

315.46
C444ca
1996-
J.A.
C.A

1-495675

E

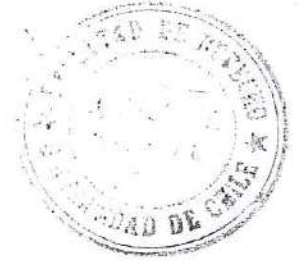
BUNSS

JOSÉ CEREZO MIR
*Catedrático de Derecho Penal
Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza*

CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE GENERAL

I
Introducción

QUINTA EDICIÓN
(Basada en el nuevo Código Penal de 1995)



tanta gravedad como el que produjo») y se han tratado de suprimir los delitos calificados por el resultado. No se incluye, por ello, un precepto como el del segundo inciso del párrafo segundo del artículo 1.º del viejo Código penal, aunque creo que en la Parte Especial del nuevo Código hay algunas figuras delictivas (arts. 229.3, 231.2 y 471.1) que es difícil no interpretar como delitos calificados por el resultado.

La magnitud de la reelaboración de mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* me aconseja, ante las apremiantes necesidades de la docencia, a alterar de nuevo el plan de la obra, publicando ya como primer tomo la *Introducción*. A ella seguirán, lo antes posible, otros dos tomos en los que incluiré los capítulos ya publicados y otros inéditos de la teoría jurídica del delito. Si Dios me da vida y salud trataré de terminar, en los próximos años, esta Parte General del Derecho penal español.

Zaragoza, 24 de junio de 1996

JOSÉ CEREZO MIR

CAPÍTULO I

CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante en la moderna Ciencia del Derecho penal¹, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos².

El portador de los bienes jurídicos puede ser el particular o la comunidad. Dado el carácter público del Derecho penal, sin embargo, la lesión de los bienes jurídicos faculta exclusivamente al Estado a imponer una pena, o a aplicar una medida de seguridad. Los bienes del individuo son protegidos por el Derecho penal solamente en la medida en que revisten una importancia social. Objeto de la protección del Derecho, es, además, sólo el bien jurídico mismo y no el interés que pueda tener en él su portador³. El bien jurídico es, por ello, siempre un bien del Derecho y no del particular⁴.

El sustrato de los bienes jurídicos puede ser muy diverso. Puede ser, como señala Welzel, un objeto psicofísico (la vida, la integridad corporal), un objeto espiritual-ideal (el honor), una situación real (la paz del domicilio), una relación social (el matrimonio, el parentesco) o una relación jurídica (la propiedad)⁵. Bien jurídico es todo

¹ Véanse, por ejemplo, Stampa Braun, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, Miñón, Valladolid, 1953, pp. 19 y ss.; Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pp. 180 y ss.; José A. Sainz Cantero, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 13, y *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, I, Introducción, Bosch, Barcelona, 1979, p. 8; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, I, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, pp. 35 y ss., y III, 3.ª ed., 1965, pp. 103 y ss. y 1004 y ss.; Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 48 y ss.; Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, Parte General, Civitas, Madrid, 1977, p. 19.

² Sobre el concepto de bien jurídico, véanse la monografía de Polaino Navarrete, «El bien jurídico en el Derecho penal», *Anales de la Universidad Hispalense*, Serie Derecho, n.º 19, 1974, especialmente pp. 265 y ss., y su conferencia, «Rechtsgut und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag, 1974, pp. 97 y ss., especialmente pp. 101 y ss. Según Polaino Navarrete, el bien jurídico puede ser definido «como el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del Derecho penal» («El bien jurídico en el Derecho penal», p. 270, y «Rechtsgut und Strafrechtsreform», p. 101). Esta restricción del concepto de bien jurídico al Derecho penal no me parece convincente. El Derecho penal protege únicamente los bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión; véase, por ejemplo, en este sentido, v. Listz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 24.ª ed. (publicada por Eb. Schmidt), Walter de Gruyter, Berlín/Leipzig, 1922, pp. 3 y ss.

³ Sobre la relación de los conceptos de bien e interés, véase H. Mayer, *Strafrecht*, Kohlhammer, 1953, p. 53, y Stampa, ob. cit., pp. 94 y ss.

⁴ Véanse H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 52, y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Kohlhammer, 1967, p. 53.

⁵ Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 4.

bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho. La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho⁶.

El Derecho penal no protege los bienes jurídicos de un modo absoluto, pues éstos, como dice Welzel, han de cumplir su función en la vida social. El cumplimiento de esta función entraña a veces de modo necesario un cierto peligro (tráfico motorizado, industrias peligrosas, etc.) que ha de ser permitido por el Derecho penal. El Derecho penal protege los bienes jurídicos exclusivamente frente a determinadas formas de agresión⁷.

No hay que confundir el bien jurídico con el objeto material del delito, sobre el que recae la acción delictiva. En el hurto, por ejemplo, el bien jurídico protegido es el patrimonio y el objeto material, la cosa sustraída. El bien jurídico, como valor ideal del orden social, se distingue claramente de los objetos reales en que encarna⁸.

⁶ Véanse Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 4-5, y H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 53, y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 52. Este concepto material de bien jurídico se distingue claramente del concepto metodológico o teleológico formulado por Honig (*Die Einwilligung des Verletzten*, 1919) y acogido por Grünhut («Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», *Festschrift für R. Frank*, 1930, reimpresión Scientia Verlag Aalen, 1969, p. 8) y por Schwinge (*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930, pp. 21 y ss.) que identifica bien jurídico y *ratio legis*. Este último concepto es de carácter formal y no suministra criterio alguno al legislador acerca de las conductas que debe incriminar. Véase la crítica de este concepto metodológico de bien jurídico en H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 53, y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 52; Rudolphi, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1970, pp. 152 y ss.; y Polaino Navarrete, «El bien jurídico en el Derecho penal», pp. 159 y ss., 304 y ss. y «Rechtsgut und Strafrechtsreform», pp. 103 y ss. El concepto material de bien jurídico significa, además, según estos autores, una limitación del arbitrio del legislador. Esto sólo es cierto en una medida muy limitada, pues el ámbito de protección de los bienes jurídicos estará determinado por las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes. Lo mismo cabe decir del concepto de bien jurídico formulado por Mir Puig (*Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 131 y ss.); según él, «bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales» (p. 140) (el subrayado ha sido alterado). Al afirmar Mir Puig, a continuación, que «para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social», realiza ya una selección con arreglo a una determinada concepción política, en este caso democrática. Véanse, también en este sentido, José Luis Díez Ripollés, *El Derecho Penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 106-7, nota 285, y Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 342 y ss. Estos autores señalan, además, con razón, que dentro de un mismo sistema social y concretamente dentro de un sistema democrático caben diversas opciones. El mismo Mir Puig reconoce el condicionamiento de su concepto de bien jurídico por la concepción del Estado social y democrático de Derecho (véase *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 102) y que para que un bien jurídico pueda gozar de tutela penal es preciso que concurren determinadas condiciones adicionales; según él, suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal (véase «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *ius puniendi*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 209 y ss.).

