmente, en la aplicación judicial, la finalidad que se atribuye al Derecho penal, la vinculación entre la teoría del delito –parte general- y la parte especial del Derecho penal y la interpretación teleológica de los tipos. En último término, una vuelta a la dogmática –Parte general- y la indispensable interpretación de los tipos a la luz de los límites del Derecho penal, en particular, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, huyendo de una aplicación formal, en cierta medida propiciada por determinadas posturas funcionalistas relacionadas con la vigencia de la norma y también por la administrativización de la ley penal. Ambos posicionamientos obvian el principio de lesividad, vinculado a la antijuridicidad material, fundamentando la tipicidad en la infracción de determinada normativa extra-penal, a través de presunciones *iuris et de iure*. En consecuencia, los principios limitadores deben respetarse tanto en el momento legislativo como en el judicial, a la hora de interpretar los tipos para ser aplicados.

2. En definitiva, la expansión del derecho penal no se debe exclusivamente a la inflación de tipos delictivos sino también al abandono de la teoría del delito, especialmente por el legislador, pero también por los aplicadores, así como a determinadas teorías sobre ella, y al olvido de los principios limitadores del derecho penal. Entre otros los de *ultima ratio*, de proporcionalidad, en sus tres vertientes (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido

estricto) y de lesividad, obviando la función esencial del derecho penal que no es otra que la protección de bienes jurídico-penales. Por ello la crítica a la expansión no puede centrarse en limitar el Derecho penal en la protección de derechos subjetivos, de bienes jurídicos individuales sino en concretar qué conductas se deben proteger -únicamente la más graves- y cómo, evitando castigar actos preparatorios, complicidades como autoría... Así mismo, hay que limitar el alcance de la Victimología, evitando que la venganza pase a ser la finalidad del Derecho penal y que la víctima sea quien dirige el proceso.

II. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL

1. Muchas de las críticas a la expansión se extienden al concepto de bien jurídico, considerando que no tiene capacidad para limitar la intervención del derecho penal y tratan de sustituirlo por la vigencia de la norma, por el “daño” o por la Constitución. En ese sentido, los posicionamientos de los defensores de las teorías retribucionistas, junto con determinadas teorías acerca de la función del Derecho penal, afectan a la crisis de los principios limitadores. El problema que plantean las teorías retribucionistas no puede solucionarse, como pretenden, especialmente los neo-retribucionistas, estableciendo límites porque el fallo está en la propia fundamentación ya que, negando efectos preventivos a la pena, tratan de atribuirle funciones que son ajenas a la retribución. Un Estado social y democrático de Derecho y laico no puede considerar como función del derecho penal castigar sino, exclusivamente, prevenir la lesión de bienes jurídico-penales, es decir, de valores esenciales de una determinada comunidad¹. La finalidad de la pena como castigo es característica de las religiones, muy especialmente en las de raíz judeo-cristiana, y de los Estados absolutos, pero no puede serlo en un Estado moderno². Infligir un sufrimiento a un ciudadano, titular de derechos fundamentales, no constituye una función del Estado y ello no se solventa cuando, desde el neo-retribucionismo, en línea muy cercana a KANT³, se afirma que infligir el sufrimiento es una exigencia de la justicia. En esa línea LESCH ha definido la pena como “un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a

¹ ROBINSON, The Proper Role of the Community in Determining Criminal Liability and Punishment, Faculty Scholarship. University of Pennsylvania Law School, 2014, pp. 54 ss.

² ROBINSON, The Proper Role of the Community..., 2014, pp. 10-11, señala que desde las teorías retribucionistas en aras de la justicia la responsabilidad moral del delincuente se define por los filósofos morales.

³ KANT, Die Metaphysik der Sitten, 2ª, Königsberg, 1798 (formato Kindle), pp. 227-230.

modo de reproche”⁴. Siendo cierto que la pena conceptualmente es y debe ser un castigo, tal y como acertadamente señaló MIR PUIG⁵, ello no implica que castigar a un ciudadano sea la función que debe ejercer un Estado social y democrático de Derecho⁶.

