

# ¿ES POSIBLE LIMITAR LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL SIGLO XXI?\*

Is it Possible to Limit the Intervention of Criminal Law in the XXI Century?

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO\*\*

Fecha de recepción: 12/01/2021  
Fecha de aceptación: 22/03/2021

*acfs, Protocolo I* (2021), 89-105  
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716  
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.17985>

**RESUMEN** Frente a la imparable expansión del derecho penal que se ha producido a partir de los años 90 del siglo pasado, no es suficiente la crítica, aunque sea imprescindible. Es necesario plantear estrategias que posibiliten frenar la intervención del derecho penal. En esta dirección, es esencial aplicar los principios limitadores del derecho penal, en particular los de *ultima ratio*, subsidiariedad y proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto). Así mismo, es esencial concebir la pena con una finalidad preventiva y no retributiva, para evitar el populismo y la venganza. Considero indispensable el respeto de la responsabilidad por el hecho, excluyendo la responsabilidad por el carácter, y la responsabilidad objetiva. Por último, es imprescindible la interpretación teleológica de los tipos penales a partir de la función de exclusiva protección de bienes jurídico-penales.

**Palabras clave:** *ultima ratio*; subsidiariedad; prevención; proporcionalidad; interpretación teleológica; lesividad; teoría del delito.

**ABSTRACT** In the face of the unstoppable expansion of criminal law that has taken place since the 1990s, criticism, is not enough, although essential. It's necessary to propose strategies that make it possible to limit the intervention of criminal law. In this direction, it is essential to apply the limiting principles of criminal law, in particular those of *ultima ratio*, subsidiarity and proportionality (necessity, suitability and proportionality, in the strict sense). Likewise, it is essential to conceive punishment with a preventive rather than a retributive purpose, in order to avoid populism and revenge. I consider indispensable the respect of the responsibility for the fact, excluding the responsibility for the character, and the objective responsibility. Finally, is imperative the teleological interpretation of the criminal offenses from the function of exclusive protection of legal-criminal assets.

**Keywords:** *ultima ratio*; subsidiarity; prevention; proportionality; teleological interpretation; harmfulness; crime theory.

---

\* Para citar/citation: Corcoy Bidasolo, F. H. (2021). ¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo XXI? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 89-105.

\*\* Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Avda. Diagonal, 684. 08034 Barcelona (España). Correo electrónico: [mcorcoy@gmail.com](mailto:mcorcoy@gmail.com)

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
FGE	Fiscalía General del Estado
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
KRITV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
LCrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

## I. INTRODUCCIÓN

Frente al fenómeno de la expansión del Derecho penal, desde finales del S. XX, globalmente imparable, así como su administrativización, parece inviable conciliar esta situación con los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad. Es por todos conocida, y generalmente criticada, la “creación” de delitos que castigan conductas idénticas a las sancionadas en vía administrativa, mercantil, laboral o civil. Incluso se tipifican conductas que son lícitas extra penalmente, como sucede, por ejemplo, con la llamada corrupción en los negocios o corrupción privada, en la que se afirma que se protege la libre competencia, sancionando la competencia desleal, cuando en la legislación mercantil (Ley de Competencia desleal) no se contemplan esas conductas como ilícitas. Así mismo, se ha generalizado la utilización de tipos abiertos (“o de cualquier otro modo” “análogo”...) así como, la equiparación de los actos preparatorios y los consumados o la autoría y la participación.

En aras a no limitar este trabajo a una crítica de la situación, trataré de plantear soluciones posibilistas que, al menos, reduzcan la expansión y mejoren la aplicación de los tipos. En esta dirección, es factible elaborar algunas propuestas que limiten, en la práctica, la actual situación del Derecho penal, tan criticada por la doctrina, pero con réditos para los políticos y, aparentemente, apoyada por la mayoría de la sociedad. Se trata de tomar en consideración, tanto en la legislación como en la aplicación judicial, la finalidad que se atribuye al Derecho penal y, muy especialmente, los principios limitadores. En el momento legislativo es imprescindible un análisis