⁷ Véase Welzel, ob. cit., p. 5.

⁸ Véanse, en este sentido, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1996, pp. 259-260 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. de la 4.ª ed. por José Luis Manzanera Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 234-235); Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2.ª ed., Verlag C. H. Beck, Múnich, 1994,

El Derecho penal protege los bienes jurídicos mediante sus normas (mandatos y prohibiciones). El Derecho penal prohíbe las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos o que encierran en sí el peligro de dicha lesión. Los mandatos del Derecho penal ordenan la realización de determinadas acciones para evitar las lesiones de los bienes jurídicos.

El término «norma» es utilizado aquí en el sentido de precepto jurídico independiente, obligatorio, en la forma de un mandato o una prohibición sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas. Esta definición de norma, que tiene su origen en Binding, es la más frecuente en la Ciencia jurídica alemana⁹ y se aparta de la tradición jurídica patria, que identifica norma y ley¹⁰. La norma en el sentido aquí definido es el presupuesto lógico de la ley. Cuando no haya sido expresamente formulada en el texto legal puede ser deducida del tipo de la ley penal¹¹.

La función del Derecho penal no puede limitarse, sin embargo, como ha puesto de manifiesto Welzel, a una protección actual de los bienes jurídicos, pues para ello llega generalmente demasiado tarde. La aplicación de la pena sigue a la comisión del delito. La función del Derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el Derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción¹².

EL DELITO

En la selección de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal y especialmente en la determinación del ámbito de protección de estos bienes jurídicos desempeñan un papel decisivo las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en un momento determinado. Las concepciones ético-sociales desempeñan un papel primordial, pues el Derecho penal castiga generalmente como delito las infracciones más graves de las normas de la Ética social¹³. Las concepcio-

p. 21 (n.º 24); Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, III, pp. 107 y ss.; y Polaino Navarrete, «El bien jurídico en el Derecho penal», pp. 279-280. Luis Gracia Martín destaca las funciones que puede desempeñar el objeto material del delito: limitativa de la protección del bien jurídico, diferenciadora entre tipos delictivos que protegen un mismo bien jurídico y servir de base para la configuración del resultado típico; véase *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Trivium, Madrid, 1990, p. 250.

⁹ Véanse Binding, *Die Normen und ihre Übertretung, I Normen und Strafgesetze*, reimpresión de la 4.ª ed. de 1922, Scientia Verlag, Aalen, 1965, p. 45; y Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1954, pp. 36 y ss.

¹⁰ Véase Stampa, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, p. 25.

¹¹ Sobre el problema de la existencia de las normas en este sentido, su relación con los juicios valorativos que constituyen su presupuesto lógico necesario y la cuestión de si existen otros preceptos jurídico-penales además de las normas; véase Armin Kaufmann, ob. cit., pp. 36 y ss. y 238 y ss.

¹² Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 2 y ss., y «Das Gesinnungsmoment im Recht», *Festschrift Julius v. Gierke*, Berlín, 1950, pp. 295 y ss.

¹³ Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 5 y ss.

nes ético-sociales son cambiantes a lo largo de la historia y ello explica la diversa regulación de algunas figuras delictivas. La usura, por ejemplo, severamente castigada en la Edad Media por influencia del cristianismo, era generalmente impune en el siglo XIX, por influencia de las ideas de la Ilustración y del liberalismo económico. En el Código penal de 1848 se castigaba únicamente, dentro de las estafas y otros engaños (art. 458), el caso calificado por el abuso de las pasiones o impericia del menor. La crisis del liberalismo económico a fines del siglo XIX y principios del XX se reflejó en la Ley Azcárate de 1908 que reguló ampliamente la usura como ilícito civil y en los Códigos penales de 1928, 1932 y 1944 que dieron una mayor amplitud a la punición de la usura¹⁴. En el nuevo Código penal de 1995, como consecuencia del auge de las concepciones neoliberales, desaparece, incluso, el delito de usura¹⁵. La progresiva superación del individualismo exacerbado del siglo XIX y la afirmación de una conciencia de solidaridad social explica la creación de las figuras delictivas de omisión de socorro y de la omisión de impedir ciertos delitos por la Ley de 17 de julio de 1951 (arts. 489 ter y 338 bis del viejo Código penal y 195, 196 y 450 del Código penal de 1995).

Las concepciones jurídicas desempeñan también un papel decisivo en la determinación del ámbito de lo ilícito penal y de un modo particular las concepciones acerca de la relación entre el Derecho penal y la Ética social. Según el criterio que inspiraba ya nuestro Código penal de 1848, no es función del Derecho penal la tutela de la totalidad del orden ético-social sino sólo en la medida en que sea necesario para la conservación de la sociedad¹⁶. El Derecho penal ha de limitarse a tutelar las normas fundamentales de la Ética social¹⁷. Las normas éticas y las jurídicas coinciden esencialmente en su contenido. El Derecho penal no puede exigir, sin embargo, la moralidad en el aspecto subjetivo, es decir, el cumplimiento de sus normas

¹⁴ Véase Gerardo Landrove Díaz, *El delito de usura*, Bosch, Barcelona, 1968, pp. 15 y ss.

¹⁵ Véase el contenido del Título XIII (arts. 234 y ss.) de los Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Es muy ilustrativa, a este respecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de nuevo Código Penal de 1992 (que sirvió de base al de 1994), donde se dice: «Desaparece el delito de usura y ocupa parcialmente su lugar un Capítulo titulado "De los préstamos y negocios abusivos" (que no se incluye tampoco en el nuevo Código penal). Se ha aceptado que el precio del dinero es algo que depende del mercado y de las circunstancias que concurran. Decir qué interés es justo y cual es reprimible resulta fuera de la realidad. [...]»; véase *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992, Exposición de Motivos, p. 35.