2. Esta idea de justicia en ciertos neo-retribucionistas, más cercanos a Hegel, se asemeja a las teorías de la pena entendidas como confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho, aun cuando, en general, se considere que estas últimas defienden la prevención general positiva⁷. En Alemania, en el siglo pasado, especialmente a partir de JAKOBS, adquieren una gran relevancia las teorías relacionadas con el restablecimiento de la vigencia de la norma⁸. Concebir la finalidad de la pena como afirmación de la vigencia de la norma es una teoría formal que únicamente podría ser legítima y constitucional si se considerará que esa norma responde a los valores esenciales de una determinada sociedad⁹. Ciertamente, si partimos de la ficción de que en un Estado democrático las normas emanadas del poder legislativo responden a esos intereses prioritarios de los ciudadanos y de que se ha seguido una correcta técnica legislativa, podría deducirse lógicamente que esa norma es legítima y constitucional. No obstante, incluso desde ese punto de partida, ello no puede implicar que la norma deba aplicarse formalmente, sin necesidad de ser interpretada, en atención al bien jurídico-penal que pretende proteger o/y a los principios constitucionales, conforme a las posturas que derivan el Derecho penal directamente de la Constitución. Como se ha señalado, la afirmación de la vigencia de la norma como finalidad de la pena, fundamentando su legitimidad, aun cuando se sitúa en la prevención general positiva nos conduce a la retribución porque, de no limitarse con contenidos materiales¹⁰, las consecuencias son idénticas a las que

⁴ LESCH, La función de la pena, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 4.

⁵ MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 11ª ed., Ed. Reppertor, 2017, p. 102.

⁶ En otro sentido, LUZÓN PEÑA, Entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías, en: Un modelo integral de Derecho penal. LH a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Ed. BOE, 2022, pp. 685-699, con un posicionamiento matizado y realmente convincente, defendiendo una teoría mixta, considerando que las normas penales, junto a la prevención cumplen una función de realización restablecimiento de la justicia.

⁷ WELZEL, Das deutsche Strafrecht, De Gruyter Lehrbuch, 11ª ed., 1969, p. 240, relaciona la teoría retributiva con la vigencia de la norma, llegando a lo que sería una forma de retribución que también se advierte en los neo-retribucionistas.

⁸ FRISCH, Pena, delito y sistema del delito en transformación, InDret 3/2014, pp. 11-12, se muestra muy crítico con las tradicionales teorías de la pena y entiende que la única finalidad legítima de la pena es garantizar un determinado estado del derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable.

⁹ ROBINSON, The Proper Role of the Community..., 2014, pp. 32-46.

¹⁰ FRISCH, InDret 3/2014, p. 12, defiende la teoría de la vigencia de la norma como única válida, pero, como veremos, lo complementa introduciendo requisitos cercanos al merecimiento y necesidad de pena.

se llegaría defendiendo una teoría retribucionista¹¹. En la teoría de la vigencia de la norma, aun cuando se elimina la referencia expresa a “infligir un mal”, ello se sustituye por la idea de que respecto de cualquier norma que se infrinja hay que responder con una pena, lo que implica un “mal”. Materialmente es otra forma de la realización o la exigencia de justicia. Al contrario que las teorías retribucionistas, las preventivas son utilitaristas, al igual que el principio de *ultima ratio*, en el sentido de que debe buscarse el mayor bienestar con el menor coste individual y social.

3. Los principios limitadores, partiendo del concepto de pena como castigo¹², deberían de respetarse no sólo en la creación de los tipos, sino también en la cantidad de pena y en la clase de pena que se prevé para los diferentes delitos y, especialmente, en su determinación. Es decir, la pena debe determinarse en atención a sus finalidades preventivas pero sin olvidar que, precisamente para cumplir esas finalidades debe de suponer efectivamente un castigo, atendiendo al tipo de delito y el perfil criminológico de sus autores, respetando siempre el principio de proporcionalidad, en sentido amplio –necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto-. Así, por ejemplo, en los delitos socioeconómicos la pena de multa, en muchos casos, puede no ser idónea al no significar un castigo, máxime cuando respecto de la ejecución de la pena de multa, al menos en España, se olvida el principio de responsabilidad personal y es habitual que el pago de la multa sea asumido por terceros o por la empresa. Ello implica que los presuntos autores pueden realizar un análisis coste-beneficio para concluir si les “compensa” correr el riesgo de ser castigados. Por consiguiente, no puede ser una solución para limitar la expansión del Derecho penal y respetar, aparentemente, los principios, en particular el de *ultima ratio*, prever la pena privativa de libertad únicamente respecto del llamado Derecho penal nuclear¹³.

