

• **TEMA 1**

♦ **CONCEPTO MATERIAL DEL DERECHO PENAL**

Desde un punto de vista material se puede definir como un subsistema dentro de los sistemas de control social.

La convivencia dentro de una sociedad se rigen por unas normas establecidas y todos tienen que atenerse a ellas. Las hay de muchos tipos, como por ejemplo:

- Por acudir a clase, se pagan unos honorarios.
- Al cruzarnos con una persona, debemos saludar.
- Llegar puntuales a clase.

Las normas sirven para ordenar la convivencia; la sociedad necesita para poder regirse, para poder funcionar, que todos nos atengamos a las normas y las cumplamos.

Estas expectativas cuando se formalizan pasan a ser Derecho.

Cuando se infringen las normas se imponen castigos o sanciones; pero entre la norma y la sanción, media un proceso.

Todo sistema de control social consta de :

NORMAS A través del cual se constata que se ha

PROCESO infringido una norma y que se va a

SANCION responder con una sanción.

El Derecho Penal se caracteriza por alto grado de formalización en cuanto a la norma, la sanción y el proceso, siendo un rasgo claro de ello, el hecho de que las normas están predeterminadas, el boato con el que se celebran los juicios, etc.

Cada vez que se constata la infracción de la norma se sabe que se va a imponer una sanción.

Por normas cabe entender prohibiciones o mandatos:

Prohibiciones: Un comportamiento que está vedado a una persona (no matar, no robar ...). La infracción se produce cuando se realiza el acto prohibido.

Mandato: Al destinatario le exige la realización de un comportamiento luego la infracción se produce cuando no realiza aquella acción que estaba obligado a realizar.

Cuando la conexión entre la conducta desviada, la infracción de la norma y la sanción es una relación comprensible para todos los ciudadanos, podemos decir que la infracción de la norma lo que hace es reafirmar la norma en vez de debilitar su vigencia, es decir la propia norma tiene un CARACTER CONTRAFACITICO.

Las normas tratan de estabilizar unas expectativas de conductas a través de la sanción.

Las sanciones penales son:

- Las penas.
- Las medidas de seguridad
- Las consecuencias accesorias

A) y B), han existido siempre en el ordenamiento jurídico español, en cambio las consecuencias accesorias han sido introducidas en el Código penal de 1.995, siendo medidas como el comiso y también sanciones que se imponen a las personas jurídicas.

El tipo C), las consecuencias accesorias, se discute si son medidas penales o no y la mayoría de la doctrina mantiene que no son sanciones penales.

• LAS PENAS

Son las consecuencias con las que el Derecho Penal responde a una persona normal que ha cometido una infracción, cuando habla de persona normal se refiere a persona imputable, es decir que no tiene alteradas sus facultades mentales (persona inimputable, para las que el Derecho Penal responde con unas medidas de seguridad).

Las penas como las medidas de seguridad se caracterizan por su extrema gravedad, es decir, son las consecuencias jurídicas más graves con las que responde un ordenamiento, por lo que la infracción también debe ser muy grave.

Las consecuencias penales son las más graves que puede poner un ordenamiento jurídico, ya que recae sobre bienes jurídicos protegidos especialmente, como por ejemplo la pena de cárcel, que supone la privación de libertad, que coarta un derecho fundamental.

El resto del ordenamiento jurídico no puede imponer penas tan graves como por ejemplo que puedan coartar la libertad del individuo.

Debido a la gravedad de las penas que puede imponer el Derecho Penal, queda sujeto al principio de “Prohibición de Exceso”. En el Principio de Prohibición de Exceso, se integran dos principios como son el proporcionalidad en sentido estricto (que es el más importante de los dos) y el principio de subsidiariedad.

El principio de prohibición de exceso se conoce también con la denominación de Principio de Proporcionalidad en sentido amplio.

El Principio de Proporcionalidad en sentido estricto tiene a su vez un contenido en el que se integra el principio de fragmentariedad, que se anuncia de la siguiente manera “El Derecho Penal solamente puede proteger los bienes jurídicos más importantes y éstos solo los puede proteger frente a los ataques más intolerables.

Principio de Fragmentariedad

- Bienes jurídicos más importantes.
- Hace frente a los ataques más importantes.

El principio de fragmentariedad atiende a la idea de justicia, es decir el Derecho tiene que sopesar aquello frente a lo que reacciona.

* Principio de Proporcionalidad

- Principio de fragmentación.
- Ataques mas importantes .
- Bienes jurídicos protegidos.

* Principio de Subsidiariedad: Responde exclusivamente a la idea de utilidad, de economía, en definitiva, de aquello que sirve o no sirve.

* Principio de Prohibición de Excesos: Como las penas son las mas graves, hay que tener cuidado a que infracciones a la norma se aplican esas penas, por lo que el Derecho Penal tiene que contenerse para que no valla demasiado lejos.

Dentro de este principio, nos encontramos el principio de proporcionalidad en sentido estricto y dentro de él está el Principio de Fragmentariedad.

El Derecho Penal no puede proteger de todo y a todos, y mas aún teniendo en cuenta que las penas que se imponen son las más graves, solo puede proteger aquellos bienes jurídicos más importantes, pero además no puede proteger los pilares de la sociedad, frente a cualquier ataque.

Este principio de fragmentariedad responde a la idea de justicia, por lo que tiene que proteger o castigar los bienes jurídicos más importantes.

* El Principio de Subsidiariedad: Mantiene que el Derecho Penal solo debe intervenir cuando sea necesario, es decir, cuando sea útil, lo cual quiere decir que no debe intervenir cuando haga de su intervención un mal mayor del que trata de evitar.

La intervención del Derecho Penal solamente está justificada cuando fracasan en la resolución de la cuestión, todos los demás sistemas de control social, jurídicos o extrajurídicos, es por ello que tienen un carácter subsidiario al resto de las normas, es la última ratio del ordenamiento.

Estos dos Principios (Subsidiariedad y proporcionalidad), son denominados también por la doctrina como los principios de intervención mínima.

Para que intervenga el Derecho Penal tiene que ocurrir:

- Que ataque a los presupuestos fundamentales de la convivencia.
- Que ataque a estos bienes jurídicos de forma grave.

Siendo estos dos características las que recoge el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.