¹⁶ Véanse Pacheco, *Estudios de Derecho penal*, 5.ª ed. 1887, pp. 69, 83 y ss. y 86 y ss., y *El Código penal concordado y comentado*, I, 5.ª ed., Madrid 1881, pp. 77 y ss. («No todo lo que reconocemos como malo debe ni puede recibir la calificación de delito en nuestros preceptos. Es menester que la sociedad tenga un interés en ello, que se resienta con su perpetración, que le produzca perjuicios efectivos, asignables, no sólo del orden interno, sino también del orden exterior». p. 78).

¹⁷ Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 5-6. Según Antón Oneca: «Un cierto número de preceptos morales fundamentales tienen su refuerzo en las leyes penales, cuya aplicación es explicación, con el rigor persuasivo que adquiere el ejercicio de la fuerza al servicio de la razón. Asignar al Derecho penal tal función ética no supone el peligro de absorber en la protección penal toda la moral, porque precisamente el vigor y eficacia de aquélla depende de su reserva a casos graves; por lo que el interés mismo de apuntalar firmemente los principios fundamentales prohíbe que graviten sobre la pena los que no son estrictamente necesarios para la existencia del grupo social», (*La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, p. 93).

por la conciencia de su contenido valioso, sino que tiene que conformarse con el acatamiento externo de las mismas aunque se realice por móviles egoístas. La moralidad subjetiva tiene que confiarla necesariamente a la libertad del ciudadano¹⁸. En el ámbito de la moral sexual nuestro viejo Código penal no aceptó, desde un principio, dada su inspiración en el eclecticismo de Rossi y Pacheco, la equiparación de pecado y delito y castigaba sólo, dentro de los delitos contra la honestidad, aquellas conductas que ponen en peligro el desarrollo moral normal de la juventud, que por realizarse en público ofenden el pudor y pueden producir una conmoción en las concepciones ético-sociales, o que implican al mismo tiempo un ataque a otros bienes jurídicos, como la integridad corporal o la libertad¹⁹. El Código penal alemán de 1871, en cambio, había rebasado claramente los límites marcados por las necesidades sociales al castigar como delito la homosexualidad simple (entre adultos, sin violencia, ni intimidación, ni abuso de superioridad y en privado) y los actos deshonrosos con animales (bestialidad). La reforma de la regulación, en el Código penal español recientemente derogado, de los delitos de estupro, rapto y escándalo público, por las Leyes de 7 de octubre de 1978 y 9 de junio de 1988, supuso una amplia despenalización de las conductas contrarias a la moral sexual²⁰. En el nuevo Código penal se acentúa la adecuación del ámbito de las conductas punibles a las infracciones que se consideran actualmente más graves de la moral sexual y cuya sanción se considera imprescindible para el mantenimiento del orden social. Únicamente constituyen un ilícito penal las conductas que atentan contra la libertad sexual (epígrafe del Título VIII, del Libro II) o ponen en peligro el desarrollo moral normal de la juventud (por ejemplo, en los arts. 181.2.1.º, 183, 185, 186, 187, 188.3 y 189). El orden moral sexual sólo debe ser objeto de tutela en la medida en que sea imprescindible para el mantenimiento del orden social²¹.

¹⁸ Véase Welzel, «Das Gesinnungsmoment im Recht», *Festschrift Julius v. Gierke*, Berlín, 1950, pp. 295 y ss.

¹⁹ Una excepción clara representaba, como señalé ya en la primera edición del primer tomo de este *Curso*, 1976, la punición del adulterio y del amancebamiento (arts. 449 a 452), figuras delictivas que fueron suprimidas por la Ley 22/1978, de 26 de mayo.

²⁰ La más amplia despenalización se llevó a cabo en el antiguo delito de escándalo público (arts. 431 y 432), cuyo contenido se redujo por la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, a los actos de exhibicionismo y provocación sexual, de acuerdo con la propuesta de reforma realizada por J. L. Díez Ripollés en sus obras *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982, y *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 133 y ss.

²¹ No cabe duda, a mi juicio, de que el orden moral sexual puede ser objeto de protección por el Derecho penal y constituir un bien jurídico. Véase, en este sentido, H. Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 52; de otra opinión, por ejemplo, Roxin, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafen», *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, 1973, pp. 15 y ss. («Sentido y límites de la pena estatal»), en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. y notas por D. M. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 23 y ss.), y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 15 (n.º 12); Rudolph, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», p. 165, y *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Metzner, observaciones previas al art. 1.º, n.º 1 y ss.; Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, *Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Carl Heymanns Verlag, 1972, pp. 84 y ss.; Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, 1972, pp. 318 y ss.; y entre nosotros, Polaino Navarrete, «El bien jurídico en el Derecho penal», pp. 350-351; Muñoz Conde, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymanns Verlag,

Las concepciones políticas dominantes influyen también de un modo decisivo en el ámbito de lo ilícito penal, y no solamente dentro de los delitos contra la seguridad del Estado²². Piénsese, por ejemplo, en la introducción del delito de abandono de familia (Ley 12 de marzo de 1942), de adulterio (Ley de 11 de mayo de 1942) y en la Ley contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista de 24 de enero de 1941, a raíz de la guerra civil española y las oscilaciones en la punición de la conspiración, proposición y provocación para delinquir (que se castigan sólo en supuestos excepcionales en los Códigos penales de 1848, 1870, 1932 y 1995 de inspiración liberal y con carácter general, en los Códigos penales de 1850 —sólo la proposición y conspiración—, 1928 y 1944 de inspiración autoritaria)²³. El Derecho penal es siempre instrumento de protección del sistema político dominante —ésta es una de sus mayores servidumbres— y el contenido de las figuras delictivas contra la seguridad interior del Estado está determinado por las concepciones políticas vigentes. Toda reforma constitucional va seguida de una reforma, al menos parcial, del Código penal. En un planteamiento filosófico-jurídico hay que tener en cuenta, sin embargo, que si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia ha de respetar la condición del hombre como persona, como ser responsable. El Derecho tiene ya fuerza obligatoria por su mera positividad, por su virtud de superar el *bellum omnium contra omnes*, la guerra civil, pero en caso de una infracción grave del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana, carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho²⁴.