4. Precisamente, en base al fundamento utilitarista del principio de *ultima ratio*, el Derecho penal debe de intervenir cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general y ello no puede alcanzarse, al menos en la actual sociedad compleja, limitando

¹¹ HÖRNLE/VON HIRSCH, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, pp. 261 ss., discuten que el sentimiento de justicia de la sociedad pueda ser influenciado por el derecho penal, y ponen de relieve que esa teoría se basa en premisas de la teoría de la retribución.

¹² MIR PUIG, Derecho penal..., 11.ª, 2017, p 43.

¹³ En otro sentido, SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho Penal, 3ª ed., Ed. B de F, 2011, pp. 50 ss., en aras a limitar la expansión del Derecho penal, propone que en los delitos socioeconómicos no se impongan penas privativas de libertad.

el Derecho penal a la protección de derechos subjetivos. Para concretar cuándo es estrictamente necesaria la intervención habrá que partir, por consiguiente, de que nos encontramos en un Estado social y democrático de Derecho y, en ese sentido, la Constitución será el marco máximo para determinar qué se debe de proteger. Ello no supone sustituir el bien jurídico por la Constitución, ya que ésta es únicamente programática y, por ello, no ofrece criterios concretos sobre qué y, especialmente, cómo deben protegerse los derechos y principios en ella establecidos. Así, por ejemplo, cuando, en el art. 15, se afirma que “Todos tienen derecho a la vida” no se determina si se protege sólo la vida humana independiente (problemática del aborto) o si ese derecho excluye la posibilidad de regular la eutanasia y cuando, en el art. 45, se señala que “Todos tienen derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como el deber de conservarlo”, muy poco aporta respecto de cómo debe de protegerse el medio ambiente.

III. PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICO-PENALES

1. Las teorías preventivas siguen siendo válidas siempre que se respeten los principios limitadores del derecho penal y no se utilicen para legitimar su intervención. Ninguna de las teorías de la pena ofrece una respuesta completa sino que son complementarias y es necesario ponerlas en relación con el núcleo de la cuestión la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales, como finalidad última de la pena¹⁴, y la necesaria legitimación para su imposición, en el caso concreto, a partir del injusto como fundamento y de la responsabilidad personal como límite. La idea del bien jurídico, con la terminología que se quiera utilizar, pese a las críticas que se han vertido en su contra¹⁵, es indispensable para un Derecho penal no autoritario, para un Derecho penal propio de una sociedad democrática y respetuoso con el principio de *ultima ratio*. Las referidas críticas se centran en que el bien jurídico no tiene capacidad de limitar la intervención del Derecho penal, fundamentando dicha crítica a partir de la actual expansión del Derecho penal. No obstante, esos mismos autores critican determinados delitos en base a que en ellos no se protege ningún bien jurídico, con lo que, implícitamente,

¹⁴ PÉREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Ed. UAM, 1990, pp. 221 ss., distingue correctamente entre la protección de bienes jurídicos como finalidad última de la pena y las finalidades mediatas o intermedias que se corresponden con los fines de la pena.

¹⁵ Entre otros, APPEL, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht, KritV 99, pp. 297 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Funcionalismo y teoría del delito, en: Mir Puig/Queralt Jiménez (dirs.), Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales, Ed. Tirant lo Blanch 2010, 161 ss.

están aceptando su utilidad. Siendo la expansión innegable y criticable, no puede atribuirse sólo al bien jurídico, sino a que éste no es tomado en consideración, ni en la creación de nuevos tipos ni en la aplicación de los tipos a través de una interpretación teleológica, a que se infringen los principios limitadores y a una técnica legislativa que desconoce la existencia de la Parte general del Derecho penal, se sirve del casuismo y administrativiza el Derecho penal. La llamada administrativización del Derecho penal no se produce por la intervención en nuevos ámbitos sino por no saber introducir criterios que delimiten cualitativa y cuantitativamente la infracción administrativa, mercantil, tributaria, laboral... de la penal. Cuando existe una duplicidad sancionatoria es indispensable que el Derecho penal se limite a intervenir respecto de aquéllas modalidades de conducta especialmente lesivas, respetando el principio de proporcionalidad, *ad extram* y *ad intra*.