previo acerca de la necesidad de la reforma, aportando datos criminológicos que sustenten la existencia de ese déficit y la utilidad que puede tener ese nuevo tipo o esa agravante, en aras a proteger un interés relevante —bien jurídico-penal— para la sociedad, en ese momento histórico y cultural. Por consiguiente, su eficacia para solucionar o reducir el conflicto debe valorarse previamente, así como debería realizarse un estudio en profundidad de los tipos ya existentes para evitar las cada vez más numerosas reiteraciones y contradicciones que, con independencia de su incorrección desde una perspectiva de técnica legislativa, conllevan dificultades prácticas de aplicación. En la mayor parte de reformas legislativas sería suficiente con modificar la redacción de un determinado tipo en lugar de crear uno nuevo que, en todo o en parte, se solapa con el anterior. Ello explica, así mismo, las dificultades con las que deben enfrentarse los operadores jurídicos para solucionar las cuestiones concursales, muchas veces irresolubles. Entre los múltiples supuestos que nos encontramos en el Código penal con este problema podrían citarse, por ejemplo, las asociaciones ilícitas y la organización criminal, o la amalgama de tipos penales en los delitos contra el mercado y los consumidores, sin que ninguno de ellos sirva realmente para lo que teóricamente se pretende, la protección de la libre competencia y de los consumidores. En definitiva, se crean nuevos tipos penales en lugar de mejorar y/o adecuar los delitos existentes a las problemáticas actuales o, en su caso, como mínimo, suprimir el anterior cuando se crea uno nuevo que contempla un supuesto análogo.

En un segundo momento, por parte de los operadores jurídicos, especialmente los jueces, pero también los fiscales y abogados, se requiere una interpretación teleológica de los tipos, lo que, a su vez, implica la vinculación entre la Teoría del delito —Parte general— y la Parte especial del Derecho penal —interpretación sistemática— y la prueba de que, en el caso concreto, de ha afectado el bien jurídico-penal protegido —interpretación teleológica—. Es decir, respeto del principio de lesividad —antijuridicidad material—, no siendo suficiente que formalmente concurren los elementos típicos, sino que es necesario probar que, atendiendo a las circunstancias concurrentes *ex ante*, *ex post* ha resultado afectado el bien jurídico-penal protegido —resultado jurídico—, que debe concurrir tanto en la tentativa como en la consumación, tanto en los delitos de resultado como de mera actividad como de resultado y tanto en los delitos contra bienes jurídicos individuales como supraindividuales.

Desde otra perspectiva, atendiendo a la enorme influencia que actualmente tiene la Victimología y las asociaciones de víctimas, debería limitarse de forma razonable su alcance, evitando que la venganza sea un criterio en la determinación de la pena, tanto en el momento legislativo como en el

judicial. Los posicionamientos retribucionistas, expresos o tácitos, están en auge y propician una visión de un derecho penal justiciero, como si las víctimas vayan a dejar de serlo por el hecho de que se imponga una mayor pena al autor. Ser “víctima” no debería ser un estatus, sino que debe ponerse el acento en su protección y, en esa dirección, procurar que intenten salir de esa situación. En definitiva, las víctimas no deberían dictar la agenda político-criminal, con un desprecio total a los expertos y con soluciones casuísticas, de forma que determinados delitos tienen “nombre y apellidos”. Cuestión diferente es que debe evitarse la llamada victimización secundaria y que se les debe indemnizar y ayudar psicológicamente, cuando sea necesario.

En último término, la propuesta es tan simple como una vuelta a la dogmática —Parte general— y a 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. Aplicación formal y administrativización que 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 de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad, estrechamente vinculados con el principio de lesividad, deben respetarse tanto en el momento legislativo como en el judicial, a la hora de interpretar los tipos para su aplicación.

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*, subsidiariedad y fragmentariedad, cuya infracción tiene su origen, esencialmente, en la administrativización del Derecho penal, en la infracción del principio de proporcionalidad, en sus tres vertientes (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) y del principio de lesividad, obviando la función esencial de protección de bienes jurídico-penales.

## II. LÍMITES A LA PENA: PRINCIPIOS DE ULTIMA RATIO, SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD

Como se ha señalado, las críticas al bien jurídico, junto con determinadas teorías acerca de la función del Derecho penal, propician la crisis de los

principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad. El problema que plantean todas 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 debería considerar que la función del Derecho penal es castigar sino, exclusivamente, prevenir la lesión de bienes jurídico-penales, es decir, de valores esenciales de una determinada comunidad. Desde las teorías, retribucionistas, en aras de la justicia, la responsabilidad penal del delincuente se define por los filósofos morales (Robinson, 2014, págs. 54-57). 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 moderno (Robinson, 2014, págs. 10-11). 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 Kant (*Die Metaphysik der Sitten*, págs. 227-230), 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 modo de reproche” (Lesch, 1999, pág. 4). Siendo cierto que la pena conceptualmente es y debe ser un castigo, tal y como acertadamente señaló Santiago Mir Puig (2016, pág. 102), ello no implica que castigar a un ciudadano sea la función que debe ejercer un Estado social y democrático de Derecho.