Una vez que el Derecho Penal ha pasado estos dos filtros, hay que ver si la pena sirve o no sirve para el fin que se imponen.

· DEFINICIÓN DE “BIEN JURIDICO”

Es un objeto, situación o un estado de cosa valorado positivamente por la sociedad y que por lo tanto se considera SE CONSIDERA MERECEADOR DE UNA PROTECCIÓN JURÍDICA.

Todos los sectores del Ordenamiento Jurídico protegen bienes jurídicos, pero es solo en el Derecho Penal donde se habla de Bienes jurídicos.

Para el Derecho Penal, el Bien jurídico constituye la base de una intervención, en el caso que no existiese bien jurídico a proteger, no tendría sentido la intervención penal, luego ilegítima.

Los Bienes jurídicos solo pueden ser protegidos por el Derecho Penal, la misión del Derecho Penal no es promocionar bienes jurídicos ni crear un estado de cosas, siendo su misión única proteger los Bienes Jurídicos. Luego el Derecho Penal es protector pero nunca promotor.

Si no hay un Bien Jurídico, no se puede intervenir, por lo que el Bien Jurídico protegido es un Dogma, en su caso es ilegítima la actuación del Derecho Penal.

La Base sobre la que se asienta la definición “frente a los ataques mas graves” es la del Principio de Lesividad que establece que solamente se puede reaccionar penalmente frente a una lesión o ante la puesta en peligro de un Bien Jurídico, en su caso, no será legítima la intervención del Derecho Penal.

Los Bienes Jurídicos pueden ser en atención a su titularidad de dos tipos:

Individuales.

Colectivos.

En los individuales su titular es cada persona, como por ejemplo la vida de cada persona, la integridad física, el honor, etc.

En los Colectivos a veces la titularidad de los mismos recae en el Estado y otras veces recae directamente en la comunidad social. Por ejemplo el titular del patrimonio público es el Estado y el del Medio Ambiente, somos todos los ciudadanos.

Respecto al Bien Jurídico colectivo se discute en el Derecho Penal, por parte de un sector de la doctrina, la legitimidad de la tutela de la Gran cantidad de Bienes Jurídicos Colectivos que se han creado en las dos últimas décadas.

¿Cómo se deciden cuales son los Bienes jurídicos más importantes?

Para seleccionar los Bienes Jurídicos, más importantes existen distintos criterios o formas de selección:

El **criterio de los valores objetivos** éticos es un criterio que parte de la base que toda sociedad para lograr una convivencia necesita de un máximo ético, necesita tener una serie de valores éticos máximos, que se consideran como valores objetivos, que son permanentes y que no tienen nada que ver con el estado concreto que se encuentre la sociedad en ese momento y estos valores se consideran que vienen establecidos por la ética natural o sobrenatural, por ejemplo la protección de la vida humana no nacida.

Todo comportamiento que sea claramente inmoral debe ser considerado como un delito con independencia, si eso lesiona o no a la sociedad, como por ejemplo la homosexualidad entre adultos debería ser castigada penalmente (idem adulterio)



Las **críticas** a este modelo son las siguientes:

- - Este criterio es contrario a un Principio básico de toda sociedad democrática de Derecho, como es el de Pluralismo ideológico y ético.
- - Quien determina lo que es moralmente correcto o no y en el supuesto caso que se pudiese determinar, si esto se castiga penalmente, estaríamos hablando de una dictadura.
- - No todo comportamiento inmoral, es socialmente dañoso y lo que debe prohibir la sociedad es aquello que la daña.

El **criterio de las convicciones generales** es el extremo opuesto al anterior y parte de que hay que atender a las valoraciones que imperan en cada sociedad, es decir hay que analizar en cada momento histórico y cuales son los valores que sustentan a cada sociedad concreta, de manera que los valores, objetos,..., en definitiva bienes jurídicos que la sociedad considera fundamentales o esenciales, son los que debe proteger el Derecho Penal.

Entre los autores que proponen este criterio hay diferentes opiniones en cuanto a como han de averiguarse estos valores esenciales, apuntándose a métodos democráticos (encuestas, sondeos de opinión, etc) ya que se supone un dato empírico que se puede constatar sobre el terreno y en cada momento.

Este criterio es defendido fundamentalmente en España por Dámaso Ripolles (Catedrático de la Universidad de Málaga), que en su opinión propone que esa convicción general, se efectúe a través de un sistema de métodos, es decir, para que se pudiera castigar una conducta, tendrá que estar de acuerdo una amplia parte de la población.

Este método lleva a veces a proponer que en el supuesto caso de divergencia entre lo que opinen los expertos y lo que opine la ciudadanía respecto del castigo de la conducta, debe prevalecer lo que opine la sociedad.



Críticas a este sistemas son:

- El riesgo de manipulación de la opinión pública (es la mas extendida)
- Hay determinadas materias que no son del interés de la sociedad (castigar delitos del mercado de valores).
- La integración de España en la U.E., de alguna manera dificulta la aplicación de este criterio ya que la U.E. tiene potestad actualmente para prohibir que los estados miembros protejan determinados bienes jurídicos, como por ejemplo no pueden cerrar las fronteras a la libre circulación de mercancías...
- La U.E. puede obligar a los estados miembros a que protejan con medidas disuasorias puede obligar a que se protejan determinados bienes jurídicos. (Problemas fronterizos con fresas y Francia).
- La U.E. puede obligar a los estados miembros a que protejan determinados bienes jurídicos de la U.E., para que tengan un correlato en un Bien jurídico interno del Estado miembro, que lo protejan con la misma intensidad, como por ejemplo los delitos contra la Hacienda Pública nacional y europea, es decir, si defiendes penalmente la hacienda pública nacional, debes proteger con igual intensidad e idénticas sanciones, la hacienda pública europea.

El **criterio científico funcionalista o funcionalista** podríamos denominarlo como criterio del daño social.

- ◆ Este criterio se basa en la tesis sociológicas funcionalistas. El funcionalismo es una tesis que analiza el funcionamiento de un sistema social de manera que nos pone de relevancia las bases de un sistema social, como se desenvuelve,..., en definitiva como está organizado. Este criterio trasladado al ámbito penal lo que nos permite es identificar cuales son los bienes jurídicos más importantes, de manera que para el Derecho Penal la protección debe centrarse en aquellos comportamientos que generen un mayor daño social. Teniendo en cuenta que el daño social es sinónimo de conflicto social, un comportamiento lesivo es un comportamiento que genera un conflicto social.