2. Por ello son especialmente relevantes los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad en los nuevos ámbitos en los que interviene el Derecho penal. Sin necesidad de defender un Derecho penal mínimo es posible un Derecho penal que castigue conductas especialmente graves en ámbitos en los que ya existe una regulación administrativa, civil, mercantil, laboral.... Y esto no es algo tan nuevo como se pretende puesto que esta duplicidad sancionatoria ya existía en los delitos contra la Administración Pública o de Justicia y, especialmente, en materia de Orden Público. Por consiguiente, tanto en los nuevos tipos delictivos como en los tradicionales la solución no pasa porque no intervenga el Derecho penal sino porque se limite en mayor medida en estos casos, respetando el principio de subsidiariedad y teniendo también en consideración que, en principio, no se producirán lagunas de punibilidad.

3. El olvido del principio de lesividad implica que se estén creando delitos respecto de los que es difícil saber en qué consisten, no sólo por la ausencia, en algunos casos, de un presunto bien jurídico-penal (delito de fuga), sino porque también infringen el Derecho penal del hecho, como requisito del principio de culpabilidad, castigando ideas (delitos de odio), así mismo tipificando conductas inidóneas para lesionar el bien jurídico que se pretende proteger (tenencia de pornografía virtual de menores) o se castigan conductas a partir del peligro estadístico –presunto- (seguridad vial) o infracciones meramente formales como la conducción sin carnet, sin necesidad de probar la afectación del bien jurídico-penal protegido en el caso concreto. Esta inaceptable situación no sólo no demuestra la ineficacia del bien jurídico para limitar la intervención penal, tanto en el momento legislativo como en el judicial, sino por el

contrario su importancia y pone de manifiesto la relevancia de respetar el principio de lesividad a la hora de introducir nuevos tipos penales o de agravar los existentes.

IV. TEORÍA DEL DELITO Y PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

1. El abandono de las teorías de la retribución y la adopción de teorías preventivas, conllevó el abandono del concepto fáctico-objetivo del delito por lo que, independientemente de la teoría de la pena que se adopte, la conminación penal sólo será legítima cuando se cumplan dos condiciones. La primera que el hecho, en cuanto injusto típico, suponga una injerencia relevante por afectar a bienes jurídico-penales, es decir, especialmente relevantes –tipo objetivo- siempre que el sujeto haya debido ser motivado por la norma –tipo subjetivo-. La segunda condición es que se determine la pena en el caso concreto atendiendo a las circunstancias personales del sujeto. La pena no se legitima por la confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho sino por la posibilidad de motivar a los ciudadanos para no lesionar bienes jurídico-penales. Las diferencias esenciales, entre la confirmación de la vigencia de la norma y la función de protección de bienes jurídico-penales, estriban en que la norma debe de responder a la necesidad e idoneidad de su creación para proteger un determinado bien jurídico-penal y, además, esa norma debe de ser interpretada teleológicamente de forma que se compruebe, en el caso concreto, que los hechos, desde una perspectiva *ex ante*, son idóneos *ex post* para lesionar/afectar los bienes jurídico-penales que esa norma pretende proteger, incluso en los denominados delitos de peligro o en los de mera actividad. En definitiva la vigencia de la norma propicia una concepción formal de la antijuridicidad mientras que la referencia expresa al bien jurídico-penal respeta la antijuridicidad material –principio de lesividad-.

2. Consecuencia lógica de lo anterior es que el castigo se deba fundamentar en la conducta no en el resultado. No se trata de castigar para restablecer la situación previa a la lesión del derecho subjetivo de una persona, o para reparar el “daño”, sino de castigar conductas que sean idóneas, *ex ante-post facto*, para afectar bienes jurídico-penales, sean individuales o supraindividuales. La reparación del derecho subjetivo o del “daño” es propia del Derecho civil y, en esa dirección, está prevista la responsabilidad civil derivada de delito. La finalidad de la norma es motivar al ciudadano a no realizar esas conductas lesivas, ello con independencia de que se haya producido o no un resultado lesivo. El injusto típico se consume cuando *ex post*,