1974, pp. 321-322; «Función de la norma penal y reforma del Derecho penal», *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 4, 1973, pp. 413 y ss., e *Introducción al Derecho penal*, pp. 75 y ss. (aunque en su *Derecho Penal*, Parte Especial, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 410 y ss., considera que la rúbrica «Delitos contra la moral sexual» es la más adecuada para los delitos comprendidos en el Título IX del Libro II del Código penal recientemente derogado, al apreciarse en algunos de ellos claramente contenidos morales y no un ataque, en sentido estricto, o sólo en segundo término, a la libertad sexual); Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 135 y ss. y Díez Ripollés, *El Derecho Penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981, y *La protección de la libertad sexual*, pp. 15 y ss. Según estos autores, no es función del Derecho penal la tutela del orden ético-social, sino únicamente la prevención y el castigo de las conductas perjudiciales para la sociedad. El Estado, en una sociedad pluralista y democrática, no puede imponer una determinada concepción ética, ni convertirse en tutor moral de los ciudadanos. Es preciso señalar, sin embargo, que no se trata de la protección o imposición por el Derecho penal de cualquier concepción moral, sino la tutela del orden ético-social realmente vigente en la sociedad.

²² Véanse, sobre la influencia de las ideas políticas en el Derecho penal, Juan del Rosal, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2.ª ed., Valladolid, 1953, pp. 13 y ss.; José A. Sainz Cantero, *La influencia de las ideas políticas en las ideas penales*, Publicaciones de la Escuela Social de Granada, 1959; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, 3.ª ed., 1964, pp. 163 y ss.; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, 18.ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 16-7; Marino Barbero Santos, *Política y Derecho penal en España*, Túcar Ediciones, 1977, y Lorenzo Morillas Cueva, «Derecho penal e ideología», separata de la obra colectiva *Derecho y economía en la sociedad española actual*, publicada por el Centro Asociado de la UNED en Granada, Granada, 1978.

²³ Véase, a este respecto, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pp. 404 y ss.

²⁴ Este principio material de justicia es aceptado hoy por filósofos del Derecho de las más diversas direcciones; véanse, por ejemplo, Welzel, *Vom Irrenden Gewissen*, Mohr, 1949, p. 28; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed., 1962, pp. 239-240; «Derecho natural y positivismo jurídico», en *Más allá*

El Derecho penal castiga a veces como delito conductas carentes de relevancia ético-social o cuya relevancia ético-social es escasa; éste era el caso de algunas conductas castigadas en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, modificada por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, cuyo contenido penal quedó drásticamente reducido por el Real Decreto 1916/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior (modificado por el Real Decreto 42/1993, de 15 de enero), y luego suprimido por el Real Decreto 1638/1996, de 5 de julio²⁵.

El legislador debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad; es decir, el castigo como delito de conductas cuya relevancia ético-social o cultural (política, económica) sea escasa. La pena ha de ser considerada, según la opinión dominante en la doctrina moderna, como la *ultima ratio* en la defensa del orden social. Sólo se debe acudir a la pena cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones administrativas, civiles, etc.). El Derecho penal tiene un carácter subsidiario y, por tanto, fragmentario²⁶. Se habla, en este sentido, del principio de intervención mínima, como un principio fundamental del moderno Derecho penal²⁷.

El delito es, pues, desde el punto de vista material, una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y constituye una grave infracción de las normas de la Ética social o del orden político o económico de la sociedad²⁸.

del Derecho natural y del positivismo jurídico, (traducción y notas de Ernesto Garzón Valdés), Córdoba, Argentina, 1962, pp. 41 y ss.; H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1976, pp. 188 y ss.; Maihofer, *Recht und Sein*, Frankfurt a. Main, Klostermann, 1954, p. 92, «Die Würde des Menschen als Zweck des Staates», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, n.º 12, fasc. 2.º, pp. 38 y ss.; Eb. Schmidt, *Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, p. 19; Fechner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2.ª ed., Tubinga, 1958, pp. 91 y ss.; Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 2.ª ed., 1959, pp. 26 y ss.; A. Verdross, «Die Würde des Menschen in der abenländischen Rechtsphilosophie», en *Die Wiener Rechts-theoretische Schule*, I, Europa Verlag, Viena, 1968, pp. 833 y ss., especialmente pp. 842 y ss.; Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, 1975, especialmente pp. 206 y ss., 227 y ss. y 232, y Christian Stark, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie», en *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 805 y ss.

²⁵ Real Decreto 1638/1996, de 5 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Antón Oneca observaba ya, frente a quienes destacaban de un modo excesivamente unilateral la función moral de la pena, que: «Además, el Estado, como hemos indicado, aprovecha el instrumento penal para otros fines de utilidad, castigando hechos contrarios a normas moralmente menos importantes —o quizás indiferentes— cuando las demás sanciones no serían suficientemente eficaces. Estas infracciones sólo lesionan el *minimum ético* de modo indirecto, en cuanto el orden jurídico es imprescindible para el mantenimiento de aquellos otros postulados fundamentales», *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, p. 96.

²⁶ Véanse, en este sentido, por ejemplo, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 6 y 278; H. Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 54; Roxin, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafen», *lug. cit.*, pp. 13 y ss. («Sentido y límites de la pena estatal», *lug. cit.*, pp. 21 y ss.), y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 23-25 (n.ºs 28-31); Muñoz Conde, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», pp. 320 y ss. («Función de la norma penal y reforma del Derecho penal», p. 411), e *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 71 y ss.; y Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 125 y ss., y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 98 y ss.

²⁷ El término fue acuñado por Muñoz Conde (*Introducción al Derecho Penal*, pp. 71 y ss.) y ha hallado una amplia acogida en la moderna Ciencia del Derecho penal española.