Este criterio permite que se identifiquen como bienes jurídicos penales determinados bienes, con independencia de si la sociedad está totalmente de acuerdo o no en su protección penal. Este criterio no tiene que coincidir con la voluntad social. Ejemplo: tráfico penal.

Críticas a este criterio es que el funcionamiento sirve para perpetuar un determinado sistema, es decir, para mantener el *Status Quo*. Desde el punto de vista sociológico se puede corregir a los efectos que aquí nos interesan (para seleccionar bienes jurídicos). Este criterio en base a la selección de bienes jurídicos se puede salvar porque no impide que haya valoraciones respecto a ese sistema social, de manera que el funcionalismo que es puramente descriptivo lo que hace es proporcionarnos una base, pero no impide que se puedan introducir criterios valorativos de manera que se pueda combinar con lo que la sociedad opine en un momento determinado. (Base científica puramente valorativa, es decir, neutra, y sobre esa base lo combinamos con otros criterios).

El **criterio constitucionalista** tiene muchos representantes sobre todo en Italia, como ANGIONI o BRICOLA, también en Alemania con Sax, del que parte el constitucionalismo como criterio. En España también se ha difundido, pero combinado con otros criterios.

El criterio constitucionalista dice que el criterio esencial es la Constitución, es decir, que la mención de ese bien jurídico está en la Constitución y sea implícita o explícitamente. Así, la Constitución se concibe como un catálogo de bienes jurídicos. Solo se puede proteger lo que se encuentre en la Constitución.

Posteriormente se dan cuenta de que expresamente en la constitución hay "pocos" bienes jurídicos, así que también aceptan que están explícitamente, lo que conlleva a que lo que en principio se concibe como un criterio de selección acaba siendo un criterio de ampliación.

Críticas a este sistema:

- El carácter restrictivo es nulo, puesto que es más ampliativo que restrictivo.
- Ni están todos los que son, ni son todos los que están. Ejemplo: la vida del feto no está recogida en la Constitución, sin embargo es claramente un bien jurídico que se debe proteger.

Conclusión a los cuatro criterios de selección de bienes jurídicos:

- Está claro que hay que alcanzar un alto grado de consenso social, puesto que sin respaldo social la protección penal no es efectiva.
- Podemos decir que el criterio constitucional es un magnífico punto de partida, pues nos sirve para tener una idea de cuáles son los preceptos esenciales de la sociedad.
- El criterio funcionalista es básico, porque, nos ofrece una base racional para la selección de bienes jurídicos protegidos. Nos ofrece la idea del daño social. Y esto es importante, puesto que no podemos prohibir penalmente algo que no constituye un daño social. -> Diferencia entre comportamiento inmoral e ilegal.
- El criterio de las convicciones generales se puede aceptar siempre y cuando se tenga en cuenta el hecho de que no porque la sociedad admita algo, basta para sancionarlo penalmente. Se puede tener en cuenta, pero no basarse en ello.

Distinción entre bien jurídico y objeto material.

Pueden parecer lo mismo. El objeto material u objeto de la acción es aquel elemento físico sobre el que recae la acción, mientras que el bien jurídico es una realidad valorada positivamente. El bien jurídico (patrimonio) debe ser distinguido del objeto material (cosas que integran un patrimonio).

Concepto formal de derecho penal.

El Derecho Penal es un conjunto de normas que protegen bienes jurídicos a cuyo cumplimiento se vinculan unas determinadas consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad).

Hay que tener presente otra distinción entre Ley Penal y Norma Penal. La Ley Penal se integra por dos elementos: la norma y la sanción, nos referimos a un precepto completo. Si nos referimos a Normas Penales, nos referimos al primer elemento que es un mandato imperativo, una orden que se le da a los súbditos del Derecho. Este orden supone que sobre los súbditos pesa un deber a cumplir. Actualmente se conciben las normas como imperativos.

El que una norma se considere infringida, depende del concepto de norma del que se parta. Si partimos del artículo 138 del Código Penal (el homicidio), contiene una prohibición, hay que abstenerse de matar. Esta prohibición se infringe dependiendo del concepto de norma.

Cuando se produce una acción o tiene lugar un resultado, si la norma es un imperativo, es una orden que nos dice no matar, lo esencial, es la acción. Pero podemos atenarnos al resultado y tenemos otro concepto de norma.

ACCIÓN DE MATAR NORMA DE DETERMINACIÓN

(IMPERATIVA)

ART. 138 NORMA NO MATAR

RESULTADO DE MUERTE NORMA DE VALORACIÓN

(PROHIBITIVA)

En función de atender a uno u otro precepto, un mismo caso se resuelve de distinta manera.

Tesis mayoritaria:

Hay que tener presente que con arreglo al concepto de norma como imperativo, se considera infringida cuando hay una voluntad contraria a esa norma, de manera que el elemento esencial que hace que la conducta sea ilícita, es la acción. Y desde el punto de vista de lo ilícito, el elemento esencial es el **desvalor de acción**.

El elemento esencial del ilícito penal es el desvalor de resultado, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Si se mantiene sólo uno de estos conceptos, es desvalor de acción o desvalor de resultado.

La norma es esencialmente norma de determinación, básicamente un imperativo (aspecto dominante), pero también es norma de valoración. Para que haya ilícito penal, tiene que haber desvalor de acción y de resultado. Eso no quiere decir que sean iguales. El desvalor de acción es más importante que el desvalor de resultado.

El delito.

Desde la perspectiva material se trata de una conducta que pone en peligro o lesiona un bien jurídico. Con este concepto no podemos establecer la responsabilidad criminal o no, porque faltan elementos, y para determinar esto, es por lo que existe el concepto analítico de delito. Este concepto es muy importante y desde este punto de vista, el delito se concibe como un injusto culpable.

En este concepto se establecen 2 juicios distintos. Un juicio que atiende a la conducta, diciendo que el delito es un injusto o ilícito, y sirve para determinar si hay o no infracción de la norma penal. El injusto está integrado por dos elementos: el valor de acción y el desvalor de resultado.