atendiendo a todas las circunstancias concurrentes *ex ante*, se prueba que la conducta era idónea para lesionar/afectar el bien jurídico-penal protegido en ese caso concreto. Este planteamiento no obsta a que, por razones político-criminales y de necesidad de pena¹⁶, se castigue menos cuando no se ha producido un resultado imputable objetivamente a esa conducta o que en esos casos no se castigue, en atención a la menor capacidad de motivación de la norma, como sucede en los delitos imprudentes. Lo que es inadmisibles es que se aumente o se fundamente la pena exclusivamente en razón de la gravedad del resultado, algo que desde la retribución o desde el “daño”, podría justificarse y que, en definitiva, se trata de cualificación por el resultado como forma de responsabilidad objetiva.

3. El planteamiento anterior refuerza la importancia de seguir defendiendo teorías preventivas y no retributivas. El arraigo social de la visión retributiva, a lo que actualmente se suma el auge de la Victimología, no sólo conlleva que los ciudadanos comprendan el castigo como respuesta justa a un resultado lesivo, sino que lleva al legislador a castigar atendiendo a la magnitud del resultado material. Tras décadas de auge de teorías preventivas siguen existiendo delitos cualificados por el resultado y se discute si el castigo de la tentativa y de los llamados delitos de peligro está justificado. En definitiva si no hay una víctima directa parece que ya no sea necesaria la intervención del Derecho penal, cuando la conducta puede ser especialmente grave por ser lesiva para toda la sociedad (corrupción, delito fiscal, delito medioambiental...). Análoga problemática se suscita en relación con la responsabilidad subjetiva, ya que se tiende a una objetivización del delito que, en la práctica, supone una presunción de la concurrencia de dolo o imprudencia. En este sentido no puede confundirse la objetivización del dolo, concibiéndolo como un hecho, que debe probarse a partir de indicios objetivos, con la presunción de dolo. No es lo mismo una concepción normativa del dolo, que excluya valoraciones psicologicistas -estados mentales- en la prueba del conocimiento, que obviar la existencia de dolo, considerando suficiente, al menos para la apertura del proceso penal, la causación de un resultado.

4. Aun cuando el principio de *ultima ratio* está estrechamente ligado al principio de intervención mínima no puede confundirse con éste, especialmente si se concibe la intervención mínima conforme a los parámetros del llamado Derecho penal mínimo. El respeto al principio

¹⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, ADPCP, T. 46, 1993, pp. 21- 33, ampliamente sobre el origen y desarrollo en la doctrina de los principios de merecimiento y necesidad de pena y de su relación con la teoría del delito.

de *ultima ratio* no supone afirmar que el Derecho penal sólo debe proteger derechos subjetivos (vida, salud, libertad y propiedad privada) sino que implica una ponderación acerca de la lesividad de la conducta que se pretende tipificar. Afirmer que no debe formar parte del Derecho penal la delincuencia socioeconómica, en sentido amplio, no está justificado ya que se está olvidando que su lesividad es mayor que una gran parte de la clásica delincuencia patrimonial. En la misma línea, su crítica a partir de que son delitos de acumulación, porque con una única conducta no se lesiona el bien jurídico protegido, supone un entendimiento discutible de lo que es la lesión del bien jurídico ya que, al igual que con un delito fiscal no se “destruye” la Hacienda Pública, con un hurto tampoco se “destruye” el patrimonio de una persona. Ello no excluye que en el Código penal encontramos muchos tipos superfluos y contrarios al principio de *ultima ratio*. Así por ejemplo, en el ámbito de la seguridad vial, hay una inflación de tipos innecesarios y contrarios al principio de lesividad –como la presunción *iuris et de iure* de la relevancia penal de la conducción a determinada velocidad o con determinado grado de impregnación alcohólica (art. 379)- o al principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales como la conducción sin carnet (art. 384) o el llamado “delito de fuga” (art. 382 bis), introducido en la penúltima reforma. En definitiva, no se trata de excluir del Derecho penal los llamados delitos de riesgo o de “acumulación” sino de tipificar únicamente aquellas conductas especialmente lesivas. Así mismo, la crítica acerca del carácter simbólico de estos delitos sólo es asumible cuando tienen exclusivamente esa función simbólica, por el contrario, cuando ésta concurre con la protección de bienes jurídico-penales no sólo no es rechazable sino que es adecuada –prevención general positiva-. Esa función simbólica es especialmente relevante en los supuestos en que una parte de la sociedad no es totalmente consciente de su importancia, como sucede (o sucedía), por ejemplo, en el delito fiscal (art. 305) o en el delito medioambiental (art. 325). Adecuada siempre que se castiguen únicamente los hechos más graves y que no estén suficientemente sancionados en la vía extrapenal, lo que sí sucede, por ejemplo, en el ámbito fiscal con el delito contable (art. 310) o en el medioambiental con el de depósitos y residuos (art. 326).