²⁸ El concepto material del delito en nuestro Derecho penal, como en todos en los que rige el princi-

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. LA PENA

Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho penal moderno son las penas y las medidas de seguridad. La pena es la más antigua e importante de las consecuencias del delito. Su aparición coincide con la del Derecho penal. La polémica sobre el fundamento y los fines de la pena sigue aún abierta, sin embargo. Las teorías penales son innumerables y tienen sus raíces más profundas en la antigüedad clásica²⁹. Suelen agruparse las teorías penales en tres grandes grupos: teorías absolutas, relativas y unitarias o eclécticas.

Es insoslayable dilucidar aquí ya la cuestión del fundamento y los fines de la pena pues de ello depende, en definitiva, el sentido y la tarea del Derecho penal.

Las teorías absolutas encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*). La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito. Las teorías absolutas de la pena no aparecen hasta el idealismo alemán. Son Kant y Hegel sus representantes más destacados. La Ley penal es para Kant un imperativo categórico³⁰ (teoría de la retribución moral). «Incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si el pueblo que habita una isla acordase dispersarse y esparcirse por todo el mundo) el último asesino que se encontrara en la prisión —dice Kant— tendría que ser antes ejecutado, para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos [...]»³¹. Esta afirmación de Kant pone drásticamente de relieve que para él la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia y que los posibles efectos preventivos de la misma son ajenos a su esencia. Para Hegel, de acuerdo con su conocida fórmula dialéctica, la pena es la negación del delito y como tal afirmación del Derecho (teoría de la retribución jurídica)³². «La lesión que se le impone al delincuente no sólo es *en sí* justa —según Hegel—, sino que al serlo es expresión al mismo tiempo de su voluntad racional, expresión de su libertad, *su* derecho. [...] Al considerar a la pena en este sentido como *su* derecho se honra al delincuente como ser racional»³³. Los representantes de las teorías absolutas creen que si se justificase

pio de legalidad de los delitos y de las penas, tiene sólo relevancia para el legislador. Es el que ha de orientarle a la hora de regular las figuras delictivas. Véase, en este sentido, Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., C. F. Müller Verlag, 1971, pp. 144-145, y Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8.ª ed., 1992, pp. 167-168.

²⁹ Véase Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 9 y ss.

³⁰ Véase Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. Vorländer, Verlag F. Meiner, Hamburgo, 1959, Erster Teil, Anfangsgründe der Rechtslehre, par. 49 E, p. 159. El imperativo categórico, según Kant, es: «actúa sólo con arreglo a aquella máxima que tu quisieras al mismo tiempo que se convirtiese en una ley general», o «actúa como si la máxima de tu conducta se debiera convertir por tu voluntad en ley general de la naturaleza». Por máxima entiende Kant un principio subjetivo de conducta. Véase Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Kant Werke in Zwölf Bänden, VII, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie I, Theorie- Werk Ausgabe, Suhrkamp, 1956, p. 51.

³¹ Véase Kant, *Metaphysik der Sitten*, edición de Vorländer, Verlag F. Meiner, Hamburgo, 1959, Erster Teil, Anfangsgründe der Rechtslehre, par. 49, E, p. 161.

³² Véase Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4.ª ed., por J. Hofmeister, Verlag von F. Meiner, Hamburgo, 1955, párs. 95 y ss., especialmente párs. 97 y 99, pp. 91 y ss.

³³ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, par. 100, pp. 95-96.

la pena por sus efectos preventivos, es decir, por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana^{34, 35}.

Las teorías absolutas se explican históricamente como reacción a las concepciones utilitarias de la pena de los penalistas de la Ilustración³⁶ y carecen de representantes en la Ciencia penal española.

Las teorías relativas fundamentan la pena en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros (*punitur ut ne peccetur*). La pena se justifica por sus efectos preventivos. Dentro de la prevención suelen distinguirse la prevención general y la prevención especial. La prevención general se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena pueden infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito.

En la prevención general se incluye también, y en primer término, por algunos autores modernos, la función de ejemplaridad de la pena³⁷. Al sancionar las leyes pena-

³⁴ Véanse Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. de Vorländer, 1959, Erster Teil, Anfangsgründe der Rechtslehre, par. 49, E, pp. 158 y ss. («pues el hombre no puede ser utilizado nunca como simple medio para la realización de los propósitos de otro y ser incluido entre los objetos del derecho de cosas, de lo cual le protege su personalidad innata», lug. cit., p. 158), y Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hegel Studienausgabe 2 Fischer Bücherei, 1968, párs. 99 (al criticar la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach) y 100 («El Derecho y la Justicia tienen que tener su asiento en la libertad y en la voluntad y no en la falta de libertad, a la que se orienta la amenaza. Si se fundamenta la pena de este modo es como si se levanta el bastón contra un perro», par. 99, pp. 120-121).

³⁵ Véanse Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, p. 26; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 41 y ss. y 43 y ss.; H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 30, y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1967, p. 26; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 240; Roxin, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», lug. cit., p. 2 («Sentido y límites de la pena estatal», lug. cit., p. 12); y Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, pp. 70-71 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, pp. 61-62).

³⁶ Véase, a este respecto, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 240.

³⁷ Véanse, por ejemplo, H. Mayer, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1967, pp. 21-22; Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 93 y ss., y *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pp. 479-480; Noll, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift f. H. Mayer*, Duncker-Humblot, Berlín, 1966, pp. 220 y ss. (que habla de una prevención normativa); Roxin, que distingue de la simple intimidación una prevención general integradora, que consiste, según él, en el robustecimiento de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico, véase Roxin, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *Festschrift f. Paul Bockelmann*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1979, pp. 304 y ss. («Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», trad. por F. Muñoz Conde, en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, recopilación de artículos de Roxin, Reus, Madrid, 1981, pp. 180 y ss.); W. Hassemer, que distingue de la simple intimidación una prevención general positiva, que consistiría en la protección efectiva de la conciencia social de la norma, véase «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social» (trad. de M.ª Teresa Castiñeira), en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 132 y ss.; y G. Jakobs, según el cual la prevención general positiva consiste en el fomento del reconocimiento de la norma, en el que cabe distinguir tres aspectos: el fomento de la confianza en la norma, de la fidelidad al Derecho y de la aceptación de las consecuencias de la infracción de la norma; véase *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1991, pp. 13-14 (*Derecho Penal*, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, trad. por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 18-19). Roxin considera recientemente que la prevención de integración es el aspecto más importante de la prevención general positiva que comprende también los fines de pedagogía social y de robustecimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico; véase

les las normas fundamentales de la Ética social, realiza el Derecho penal una función pedagógica o formativa. La prevención especial implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la prevención especial suelen distinguirse en la doctrina moderna³⁸ los aspectos de la advertencia o intimidación individual, la corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, y la separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible. Las teorías relativas son, pues, concepciones utilitarias de la pena.