También hay un inicio según el autor y con arreglo a esto se determina si el hecho ilícito es culpable o no. Se valora la conducta atendiendo al autor. No siempre es atribuible. Lo es cuando pudiendo motivarse (haber actuado) por la norma, no lo ha hecho.

Estos dos juicios nos llevan a la determinación de la existencia de un delito.

La pena como consecuencia jurídica del delito.

La consecuencia jurídica del delito es la pena.

- FUNDAMENTOS Y FINES DE LA PENA, de donde surge el Derecho del Estado de castigar imponiendo penas.

Empezamos por las primeras Teorías, a finales del siglo XIX. La situación en relación con los fundamentos y fines de las penas, podrá calificarse como lucha de escuelas, la existencia de dos escuelas: la clásica y la positiva.

El fundamento de la Pena para la Escuela Clásica es la justicia y el fin de la pena de la idea de retribución. Esta escuela genera las Teorías Absolutas de la Pena.

El fundamento de la Pena para la Escuela Positiva es la idea de utilidad y el fin es la prevención. Esta escuela genera las Teorías Relativas de la Pena.

Con la evolución de las Teorías Absolutistas y Relativas, se han tomado elementos dando lugar a las Teorías Eclécticas de la Pena.

Teorías absolutas.

Surgen con el idealismo alemán en el siglo XVIII y principios del XIX. Con arreglo a estas teorías, la pena tiene la función de realizar la justicia, de manera que el fundamento es la idea de justicia y lo que se pretende conseguir con la pena es la retribución.

Se habla de teorías absolutistas porque tiene que ver con la Escuela Clásica, que existen unas exigencias incondicionadas de carácter religioso, ético o jurídico que imponen la idea de justicia. Y se llama así porque esa exigencia es incondicionada. De forma que se considera que hay que hacer justicia con independencia de si sirve o no y sin atender al caso particular ni a lo que piensa cada cual.

La legitimidad de la pena surge del propio delito cometido. De manera que se considera que quien ha causado voluntariamente un hecho delictivo, hay que retribuirle el mal causado. Así, la pena es una compensación por el delito cometido.

Consecuencias del concepto de pena de la Escuela Clásica, es que el hecho cometido es causa de la pena y es además medida de la pena, por tanto hay que medir la gravedad del delito (principio de proporcionalidad).

Lo más importante es la idea de desvinculación del fin, porque el mismo fundamento es el propio fin. La pena no busca ninguna utilidad, tanto si sirve o no, se tiene que aplicar la pena.

Para las Teorías Clásicas, queda prohibido utilizar al delincuente como un instrumento para obtener otros fines, que la pena sirve para escarmiento de otro.

Deriva de la Escuela Clásica:

- La proporcionalidad de la pena con respecto a la gravedad del delito

- La idea de retribución, que la pena sólo se imponga a aquel que voluntariamente ha causado un mal (con conocimiento de estar mal hecho).

A los llamados inimputables no se le puede imponer una pena según las Teorías Clásicas.

La primera Teoría Absolutista se debe a Kant, que se basa en la idea del **imperativo categórico**. La norma para Kant es un imperativo categórico, que actúa con arreglo a aquella máxima que tú a tu vez querrías que se convirtiese en una ley general. Para esta Teoría, dado que la norma es una orden incondicionada, que se le da al destinatario de la misma.

El **imperativo categórico** no atiende a ningún tipo de utilitarismo, se realiza la justicia porque hay que utilizarla y porque los delitos no pueden quedarse sin castigar.

Si partimos de esta base, las personas destinatarias de esa orden, a aquel que sea capaz de entenderla y que además sea alguien que pueda decidir libremente si la obedece o no.

Eso lleva a que el primer presupuesto de la tesis de Kant sea el libre albedrío, la idea de que el ser humano, adulto, goza de plena libertad para determinarse. Este concepto es básico para que funcione el imperativo categórico y uno de los puntos más dúbiles de esta tesis.

Para Kant la persona se justifica porque el sujeto ha hecho un mal uso de su libertad, y por lo tanto, debe pagar por ello. De manera que la tesis de Kant, vinculándose a un fundamento ético, puede considerarse como una tesis de la retribución moral o ética, de forma que, en definitiva, decimos que si el sujeto es libre para decidir si actúa o no conforme a la norma, y libremente decide que no actúa conforme a ella, esa decisión es producto de su voluntad, y debe pagar por ello. Y además debe pagar si eso sirve para la sociedad como una utilidad o no. Es un mandato incondicionado.

Esta idea la ejemplifica a través del ejemplo de la disolución de la sociedad civil que Kant ilustra con una especie de fábula: “Imaginemos que hay un grupo social que vive en una isla, y ésta representa a la sociedad civil. Y esa sociedad civil ha decidido disolverse, y no se van a encontrar jamás. Y tienen pendiente de ejecución a un delincuente”. Antes de disolver la sociedad civil, hay que proceder a ejecutar la pena sobre ese delincuente. Esto no sirve, porque la sociedad se ha desintegrado pero es una exigencia incondicionada y hay que realizar la justicia. Kant concluye la historia para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos.

Para Kant el ser humano es un fin en sí mismo, no una mitad, y considera que utilizar a un delincuente con cualquier otro fin que no sea la justicia, es instrumentalizar al ser humano. Y esto contradice su concepto de moral.

Otra Teoría Absolutista, la encontramos en Hegel, con su teoría de la retribución jurídica, porque el fundamento que la sirve, es la idea de Derecho, el mantenimiento del Ordenamiento Jurídico.

Hegel parte de la exposición dialéctica de Tesis, Antítesis y Síntesis. La pena es para Hegel la negación del delito es en realidad, la negación de la negación (afirmación), porque para Hegel, la Tesis es el Ordenamiento Jurídico que es expresión de la voluntad general. La Antítesis del Ordenamiento Jurídico es el delito, el delincuente niega el Ordenamiento Jurídico a través del delito, y es expresión de la voluntad particular. La Síntesis se identifica con la pena, que es una negación del delito, con lo que se vuelve a restablecer lo que dice el Ordenamiento Jurídico.