5. Por consiguiente, al tipificar una determinada conducta es imprescindible tomar en consideración su lesividad, así como también la regulación que pueda existir en otras áreas del ordenamiento jurídico y la eficacia que puede poseer ese nuevo delito, en contraposición con la que tienen las normas extra-penales. No obstante, la valoración acerca de la eficacia no puede hacerse en términos exclusivamente economicistas, sino que deben tomarse en consideración

también otros parámetros relacionados con la lesividad. Así mismo, la eficacia no puede analizarse únicamente a partir, por ejemplo, de que la jurisprudencia en ese ámbito sólo castiga delitos bagatela, como se ha afirmado respecto de los delitos contra el medio ambiente, o de que no se aplican, como sucedía hace años con el delito fiscal. La correcta aplicación de determinados tipos o su no aplicación no es una explicación válida, por si misma, de la ineficacia de ese delito ya que depende en gran medida de la voluntad política de poner los medios para perseguir esas modalidades delictiva de forma idónea. Así, por ejemplo, la creación de fiscalías especializadas, que cuenten con medios para investigar, puede ser un paso en la buena dirección, como también lo sería la existencia de juzgados especializados en delitos socioeconómicos.

5. El principio de subsidiariedad, estrechamente ligado al de *ultima ratio*, debe interpretarse en el sentido de que la conducta con relevancia penal debe de ser más grave que la prevista en el ámbito extra-penal. Del mismo modo, la sanción penal debería de ser más gravosa que la extra-penal, lo que no siempre sucede. Por su parte, el principio de fragmentariedad, como sub-principio del de *ultima ratio*, tiene su ámbito de aplicación cuando se valora qué conductas, de entre las que son idóneas para afectar un determinado bien jurídico-penal, es necesario castigar. Así, por ejemplo, analizar si, respecto de un determinado delito, atendiendo a la relevancia del bien jurídico y/o a la existencia de sanciones extrapenales, es idóneo sancionar también la tentativa, la imprudencia o la complicidad. Estos principios también deben de ser tomados en consideración por el juez en el momento de la aplicación, en particular, respetando el principio *non bis in ídem*, ya que el legislador en su afán punitivista duplica, triplica... las agravantes. Agravantes que tienen un mismo fundamento o, incluso, que tienen el mismo fundamento que el tipo básico. En este contexto, desde una perspectiva procesal, es necesario que se regulara en la LECrim. el principio de oportunidad y se mejorara la regulación de la conformidad.

6. En este punto, hay que poner de manifiesto que, aun cuando no siempre, la jurisprudencia es en ocasiones más respetuosa que el legislador con los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad. Esta afirmación se refleja claramente en la STS 434/2014, de 3 de junio¹⁷, en relación con un delito de apropiación indebida, delimitando la

¹⁷ “Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de

que sería una conducta con relevancia penal y una mercantil. En esa misma dirección, hay dos ejemplos muy relevantes en los que la jurisprudencia ha restringido de forma relevante el ámbito de aplicación de los tipos: el tráfico de drogas, al entender que la cantidad debe de valorarse respecto del principio activo o que no se castiga el consumo compartido, y la tenencia ilícita de armas, en el sentido de que no debe castigarse por ese delito cuando, atendiendo a las circunstancias, no concurre peligro para el orden público¹⁸. En los delitos de pornografía infantil virtual, incluso la Circular de la FGE 2/2015, trata de limitar el alcance del tipo¹⁹.