Teoría relativa de la pena era la de los penalistas de la Ilustración (Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach), que ponían el acento en la prevención general³⁹; la de la escuela positivista italiana (Lombroso, Ferri y Garofalo), que vinculaban la pena a la peligrosidad del delincuente y le asignaban como fin primordial el de la prevención especial⁴⁰; la de la escuela correccionalista-positivista (Dorado Montero)⁴¹; la de la tercera escuela o escuela del positivismo crítico italiana (Alimena y Carnevale)⁴²; la de la escuela sociológica o político-criminal de v. Listz⁴³; la de la nueva defensa social (Gramática, Ancel, Graven)⁴⁴; la concepción de la pena del Proyecto

Roxin, «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, editado por H. Schöch, Neue Kriminologische Studien, tomo IV, W. Fink Verlag, Múnich, 1987, p. 48, y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p. 36 (n.º 27).

³⁸ Véanse, por ejemplo, v. Listz, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Erster Band (reimpresión fotomecánica), Walter de Gruyter, Berlín, 1970, pp. 163 y ss. (*La idea de fin en el Derecho Penal*, trad. por Carlos Pérez del Valle, con Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Comares, Granada, 1995, pp. 80 y ss.; hay otra versión castellana por Enrique Aimone Gibson, con prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, «Franz von Listz y el «Programa de Marburgo»», Edeval, Valparaíso, 1984); y Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid 1949, p. 479, y *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 71 y ss.

³⁹ Véanse Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 33 y ss., y «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 166, julio-septiembre 1964, pp. 415 y ss.

⁴⁰ Véanse Ferri, *Principii di Diritto criminale*, UTET, Turín, 1928, pp. 45-46 y 48-49; Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 23-24; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 60 y ss.; y Sainz Cantero, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, pp. 78 y ss.; y *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, I, Introducción, pp. 130 y ss.

⁴¹ Véanse Dorado Montero, *El Derecho protector de los criminales*, Librería G. de V. Suárez, Madrid, 1916, especialmente I, pp. 315 y ss.; Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 37 y 38 y *La utopía Penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1950; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 135 y ss.; y *Homenaje a Dorado Montero*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 195, oct.-dic., 1971.

⁴² Véanse Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 24-25; Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General, vol. primero, 18.ª ed., Bosch, Barcelona, 1980, p. 54, y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 87 y ss.

⁴³ Véanse v. Listz, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *lug. cit.*, pp. 160 y ss. (*La idea de fin en el Derecho Penal*, pp. 78 y ss.); Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 27; y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 89 y ss.

⁴⁴ Véanse F. Gramática, *Principios de defensa social*, trad. castellana de J. Muñoz y Núñez de Prado y L. Zapata Aparicio, Montecorvo, Madrid, 1974; M. Ancel, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de Politique criminelle humaniste)*, 3.ª ed., Cujas, París, 1981, pp. 212 y ss. y 256 y ss. [hay trad. castellana de la 1.ª ed. por F. Blasco Fernández Moreda y Delia García Daireaux: *La nueva defensa social (Un movimiento de política criminal humanista)*, La Ley, Buenos Aires, 1961, pp. 126 y ss.]; Beristain, «Estructuración ideológica de la nueva defensa social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1961, fasc. 3.º, pp. 423 y ss., y «Análisis crítico de la nueva defensa social», *Revista de Estudios Penitenciarios*,

Alternativo de Código penal alemán y las de Noll y Jakobs, en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana⁴⁵. En la moderna Ciencia del Derecho penal española, Gimbernat, Luzón Peña y Bacigalupo sustentan una teoría relativa, o utilitaria de la pena⁴⁶.

Las teorías unitarias reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero consideran que ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines de la prevención general y la prevención especial. Las teorías unitarias tienen su raíz en Aristóteles y Santo Tomás⁴⁷, han sido sustentadas, con diversas variantes, por los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII⁴⁸, por Pacheco⁴⁹, la escuela correccionalista es-

abril-junio 1962, pp. 5 y ss.; Rodríguez Mourullo, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1965, pp. 13 y ss.; Antón Oneca, «Las teorías penales italianas en la postguerra», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1967, fasc. 1 y 2, pp. 26 y ss.; Sainz Cantero, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, pp. 95 y ss.; *Lecciones de Derecho Penal*, I, Introducción, pp. 147 y ss.; Agustín Jorge Barreiro, «Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana», *Ensayos Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974, pp. 205 y ss. y 228; *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 68 y ss.; y M. Barbero Santos, «La defensa social, treinta años después», *Doctrina Penal*, año 8, n.º 30, abril-junio, 1985, pp. 201 y ss.

⁴⁵ Véanse el art. 2.º del *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, Mohr, Tübinga, 1966, y la fundamentación de este artículo en las pp. 29 y 31; P. Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr, Tübinga, 1962, y *Schweizerisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, Schulthess, Zürich, 1981, pp. 17 y ss. (que califica a su teoría de la pena como «teoría preventiva limitada por las exigencias del Estado de Derecho») (Stefan Trechsel, en la edición póstuma de la Parte General de Noll, se inclina, en cambio, por una teoría unitaria o ecléctica de la pena; véase Noll-Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 2.ª ed., Schulthess, Zürich, 1986, pp. 18 y ss.), y G. Jakobs, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, pp. 5 y ss. y 27 y ss. (teoría de la prevención general positiva, con arreglo a la cual «la tarea de la pena consiste en el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para el contacto social. El contenido de la pena es la contradicción de la desautorización de la norma a costa de su infractor» (p. 10); la prevención especial ocupa un rango secundario para colmar las lagunas de la teoría de la prevención general positiva, especialmente en la ejecución y en la medición de la pena (p. 28) (*Derecho Penal*, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, pp. 8 y ss. y 34 y ss.).