Hegel dice que la pena es un honor para el delincuente en el sentido de que cuando se le responde al delincuente con la pena, se le está honrando como ser racional, porque se le dice que libremente ha decidido contrariar lo que dice la voluntad general. Entonces, la pena es el Derecho del delincuente, tiene Derecho a ser penado porque sino, es como si no se tomase en cuenta.

Elementos positivos de las teorías clásicas:

- Hay un límite intrínseco en la Pena, puesto que la pena no puede ir más allá de la gravedad del delito.
- Se impide la instrumentalización del delincuente y sólo se castiga a los imputables.

Críticas a este modelo:

Idea de libre albedrío, no tanto como presupuesto filosófico, sino que es algo indemostrable. Nos comportamos como tal, pero empíricamente no se puede demostrar. Estamos retribuyendo con un mal por la causación de un mal (delito) que no sabemos si el sujeto ha querido o no causar.

Teorías relativas se llaman así porque las necesidades de prevención son relativas, circunstanciales. Prevención es evitación del delito.

Las Tesis Relativas surgen en la Ilustración y hacemos referencia al Marqués de Beccaria.

El fundamento de la pena está en la idea de utilidad, la pena existe o debe existir si es útil, y el fin que se pretende es la prevención de delito. La pena sólo es legítima cuando sirve para evitar futuros delitos.

La prevención tiene dos vertientes: **prevención general negativa y prevención especial.**

Prevención general negativa. Son partidarios de esta vertiente Beccaria, Feuerbach, Filangieri, Bentham y Lardizábal. La finalidad de la pena es intimidar al posible delincuente Tanto la combinación penal como la pena en sí, se encaminan a atemorizar al futuro posible delincuente. Pero fundamentalmente la intimidación se hace con la amenaza de la pena.

Sobre esta base, Feuerbach establece la **Teoría de la Coacción Psicológica**. Esta teoría pretende incidir sobre los impulsos criminales de los ciudadanos antes de que delincan. Queda claro que de los dos elementos, es la amenaza de la pena, no el castigo. En realidad, la imposición de la pena a quien ha delinquido, no es más que una confirmación, la seriedad de la amenaza de la pena.

Críticas:

- La falta de un límite intrínseco en la pena y para impedir delitos frecuentes, aunque sean de escasa gravedad, habrá que llegar a imponer penas muy altas.
- La propia idea de intimidación, es difícilmente demostrable empíricamente, porque para saber si el Derecho Penal intimida o no, tenemos la propia existencia del Derecho Penal. Se puede demostrar empíricamente en relación con algunas normas.
- La intimidación no siempre funciona y hay estudios criminológicos que lo que hace que no se delinca, no es la amenaza de la pena, sino la aceptación del valor que subyace en esa norma.

Prevención especial: Partidarios de este tipo de prevención son Lombroso, Listz y Dorado Montero.

En contraposición a la intimidatoria atiende al que ya ha cometido el delito, al delincuente, porque considera que la comisión del hecho delictivo lleva implícita la posibilidad de su repetición y por eso el hecho de actuar sobre el delincuente. La gran idea es la peligrosidad criminal (probabilidad de que el delincuente

repita).

El representante más importante es Listz, que consideraba que la prevención especial era la finalidad de la pena y para él solo es una pena justa la pena necesaria.

Para Listz los delincuentes se dividen por grupos y a cada grupo tiene una necesidad de prevención distinta, por eso también se dividen en grupos:

- **Prevención especial de la intimidación individual:** La pena actúa como un recordatorio. Se dirige sobre todo al delincuente ocasional.
- **Prevención especial de la pena como corrección.** Tiene por objeto a delincuentes principiantes. La pena pretende corregir, es decir, que el delincuente abandone la vida delictiva.
- **Prevención especial como Inocuidad.** Quiere hacer que el delincuente no haga un daño social. Su objeto son delincuentes incorregibles. Quiere apartar al delincuente de la sociedad para que no vuelva a delinquir.

Estas tres vías para Listz tienen una cierta vigencia, si bien hay que tener en cuenta que a partir de 1860 se cae ya en la cuenta de que la prevención especial tiene que ir encaminada a resocializar al delincuente, es decir, a volver a insertarlo con garantías en la sociedad. Esta resocialización se lleva a cabo a través del tratamiento penitenciario.

Críticas a la prevención especial:

- El fracaso que suele tener el tratamiento penitenciario. El índice de éxito en la resocialización es escasísimo.
- Si siguiésemos solo la tesis legitimadora de la pena, concluiríamos que dado que la mayoría de la delincuencia es de carácter ocasional, en realidad no haría falta la resocialización, y por tanto no haría falta la pena. Así que donde no hace falta resocialización, no hace falta pena.
- Aun admitiendo hipotéticamente que la resocialización a través de la pena sirva, se cuestiona la legitimidad de la resocialización, porque ésta supone tratar de cambiar los valores internos de una persona, es decir, cambiar su personalidad, y una cosa es pedir al ciudadano que respete unos valores y otra cosa es cambiar sus ideas internas, puesto que no sabemos hasta que punto está legitimado el Estado para ello.
- Dificultad de esta tesis frente a los casos en los que el delito se ha cometido en circunstancias en las que el delincuente no va a volver a verse más, por lo que aquí no necesitaría resocialización. Ejemplo: crímenes pasionales, de guerra...

Estas duras críticas hacia la prevención general intimidadora ha llevado a formular otras teorías relativas a la pena. Ha llevado a replantearse el concepto de prevención general. De esto surge otra vertiente, la **prevención general positiva** también llamada **prevención general integradora o estabilizadora**. Estas tesis propugnan la rectificación del hecho de que empíricamente no se puede demostrar la intimidación. Así se propone darle un fundamento normativo a la pena, de forma que no hay que demostrar nada empíricamente puesto que el carácter normativo no se demuestra.

Se rechaza la idea de intimidación y se afirma que la pena sirve, no para intimidar, sino para reafirmar la vigencia de la pena en el ordenamiento jurídico de la sociedad. La utilidad de la pena es confirmar que la norma que se ha quebrantado está vigente y de esa manera se fomenta la cohesión social. Por esto se habla de prevención general integradora o estabilizadora porque no trata de infundir miedo, sino de imponer una pena grave para hacer ver a la sociedad que determinadas cosas no se pueden hacer porque hay una norma vigente que las castiga. Esta tesis pretende fomentar la confianza de la sociedad respecto a la resolutivez de la norma, que es el valor que defiende el Derecho Penal.