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 positiva, Welzel, por ejemplo, relaciona la teoría retributiva con la vigencia de la norma, llegando a lo que sería una forma de retribución (Welzel, 1969, pág. 240), similitud que también se advierte en los neo-retribucionistas. 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 norma. En este sentido, Frisch 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 de derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable (Frisch, 2014, págs. 11-12). 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 pudiera presumirse

que esa norma responde a los valores esenciales de una determinada sociedad y es respetuosa con los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad (Robinson, 2014, págs. 32-46). 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, de que se han respetados los referidos principios 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, de no limitarse con contenidos materiales. Frisch defiende la teoría de la vigencia de la norma como única válida, pero, como veremos, la complementa introduciendo requisitos cercanos al merecimiento y necesidad de pena (Frisch, 2014, pág. 12). Hörnle/von Hirsch, consideran que las consecuencias son idénticas a las que se llegaría defendiendo una teoría retribucionista y manifiestan sus recelos acerca de que el sentimiento de justicia de la sociedad pueda ser influenciado por el derecho penal, poniendo de relieve que esa teoría se basa en las premisas de la teoría de la retribución (1995, págs. 261-265). Es cierto que en la teoría de la vigencia de la norma se elimina la referencia expresa a “infligir un mal”, no obstante, 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.

Los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad, partiendo del concepto de pena como castigo (Mir Puig, 2016, pág. 43), deberían de respetarse no sólo en la creación de los tipos, sino también en la cantidad y clase de pena que se prevé para los diferentes delitos, es decir, la pena en abstracto, y, especialmente, en su determinación concreta (Demetrio Crespo, 2016) (Besio Hernández, 2011). La pena debe fijarse 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 el pago es asumido por terceros o por la empresa que tienen la posibilidad de repercutirlo en los precios o en pérdidas, disminuyendo los beneficios y con ello el impuesto de sociedades. Ello implica que los presuntos autores están en posición de 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, el principio de *ultima ratio*, prever la pena privativa de libertad únicamente respecto del llamado Derecho penal nuclear. En otro sentido, algunos autores, en aras a limitar la expansión del Derecho penal, propone que en los delitos socioeconómicos no se impongan penas privativas de libertad (Silva Sánchez, 2011, págs. 50-55).

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 el Derecho penal a la protección de derechos subjetivos (VVAA, 1999), en el sentido propuesto por los defensores del llamado “derecho penal mínimo” ya que esa postura implica, por ejemplo, que se castigue cualquier hurto y que una defraudación tributaria, por elevada que sea, constituya únicamente un ilícito administrativo. La sustitución del derecho penal por un derecho administrativo sancionador, con menos pena, pero también con menos garantías, tal y como proponen, no responde a las necesidades de la llamada sociedad del riesgo y, aun cuando pretenden “castigar menos”, la reducción de las garantías constitucionales, propias del derecho penal, puede ser muy perjudicial para los implicados (Corcoy Bidasolo, 2011).

Para determinar 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 un elemento esencial para determinar qué se debe de proteger. Pero ello no supone sustituir el bien jurídico por la Constitución, ya que ésta no ofrece criterios concretos sobre qué y, especialmente, cómo deben protegerse los derechos y principios en ella establecidos, sino únicamente un marco general. Así, por ejemplo, cuando, en el art. 15, se afirma que “Todos tienen derecho a la vida” no se concreta si se protege sólo la vida humana independiente (problemática del aborto) o si ese derecho excluye la posibilidad de regular la eutanasia y cómo. O cuando, en el art. 45 CE, se señala que “Todos tienen derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, poco aporta respecto de

cómo debe de protegerse el medio ambiente y en qué medida debe hacerse penalmente o administrativamente, y ni tan siquiera ofrece un criterio claro de cuál es el bien jurídico protegido, es decir, se propugna una visión antropocéntrica o ecocéntrica.