⁴⁶ Véanse Gimbernat, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en *Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 503 y ss., «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, I, 1971-1972, pp. 280 y ss., especialmente 286 y ss., incluido en su volumen *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175 y ss., especialmente 179 y ss.; «Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit», separata de *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel*, Walter de Gruyter, Berlín, 1974, pp. 165 y ss., y su conferencia, «La culpabilidad como criterio regulador de la pena», en el *Coloquio internacional de Derecho Penal*, celebrado en Santiago de Chile del 4 al 12 de abril de 1973, organizado por el Instituto de Ciencias Penales de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, 3.ª época, enero-abril, 1973, n.º 1, tomo XXXII, pp. 30 y ss.; Diego Manuel Luzón Peña, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 21 y ss., «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 141 y ss. (publicado también con el título «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 16, 1982, pp. 93 y ss.), y *Curso de Derecho Penal*, Parte General, I, Universitas, Madrid, 1996, pp. 59 y ss. y 68-69, y Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 2.ª ed., Akal, Iure, Madrid, 1990, pp. 23 y ss.

⁴⁷ Véase Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 14 y ss. y 19 y ss.

⁴⁸ Véase Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 21 y ss.

⁴⁹ Véase Pacheco, *Estudios de Derecho Penal*, 5.ª ed., Madrid, 1887, pp. 241 y ss. y 245 y ss.

pañola (Silvela, Concepción Arenal)⁵⁰ y son las dominantes en la moderna Ciencia del Derecho penal española^{51, 52}.

Un análisis más profundo de las teorías unitarias permite descubrir, sin embargo, diferencias importantes. Algunos de sus representantes (Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo, Casabó y Landrove) distinguen entre fundamento y fines de la pena y consideran que el fundamento de la pena está constituido *exclusivamente* por la re-

⁵⁰ Véanse Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, I, pp. 258 y ss.; Antón Oneca, «La teoría de la pena de los correccionistas españoles», *Estudios Jurídico-sociales*, Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 1015 y ss., y 1020 y ss.; y Agustín Fernández Albor, «Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias», separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 180-181, enero-junio, 1968, pp. 21 y ss. y 29 y ss.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 93 y ss.; *Derecho penal*, Parte General, pp. 477 y ss.; y «Die modernen Straftheorien in den lateinischen Ländern», *Z. Str. W.*, tomo 80, 1968, fasc. 2, pp. 456 y ss.; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 120 y 133, aunque para el inmediato mañana prevé un Derecho penal puramente preventivo (con dualidad de códigos, uno penal, para la peligrosidad postdelictual y otro preventivo, para la peligrosidad predelictual) y para el remoto porvenir la desaparición del Derecho penal y su absorción por la Criminología, véase, *lug. cit.*, pp. 120, 214 y ss. y 219 y ss., y tomo I, pp. 109 y ss.; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 883; Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. Segundo, 18.ª ed., 1981, pp. 714 y ss., y 717 y ss.; y *La moderna penología*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 17 y ss.; Quintano Ripollés, «La evolución del Derecho penal moderno ("contra corriente")», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1957, fasc. 2.º, p. 297; «Culpabilidad y retribución como premisas lógicas de la Justicia penal», separata de *Estudios Jurídico-sociales*, Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra, II, p. 1041, y *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, pp. 475-477; Rodríguez Mourullo, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1965, pp. 10 y 13; Beristain, «Vers un occumenisme historique en droit pénal. Réflexions sur la peine retributive chez les canonistes», separata de la *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, n.º 3, Sirey, París, pp. 581-582 y «El catolicismo ante la pena de muerte», en *La pena de muerte*, 6 *Respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975, pp. 163 y ss. (publicado también en alemán, «Katholizismus und Todesstrafe», *Z. Str. W.*, tomo 89, 1977, fasc. 1.º, pp. 221 y ss.); Núñez Barbero, «El sentido actual de las sanciones criminales», separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 193, abril-junio 1971, pp. 1163 y ss.; Casabó, en *Comentarios al Código Penal*, de J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, Ariel, Barcelona, 1972, p. 8; Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 35 y ss., y adiciones a la traducción de la 3.ª ed. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, pp. 111-112; Gerardo Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 22-23; S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 88 y ss.; José A. Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, I, Introducción, pp. 19 y ss. especialmente p. 22; Antonio García-Pablos de Molina, «Problemas y tendencias actuales de la Ciencia Penal», en *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 128 y ss.; Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, pp. 190 y ss. y 264 y ss.; Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal*, Parte General, I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pp. 120 y ss.; M. Cobo del Rosal-T. S. Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 631-632; Lorenzo Morillas Cueva, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 46 y ss.; y Joaquín Cuello Contreras, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 90 y ss.

⁵² Las teorías unitarias son también las dominantes en Alemania; véanse, por ejemplo, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 63 y ss.; y 75 y ss. (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, pp. 55 y ss. y 66 y ss.); Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 238 y ss.; Armin Kaufmann, «Die Aufgabe des Strafrechts», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Gesammelte Aufsätze und Vorträge, Carl Heymanns Verlag, 1982, pp. 263 y ss. («La misión del Derecho Penal», trad. de S. Mir

tribución⁵³. En el fondo sustentan, pues, una teoría absoluta, aunque le asignen también a la pena los fines de la prevención general y la prevención especial. Antón Oneca, en cambio, aunque reconozca el carácter retributivo de la pena, garantía de la proporcionalidad de las penas y los delitos, de los derechos de la persona y de la exclusión de la responsabilidad objetiva, sustenta en realidad una teoría relativa, pues justifica la pena exclusivamente por su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros. Esta concepción relativa de la pena, que queda algo desdibujada en su Tratado⁵⁴, se advierte con toda claridad en su lección de apertura del curso 1944-1945 en la Universidad de Salamanca, donde incluye, siguiendo a H. Mayer, la retribución en la prevención general⁵⁵. La proporcionalidad del delito y la pena es, según Antón, una exigencia de la ejemplaridad, que constituye para él la manifestación más importante de la prevención general. Sólo será ejemplar la pena proporcionada a la gravedad del delito. Esta concepción relativa de la pena se aprecia otra vez claramente en su conferencia sobre las modernas teorías penales en los países latinos en la Universidad de Bonn, donde manifiesta, incluso, su conformidad con la teoría de la pena del Proyecto