Esto nos recuerda a la tesis de Hegel, pero con diferencias importantes; y es que la fundamentación de las teorías absolutas es una fundamentación metafísica. En cambio, esta tesis trata de establecer una fundamentación racional: ya no hablamos de justicia porque sí, ni de un ideal kantiano, sino de darle una fundamentación racional, porque es una fundamentación normativa y ya no hay que demostrar nada empíricamente. Esto viene establecido por las condiciones sociales. Los autores más importantes de esta tesis son los alemanes: Hassemer, Jakobs, Schmidhäuser... y se basan en los postulados de la sociología.

Críticas a la prevención general positiva:

Son fundamentalmente que siguiendo únicamente a esta tesis podemos llegar a la conclusión que para delitos muy graves en la medida de que esos valores están perfectamente asentados en la sociedad y no haga falta reforzar la cohesión social en torno a ese valor, se pudieran poner penas muy bajas. Podemos llegar a la conclusión de que delitos no tan graves en la medida que afectan a bienes jurídicos cuyo respeto está menos extendido, en definitiva normas con menor respaldo, deberían de castigarse con penas muy elevadas con relación a las que están asentadas en la sociedad. Por ejemplo el fraude fiscal.

Las **Teorías eclóticas o unitarias** fueron iniciadas por Merkel y fueron recogidas por la mayoría de los autores en España. Cuando hablamos de teorías eclóticas hablamos de muchas posibilidades.

La esencia de la pena es la retribución. Es decir, que la pena consiste en devolver un mal. Los fines de la pena son la prevención general y la previsión especial. La finalidad de estas teorías es evitar un defecto que tiene la mayoría de las teorías examinadas hasta ahora: la ausencia de un límite intrínseco. A esto se refieren los autores como culpabilidad, pero referido a la gravedad del hecho. Aquí surge otra vez el principio de proporcionalidad. Esta proporcionalidad es la buscada por las teorías eclóticas.

Autores que siguen las teorías eclóticas son la mayoría de los autores y entre otros Cerezo Mir que piensa que la pena se justifica por el delito cometido, además de por la necesidad de prevenir delitos futuros, de manera que el fundamento de la pena se basa en la prevención y en la retribución, por lo que de la idea de justicia se desprende en su opinión que solo es legítima la pena justa y es justa la pena que sea proporcionada en función de la gravedad del delito cometido.

De la idea de prevención del delito se desprende que la pena se justifica cuando sea necesaria para el mantenimiento del orden social. De estas cuestiones se deriva que la pena aplicada puede ser menor que la que correspondería a la gravedad del delito en atención a necesidades de prevención especial. La pena se puede quedar por debajo haciendo uso del margen de arbitrio judicial del que disponen los jueces y tribunales.

Además de esto también se puede imponer una pena inferior a través de otros mecanismos que prevén el Código Penal, como la suspensión de la condena, es decir, una segunda oportunidad pero con condiciones.

Hay una **teoría eclótica** muy interesante que propone Roxin a la que él denomina **teoría dialéctica de la unión**. Lo que pretende esta teoría es destacar determinados conceptos que están presentes en las tres fases que él distingue en dentro de la composición de la pena, de manera que la función que desempeña la pena en cada una de esas tres fases es distinta, pero cada una de las fases guarda relación con las demás.

Esas tres fases son:

- **Fase de conminación legal.** La función de la pena es la protección de los bienes jurídicos y de las prestaciones públicas imprescindibles. La pena desempeña una función de protección general en función de esa protección de los bienes jurídicos y prestaciones públicas.
- **Fase de Aplicación judicial de la pena.** La pena cumple distintas funciones:

- Función de Prevención general, puesto que se confirma la amenaza, por lo que la pena además de prevención general tiene un límite de culpabilidad por el hecho realizado, de manera que la pena nunca puede ir más allá de la gravedad del hecho realizado. Atiende además Roxón a un concepto de culpabilidad distinto a las circunstancias del autor.
- La pena también sirve a la prevención especial.
- **Fase de ejecución de la condena.** Se confirman todos los fines anteriores, pero la esencia es la resocialización del delincuente como expresión de la prevención especial, de manera que el cumplimiento de la pena se orienta hacia la consecución de la resocialización del delincuente.

La fundamentación en la Constitución Española y en el Código Penal.

En la Constitución española hay un artículo clave en relación. El artículo 25.2, que dice *“Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a la pena...”*. A partir de este contenido caben distintas interpretaciones porque nos podemos plantear si con esto que dice el artículo solo se podrá imponer una pena de privación de libertad cuando fuese posible la reinserción del delincuente.

En principio podemos decir que lo que dice literalmente corresponde con la interpretación anterior, pero sin embargo en la doctrina y en el Tribunal Constitucional hacen interpretaciones diferentes de este artículo diciendo que alude a uno de los fines esenciales de las penas privativas de la libertad, de manera que la consecuencia que se desprende de ese anuncio es la necesidad de alcanzar la resocialización cuando sea posible.

Otras interpretaciones posibles y concretamente las de Luzán Peña y Díez Ripolles coinciden básicamente en su interpretación del artículo 25.2; y coinciden señalando en que se refiere a la fase de ejecución de la pena, de manera que lo único que hace es expresar cuales son los derechos del recluso.

Una vez que ha sido condenado tiene como objetivo la resocialización. La legitimidad de la pena no se basa en si es posible o no la resocialización del recluso. Si no se consigue la resocialización la pena sigue siendo legítima, da igual que se consiga la resocialización, aunque hay que orientar la pena a la consecución de este fin. Lo que dice Ripolles es que el recluso tiene derecho a esa orientación resocializadora. En la fase de cumplimiento la resocialización es el objetivo primario. En esta misma línea hay que decir que la Ley Orgánica General Penitenciaria en su art. 1 establece que *“todo el sistema penitenciario se tiene que orientar a la reeducación y resocialización del delincuente”*.

Esta idea es incompatible con la idea de retribución, puesto que es opuesta a la idea de resocialización. Hay que tener presente porque esta tercera fase se orienta a la resocialización y no hacia la retribución. Estamos en un sistema en el cual dos personas que hayan cometido el mismo hecho delictivo pueden cumplir la pena de una manera totalmente diferente, hasta tal punto que la dirección de la pena pueda ser también totalmente distinta o que uno de ellos ni siquiera entre en prisión.