### III. PREVENCIÓN LIMITADA

Las teorías preventivas siguen siendo válidas siempre que se respeten los límites 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 pena y función del Derecho penal. Pérez Manzano 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, y la necesaria legitimación para su imposición, en el caso concreto, a partir del injusto como fundamento y de la responsabilidad personal como In el principio de ultima ratio a la hora de introducir nuevos tipos penales o de agravar los existentesngímite (Pérez Manzano, 1999, pág. 221 ss.). La idea del bien jurídico, con la terminología que se quiera utilizar y pese a las críticas que se han vertido en su contra (Appel, 1999, pág. 297 ss.) (Feijoo Sánchez, 2010, págs. 163-230), es indispensable para un Derecho penal no autoritario, para un Derecho penal propio de una sociedad democrática y respetuoso con los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad. Las referidas críticas se centran en que el bien jurídico no tiene capacidad de limitar la intervención del Derecho penal, fundamentando dicha objeción a partir de su actual expansión. No obstante, esos mismos autores, critican determinados delitos en base a que en ellos no se protege ningún bien jurídico, con lo que, implícitamente, están aceptando su utilidad. Siendo la expansión innegable y criticable, ésta no puede atribuirse sólo al concepto de bien jurídico, sino, por el contrario, a que éste no es tomado en consideración por el legislador, especialmente si se concibe como bien jurídico-penal (Mir Puig, 2016, págs. 171-176), a que se infringen los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad y a una técnica legislativa que desconoce la existencia de la Parte General del Derecho penal y se sirve del casuismo, administrativizando el Derecho penal. La llamada administrativización del Derecho penal no se debe, o al menos exclusivamente, a la intervención en nuevos ámbitos sino a no introducir en los tipos 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 aquellas modalidades de conducta especialmente lesivas, respetando el principio de proporcionalidad, *ad extram* y *ad intra*.

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 respecto de áreas en las que ya existe una regulación administrativa, civil, mercantil, laboral... Y esto no es algo tan nuevo como se afirma puesto que esta duplicidad sancionatoria ya existía, y existe, 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 los nuevos delitos, respetando los referidos principios, junto al de fragmentariedad. Es decir que cuando se prevén se sancionen exclusivamente las conductas más graves, teniendo también en consideración que, atendiendo a que ese ámbito está regulado y sancionado en otras áreas del ordenamiento jurídico, no se producirán lagunas de punibilidad.

El olvido de los principios limitadores determina que se estén creando delitos respecto de los que es difícil advertir su lesividad, no sólo por la ausencia, en algunos casos, de un presunto bien jurídico (maltrato de animales), sino porque también infringen el Derecho penal del hecho, como requisito del principio de culpabilidad, castigando ideas (delitos de odio) (Gómez Martín, 2020). Es muy grave que, primero el TEDH y luego el TC y el TS, hayan legitimado la relevancia penal del discurso del odio sin necesidad de que se constate la idoneidad, en el caso concreto, para incitar a la violencia o afectar la dignidad, aplicando el “efecto guillotina” del art. 17 CEDH que impide que el discurso del odio quede amparado por el art. 10 CEDH. De este posicionamiento, es un claro ejemplo, la STS 4283/2020, de 11 de diciembre, en la que, en la línea jurisprudencial ya establecida, se afirma que el delito de odio “*los únicos elementos que precisa para su apreciación son, uno objetivo, como es la emisión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento, a los efectos que el mismo contempla, y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido, para cuya consumación, por ser delito de peligro abstracto, basta simplemente el potencial peligro que conlleve el mensaje emitido*”. Es decir, se obvia claramente el principio de lesividad ya que es suficiente ese “potencial peligro”, en el que no se toman en consideración ni las circunstancias concretas ni a qué peligro exactamente se refieren.

Así mismo se tipifican 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 (delito que previamente había sido suprimido del Código penal por considerar el Tribunal Constitucional que no se protegía ningún bien jurídico), 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 necesidad, poniendo de manifiesto la relevancia de respetar los principios limitadores cuando se pretende introducir nuevos tipos penales o de agravar los existentes.

#### IV. TEORÍA DEL DELITO COMO INSTRUMENTO LIMITADOR DE LA INTERVENCIÓN PENAL

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— (Injusto típico) y no concurren causas de justificación (Antijuridicidad). La segunda condición es que, en el caso concreto, se determine la pena atendiendo a las circunstancias personales del sujeto (Culpabilidad). 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 son idóneos *ex ante* y *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—.

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, en nuestro Código penal 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 consuma 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 pena, 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, supone la cualificación por el resultado como forma de responsabilidad objetiva.

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 de la lesión. Tras décadas de auge de teorías preventivas, materialmente, siguen existiendo delitos cualificados por el resultado, algunos tan relevantes como los delitos de lesiones, y se sigue discutiendo si el castigo de la tentativa y de los llamados delitos de peligro está justificado, incluso si cabe la tentativa en los delitos de lesiones. 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. La responsabilidad objetiva, de facto, no puede confundirse con la objetivización del dolo, entendiéndose que es un hecho y que debe probarse a partir de indicios objetivos. No es lo mismo una concepción

normativa del dolo, que excluya valoraciones psicologicistas 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. Así como, tampoco debería presumirse la existencia de dolo a partir del carácter/perfil del autor.