V. CONCLUSIONES

1. Las finalidades preventivas de la pena deben de ser puestas en relación con los diversos principios limitadores del Derecho penal, esenciales en un Estado democrático de Derecho, e indispensables para respetar los derechos fundamentales de las personas. No obstante, estos principios, y especialmente los de lesividad y de *ultima ratio*, son habitualmente infringidos, tanto en el momento legislativo como en el judicial y, en algunos casos, incluso por la doctrina que desarrolla teorías que, siendo coherentes e incluso brillantes, las consecuencias de su aplicación son contrarias a un Derecho penal respetuoso con el principio de intervención mínima. Previo, y junto a los límites que establecen los principios, es indispensable que la política criminal se fundamente en estudios criminológicos y en un análisis coste-beneficio, que no debe interpretarse en términos puramente economicistas. Ello implica que no debe

los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como última ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos."

¹⁸ Cfr. CORCOY BIDASOLO, Repercusiones de la doctrina del Tribunal Supremo en la doctrina penal, en Jurisprudencia penal (2005-2007), Análisis crítico (Saavedra Ruiz, Dir.), Estudios de Derecho Judicial nº 120, 2007, pp. 155-197.

¹⁹ En la misma línea, el Acuerdo del TS de 27 de octubre de 2009, requiere que no se aplique automáticamente el acceso a programas informáticos de intercambio de archivos P2P, exigiendo siempre la concurrencia de dolo.

legislarse irracionalmente cada vez que surge un caso que llama la atención de la opinión pública. En el Código penal tenemos demasiados delitos y agravantes con “nombre y apellido”, algunos de los cuales ni tan siquiera se han aplicado nunca, así, por ejemplo, entre otros muchos, el art. 350 que se introdujo con motivo de la rotura de la presa de Tous, hace ya 40 años, y que nunca se ha aplicado.

2. Siendo innegable la expansión del Derecho penal y difícilmente reconducible, junto a proponer reformas legislativas que reduzcan el ámbito de conductas penalmente relevantes, deben de adoptarse otros medios que posibiliten una menor intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos. En esa dirección, en el momento de la aplicación –ámbito judicial- es relevante tomar en consideración la función de protección de bienes jurídico-penales en orden a llevar a efecto una interpretación teleológica de los tipos. Con ello se pretende negar la relevancia penal de una conducta cuando ésta, aunque formalmente realice la literalidad del tipo, no es idónea *ex post* para afectar/lesionar el bien jurídico-penal protegido. De esa forma, la exigencia de antijuridicidad material –principio de lesividad-, posibilita reducir la intervención penal.

3. Tanto en el momento legislativo como en el judicial la teoría del delito cumple una función relevante aportando seguridad jurídica y, especialmente, asegurando el respeto del principio de culpabilidad, en sus tres aspectos de responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y culpabilidad en sentido estricto. La teoría del delito es útil igualmente para facilitar el respeto a los principios de proporcionalidad y los sub-principios del principio de *ultima ratio*: subsidiariedad y fragmentariedad, en cuanto establece categorías que permiten distinguir entre conductas de autoría y participación, entre actos preparatorios, tentativa y consumación, entre dolo e imprudencia.... Así mismo, la perspectiva *ex ante* en el análisis de los hechos, que responde a la función preventiva del Derecho penal, posibilita que el operador jurídico no esté condicionado por el resultado y atienda a la gravedad de la conducta. Es cierto que la teoría del delito no aporta soluciones acerca de qué conductas deben de castigarse y con qué pena pero no es menos cierto que sin la teoría del delito la técnica legislativa que se sigue en la Parte especial es desproporcionada e irracional y las soluciones en el caso concreto tienden a ser arbitrarias.

4. No cabe olvidar, por último, dos aspectos esenciales para el buen funcionamiento del Derecho penal y para evitar que el legislador no se vea tan presionado por la opinión pública

para aumentar penas y/o introducir nuevos tipos penales. Se trata de que la justicia sea eficaz y para ello, en primer lugar, se requiere de un proceso penal en el que se conjuguen rapidez – eficiencia- con garantías y de unos operadores jurídicos, jueces y fiscales, que sean buenos juristas, estén dotados de medios y no estén mediatizados por la política. En segundo lugar, es necesario asegurar la ejecución efectiva de las penas y que su cumplimiento esté orientado a la reinserción. Si, como se ha señalado, la eficacia preventiva de la pena no depende tanto de la dureza de las penas como de la seguridad en que van a ser aplicadas, el proceso y la ejecución cumplen una función esencial en la legitimación del Derecho penal.