Respecto a la hipótesis planteada sobre si no hay resocialización no hay pena el Tribunal Constitucional ha respondido, y dice en la sentencia de 21 de Enero de 1987 y repite en sentencia 150/1991 de 4 de Julio que el artículo 25.2 *“no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la misma existencia de la pena a esa orientación”*.

La siguiente cuestión es como se enfoca la pena en el Código Penal y como éste no se refiere directamente a la pena, pero podemos pronunciarnos al respecto y encontrar los fines que se consiguen.

- ♦ La pena es siempre un mal (según el Código Penal) en sí. La pena como esencia es retribución. El hecho de que la pena sea un mal no quiere decir que la función que persigue sea retribuir, sino que se persigue proteger los bienes jurídicos a través de la

prevención.

Podemos encontrar en el Código Penal algunos artículos que avalen esto que acabamos de decir. Hay que tener presente que en el Código Penal los bienes jurídicos se protegen fragmentariamente. La protección fragmentaria es contraria a la idea de retribución. La pena no pretende retribuir.

Las circunstancias agravantes que suponen el agravamiento de la pena de nuestro Código penal tiene que ver con los medios de comisión, con las situaciones subjetivas o con el hecho de que el ataque cometido que conllevan más peligro, lo que pone de nuevo en relevancia la fragmentariedad.

Por último existe la suspensión condicional de la pena o condena y es un indicio claro que se atiende a la prevención especial.

Podemos concluir en resumen que el Código Penal español se adapta a lo que establecen las teorías eclácticas de la pena y de hecho podemos ver como la teoría ecláctica de la unión viene a reflejarse en el Código Penal porque se atiende a la prevención general y a la prevención especial y esto se cumple en nuestro Código Penal.

Las **medidas de seguridad** surgen a fines del S. XIX. En esta época se percibe que la pena es insuficiente para poder reaccionar frente a determinados delincuentes o sujetos que aun no han cometido un delito. La pena es insuficiente en reacción a los sujetos peligrosos para la sociedad y podemos hablar en referencia a la situación del S. XIX de tres tipos de sujetos peligrosos:

- Sujetos peligrosos que aun no han delinquido pero respecto de los cuales es probable que lo cometan según sus características personales
- Sujetos peligrosos pero no culpables. Son personas que se han delinquido, pero no se da en ellos culpabilidad porque son inimputables. Por ejemplo un enajenado mental que mata o hiera otra persona.
- Sujetos peligrosos y además culpables, es decir, personas que han cometido delito que son imputables y además es previsible que vuelvan a cometer hechos delictivos.

Respecto a estos tres tipos de personas en el S. XIX se considera que la pena es insuficiente. Lo que tienen en común es la peligrosidad criminal, es decir, la posibilidad de cometer un hecho delictivo de manera que inicialmente el fundamento de la medida de seguridad esta en la idea de peligrosidad y el fin está en la prevención.

Con el establecimiento de las medidas de seguridad se llega en el Derecho Penal a una doble vía: imposición de las penas y de medidas de seguridad. Desde hace años se viene cuestionando esta doble vía porque se vienen desarrollando los fines de la pena y se llega al momento en que esa doble vía coincide en sus fines; coinciden hasta en su fundamento.

Con esto llega el momento en que las medidas de seguridad solo sirven para prolongar la pena ya cumplida, es decir, que a un individuo se le castiga dos veces por un mismo delito. Llegada esa situación se concluye que hay que evitar esta situación dotando a las medidas de seguridad de una serie de garantías semejantes a las que tienen las penas, es decir, que hay que imponer límites a las medidas de seguridad. Se afirma que así como el límite de la pena es la culpabilidad, el límite de las medidas de seguridad debe ser la idea de proporcionalidad. Esta imposición nos llevaría a que por ejemplo si un enajenado mental comete un hecho delictivo como un acto de exhibicionismo y el hecho está castigado con una año de privación de libertad, la medida de seguridad a la que se somete no puede ser mayor a un año.

En España los antecedentes de las medidas de seguridad los encontramos en los códigos penales de 1848 y 1870, pero en estos dos códigos no se habla todavía de medidas de seguridad. Con el nombre ya de medidas de seguridad aparecen en el Código Penal de 1928 y posteriormente en las medidas de seguridad de

vagos y maleantes de 1933 y sobre todo en la famosa ley de peligrosidad y rehabilitación social.

Las clases de medidas de seguridad **con arreglo a la ley de peligrosidad y rehabilitación social** son:

- **Medidas predelictuales.** Se podían imponer a personas peligrosas que aun no habían cometido hechos delictivos. Por ejemplo vagabundos, alcohólicos sin oficio conocido, sujetos violentos...
- **Medidas de seguridad postdelictuales.** Se imponían a personas que habían cometido un delito y era previsible que volvieran a cometer ese u otro hecho delictivo.

Lo más importante de esa ley y al mismo tiempo criticable es la confusión entre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal, que son conceptos que deben ser diferenciados. **Peligrosidad social** es un concepto que tiene que ver con una probable marginación del sujeto con respecto del resto de la sociedad, en definitiva, con llevar una vida asocial. Por ejemplo un vagabundo.

Peligroso criminalmente es un concepto que tiene que ver con el hecho de comisión de hechos delictivos en el futuro. De estos dos conceptos exclusivamente el concepto de peligrosidad criminal puede dar lugar a la aplicación de una medida de seguridad. Sin embargo a los dos se les impuso las medidas de seguridad. Esta situación estuvo vigente hasta que a mediados de los 80 el Tribunal Constitucional acaba con la ley de peligrosidad y rehabilitación social en varias sentencias hasta que fue derogada.