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 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. Afirmar 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 para la sociedad 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 existan 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—. La función simbólica es especialmente relevante en los supuestos en los que, al menos una parte de la sociedad, no es totalmente consciente de la importancia del bien jurídico-penal protegido, en definitiva, de la lesividad de esas conductas. Así sucede (o sucedía), por ejemplo, con el delito fiscal (art. 305) o el delito medioambiental (art. 325). Por consiguiente, la intervención en estos ámbitos es legítima siempre que se castiguen única-

mente 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 tipo de depósitos y residuos (art. 326).

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 de 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 inaplicación no es una explicación válida, por sí 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 delictivas 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.

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, especialmente en el caso de las multas ya que suelen ser muchísimas más elevadas las administrativas. 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 mejorase la regulación de la conformidad.

En este punto, hay que poner de manifiesto que, aun cuando no siempre, la jurisprudencia en ocasiones es 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 junio<sup>1</sup>, en relación con un delito de apropiación indebida, delimitando la 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 público (Corcoy Bidasolo, 2007, págs. 155-197). En los delitos de pornografía infantil virtual, incluso la Circular de la FGE 2/2015, trata de limitar el alcance del tipo<sup>2</sup>.

- 
1. “Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma 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 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”.

2. 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.

## V. CONCLUSIONES

Las finalidades preventivas que se atribuyen a la pena deben de ser limitadas por los diversos principios 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 el 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 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 no se han aplicado nunca, así, por ejemplo, entre otros muchos, el art. 350 que se introdujo, hace ya décadas, con motivo de la rotura de la presa de Tous.

Siendo innegable la expansión del Derecho penal y difícilmente reconducible, para respetar los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y fragmentariedad, junto a proponer reformas legislativas que reduzcan las conductas penalmente relevantes, deben de adoptarse otras medidas, como puede ser la sustitución de penas privativas de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad o acudir a la mediación en delitos leves, posibilitando una menor intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos. En esa dirección, en el momento de la aplicación —ámbito judicial— es esencial 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 y, por consiguiente, respetar el principio de *ultima ratio*. Deben de excluirse del Derecho penal las presunciones —peligro presunto, hipotético...— o el principio de precaución —válido en el ámbito administrativo—.

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.... Distinciones que, con la actual técnica legislativa, desaparecen ya que en muchos de los preceptos de nuevo cuño se tipifican numerosas conductas (promuevan, fomenten, inciten directa o indirectamente —art. 510— o provoquen o realice directa o indirectamente —art. 325-) lo que implica que se castigue con la misma pena, la consumación, la tentativa y los actos preparatorios o la autoría y la participación. El legislador, al olvidar la existencia de la Parte General no solamente equipara conducta de diferente desvalor, sino que también introduce numerosas agravantes específicas que, además, en muchos casos suscitan graves conflictos en relación con el principio de *non bis in idem*.

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 ella la técnica legislativa que se sigue en la Parte Especial es desproporcionada e irracional y, en consecuencia, las soluciones en el caso concreto tienden a ser arbitrarias.

No cabe olvidar, por último, dos aspectos esenciales para el buen funcionamiento del Derecho penal y para evitar que el legislador 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.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Appel, I. (1999). Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht. *KritV*, 82(2), 278-311.
- Besio Hernández, M. (2011). *Los criterios legales y jurisprudenciales de individualización de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. (2007). Repercusiones de la doctrina del Tribunal Supremo en la doctrina penal, en Jurisprudencia penal (2005-2007). *Análisis crítico. Estudios de Derecho Judicial* (120), 155-197.
- Corcoy Bidasolo, M. (2011). La legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales. *CENIPEC*, n.º 30, 89-120.
- Demetrio Crespo, E. (2016). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Montevideo: B de F.
- Feijoo Sánchez, B. (2010). Funcionalismo y teoría del bien jurídico. En M. P. Jiménez, *Constitución y principios del derecho penal. Algunas bases constitucionales* (págs. 163-230). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Frisch, W. (2014). Pena, delito y sistema del delito en transformación. *InDret*(3), 1-12.
- Gómez Martín, V. (2020). Daño, ofensa y discurso del odio. *Iustel*.
- Hörnle, T. H. (1995). Positive General Prevention und Tadle. *GA*, 250-280.
- Kant, I. (1798). *Die Metaphysik der Sitten* (2ª ed.). Königsberg.
- Lesch, H. (1999). *La función de la pena*. Madrid: Dykinson.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Pérez Manzano, M. (1999). *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: UAM.
- Robinson, P. (2014). The Proper Role of the Community in Determining Criminal Liability and Punishment. *University of Pennsylvania Law School*, 1-75.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Edisofer.
- VVAA. (2016). *La insostenible situación del derecho penal*. Madrid: Comares.
- Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11 ed.). Berlín: Walter de Gruyter.