El tribunal Constitucional en las sentencias anteriores parte de la siguiente premisa: la afirmación de que las medidas de seguridad son condenas. Partiendo de esa base el Tribunal Constitucional dice que dado que son condenas que llevan a la privación de derechos constitucionales tienen que estar sometidas al principio de legalidad recogido en el art. 25.1 de la Constitución Española y establece que *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. Basándose en esa idea del principio de legalidad el Tribunal Constitucional concluye:

- Declara inconstitucionales todas las medidas de seguridad predelictuales, porque considera que infringen el principio de legalidad, puesto que suponen castigar en virtud de la peligrosidad social no de la peligrosidad criminal, es decir, condenar sin que haya delito.
- En relación con las medidas de seguridad predelictuales dice el Tribunal Constitucional que son inconstitucionales aquellas que se impongan antes de la declaración de culpabilidad del sujeto. De manera y son inconstitucionales las medidas de seguridad preventivas.
- Dice el Tribunal Constitucional que son inconstitucionales las medidas de seguridad aplicadas después de la declaración de culpabilidad del sujeto al mismo tiempo que la condena. Son inconstitucionales porque incumplen el principio *ne bis in idem* que significa que no puede ser alguien condenado dos veces por un mismo hecho. Era una medida que se aplicaba bajo la vigencia del Código Penal anterior. Se podía castigar en virtud del art. 452 bis del antiguo Código Penal y se aplicaba las medidas de seguridad por lo que se cumplía una doble condena.

Con estas afirmaciones el Tribunal Constitucional declaraba inconstitucionales la ley de peligrosidad y rehabilitación social, pero eso no quiere decir que hayan desaparecido aquellas medidas de seguridad que el Tribunal Constitucional haya declarado constitucionales. El Código Penal de 1995 prevé las medidas de seguridad en supuestos tasados.

Las medidas de seguridad que actualmente se **pueden imponer a:**

- A los **inimputables**: Aquellos que incurrir en alguna circunstancia recogida en el artículo 20.1, 20.2, 20.3 del Código Penal, y se refieren a estados de anomalía transitoria que les impide razonar lo que hacen. En estos casos de inimputabilidad aquellas medidas que se pueden aplicar están en el artículo 95 y siguientes. A un inimputable no se le puede imputar una pena, sino una medida de seguridad. Esas

medidas en algunas ocasiones son privativas de libertad según el hecho delictivo cometido.

- A los sujetos **semimputables** (art. 104 C.P.). Cuando el sujeto no tiene totalmente anuladas las facultades intelectivas y volitivas, sino que las tiene reducidas. Puede darse el caso de que concurran penas y medidas de seguridad, es decir, podemos estar ante un sujeto que ha cometido un hecho delictivo en pleno uso de sus facultades mentales y comete otro hecho en un estado de inimputabilidad.

En los supuestos que una misma persona tenga que cumplir pena y medida de seguridad al mismo tiempo existe un **sistema** llamado **vicarial** y lo encontramos en el artículo 99 del Código Penal. Este sistema pretende que no se acumulen penas mas medidas de seguridad, sino que cuando haya prevención por penas y medidas de seguridad lo que se cumpla de medida se abone a la pena.

El sistema vicarial y sus postulados son los siguientes:

- El sistema rige si hay delito que conlleve una pena privativa de libertad no podemos cambiar la consecuencia jurídica por el hecho de que el sujeto sea inimputable en su momento.
- Se cumple siempre antes la medida de seguridad que la pena. Esto está establecido en el artículo 99 del Código Penal.
- La duración de la medida de seguridad no puede exceder de la duración de la pena. Artículos 101, 102, 103 del Código Penal.
- El artículo 99 del Código Penal prevé la posibilidad de reducir e incluso dar por extinguida la condena.
- El tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad se computa para el cumplimiento de la pena. Artículo 99 del Código Penal.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO O A LA VÍCTIMA:

Naturaleza; acogida doctrinal; derecho comparado; regulación española.

Se habla del daño como una consecuencia jurídica que cumpla el delito.

Como consecuencia jurídica ha sido propuesta la reparación del daño por Roxón como una tercera consecuencia jurídica del delito o una tercera vía junto con las penas y medidas de seguridad. Roxón ha formulado una propuesta de reparación del daño en un proyecto de ley del año 1992.

Considera Roxón que **la reparación del daño** a la víctima puede servir para cumplir los fines del Derecho Penal con carácter general salvo en los delitos más graves, de manera que la reparación del daño puede cumplir una función de prevención general positiva, prevención especial en muchos delitos excepto en los más graves.

En este proyecto del año 92 Roxón además habla de que la reparación del daño excluye la imposición de la pena y eso lo hace en relación con esos delitos que no superen el año de privación de libertad, en los demás casos se tendrá a que acumular la pena y la reparación del daño.

La separación del daño puede consistir en trabajar en beneficio de la comunidad, en ingresar una determinada cantidad en las arcas de una institución determinada, e incluso en algunos casos en ofrecer una explicación a la víctima y pedirle disculpas.

El legislador alemán no ha aceptado la reparación del daño como tercera vía, pero sí hay que decir que se ha tenido en cuenta la separación del daño en una ley de 1994 cuyo artículo 46. a) prevé que la separación del daño disminuye la pena y además se ha incluido la reparación del daño como uno de los requisitos de los que depende la suspensión de la ejecución de la condena, de manera que si el reo no ha reparado el daño no se le puede dar una segunda oportunidad.

Cada vez se le da más importancia a la reparación del daño. A veces es mejor la reparación del daño que el cumplimiento de la pena desde el punto de vista de la víctima.

En opinión de la doctrina la reparación del daño no puede ser una tercera vía puesto que es imposible cumplir todos los fines de la pena, ya que la prevención general no consigue cumplirla como fin. Autores que opinan esto son: Loos, Hirsch, y en España Cerezo Mir y Tamarit.

El Código Penal español no recoge la reparación del daño como una tercera vía, pero al igual que en Alemania se da relevancia a la reparación del daño en sentido que se recoge la reparación del daño como una circunstancia atenuante del daño presente en el artículo 21.5 del Código Penal y es una circunstancia que concurre como circunstancia muy cualificada puede llevar a rebajar la pena hasta dos grados. Pero además hay que decir que la reparación del daño figura como uno de los requisitos que exige el Código Penal para la suspensión de la condena.

En relación con los menores la reparación del daño es una medida interesante. Ha habido algunos experimentos en Comunidades Autónomas como Aragón, siendo el campo perfecto para la aplicación de la reparación del daño. La ley del menor si recoge el trabajo en beneficio de la comunidad, sujeto y víctima.