Puig, en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1981, pp. 9 y ss.; Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 74 y ss.; *Schmidhäuser, Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, J.C.B. Mohr, Tübinga, 2.ª ed., 1975, pp. 52 y ss.; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübinga, 1984, pp. 17 y ss.; H. Mayer, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1967, pp. 20 y ss. y 26 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, Carl Heymanns Verlag, 3.ª ed., 1981, pp. 16 y ss. y 24 y ss.; Baumann-Weber, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9.ª ed., 1985, Verlag E. y W. Gieseking, Bielefeld, pp. 15 y ss. Aunque Roxin califica a su doctrina de teoría unitaria dialéctica, en realidad sustenta una teoría relativa, pues rechaza la esencia retributiva de la pena y que ésta pueda hallar su justificación en la culpabilidad. Invoca únicamente el principio de culpabilidad para establecer un límite a la medida de la pena en aras del respeto a los derechos de la persona; véanse: «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, 1973, pp. 1 y ss., especialmente pp. 12 y ss. y 27 y ss. («Sentido y límites de la pena estatal»), *lug. cit.*, pp. 11 y ss., especialmente pp. 20 y ss. y 33 y ss.) y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 52 y ss. (n.º 35 y ss.). Zipf invoca también únicamente el principio de culpabilidad como límite y no como fundamento de la pena; véase Zipf, en Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband 1, pp. 79 y ss. y 83 y ss.

⁵³ Véanse, Quintano Ripollés, «La evolución del Derecho penal moderno ("contra corriente")», *lug. cit.*, p. 297 («Si quisiera hacer ver, sin embargo, que la noción más elemental de justicia exige hoy, como ayer y como siempre, la culpa contracta, en base precisamente al *quia peccatur*. El segundo propósito teleológico del *ut ne peccetur* es valedero, sin duda, pero siempre secundario»); «Culpabilidad y retribución como premisas lógicas de la Justicia penal», *lug. cit.*, p. 1041 («se castiga porque se ha delinquido y el para qué en perspectiva de fines, es ya añadidura, todo lo importante que se quiera políticamente, pero añadidura al fin»); y *Curso de Derecho Penal*, I, p. 476; Rodríguez Mourullo, *lug. cit.*, pp. 10-11 («En lo único en que insiste hoy el retribucionismo es en que el fundamento de la pena y el criterio para determinar su gravedad, no puede ser otro que el de la proporcionalidad con la culpabilidad del autor») y *Derecho Penal*, Parte General, Cívitas, Madrid, 1977, pp. 16-17 («El delito como injusto (hecho contrario al Derecho) culpable (personalmente reprochable al autor) es presupuesto fundamentador de la pena (privación retributiva de bienes»); Casabó, *lug. cit.*, p. 8 («El fundamento justificante de la imposición de una pena únicamente puede residir en la previa realización culpable de una conducta considerada por la ley como antijurídica»), y Landrove, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 22-23 («El fundamento justificante de la pena radica en la previa realización por el sujeto de una conducta considerada delictiva por la ley. La pena es retribución por el delito cometido [...] Este fundamento —indiscutible en buena lógica— no obsta para que puedan perseguirse otros fines con la imposición de las penas [...]»). Éste es también el criterio de Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, pp. 665-666.

⁵⁴ Véase *Derecho Penal*, Parte General, pp. 477 y ss.

⁵⁵ Véase *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 93 y ss.

alternativo del Código penal alemán⁵⁶. En ésta se abandona expresamente la idea de la retribución como fundamento de la pena y la culpabilidad aparece sólo como límite de la misma en virtud de las exigencias del Estado de Derecho⁵⁷. También Muñoz Conde, aunque considera que «la idea de la retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado», justifica únicamente la pena por su necesidad⁵⁸. Mir Puig distingue el concepto de la pena (ésta es retribución) y la justificación de la misma, que se basa exclusivamente en su función de «protección de los bienes jurídicos a través de la prevención»⁵⁹.

La pena es una especie del género sanción jurídica; es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal⁶⁰. La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución. No puede concebirse, en cambio, la retribución como la compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente. La pena al tener su fundamento en la gravedad del delito cometido, es decir en la medida de lo ilícito y de la culpabilidad, permite la expiación de la culpabilidad por parte del delincuente. La expiación es posible, pero no necesaria, pues no puede ser impuesta por la fuerza. Implica la aceptación voluntaria de la pena como sanción justa del delito cometido⁶¹. La proporcionalidad de la pena y el delito es una exigencia de la jus-

⁵⁶ Véase «Die modernen Straftheorien in den lateinischen Ländern», *Z. Str. W.*, tomo 80, 1968, fasc. 2.º, pp. 456-458.

⁵⁷ Véase *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, texto y fundamentación de los arts. 2 y 59, pp. 28-29 y 108-109.

⁵⁸ Véase F. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, pp. 33 y 37. En sus adiciones a la trad. de la 3.ª ed. del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de Jescheck, realizada por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, I, pp. 111-112, precisa Muñoz Conde su pensamiento de la siguiente manera: «Muñoz Conde defiende una teoría dialéctica de la pena que atiende a la función que ésta cumple en cada fase de la realización del poder punitivo del Estado. En la fase legislativa de la pena, a nivel de conminación penal, tiene una función preventiva general; en la fase judicial, es decir, en el momento de la aplicación y determinación de la pena a imponer al autor de un delito, esa función preventiva general se limita con el criterio retributivo basado en la culpabilidad; en la fase ejecutiva se pretende, junto a la confirmación de la intimidación general que supone el cumplimiento efectivo de la pena con que se amenazaba en el tipo penal, la intimidación particular y el aseguramiento del condenado y, en su caso, sobre todo en la ejecución de las penas privativas de libertad, su resocialización».

⁵⁹ Véase S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pp. 90 y ss., 114 y ss.; *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 29 y ss., y *Derecho Penal, Parte General*, pp. 9 y 73 y ss.

⁶⁰ Se ha adherido básicamente a mi teoría unitaria de la pena Luis Gracia Martín, «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *Actualidad Penal*, 1993, n.º 37, p. 550.

⁶¹ Véanse, en este sentido, Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, p. 50; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, pp. 15-16 (que señala como a veces se habla de expiación en relación con las teorías absolutas, pero entonces se utiliza el término como sinónimo de retribución); Arthur Kaufmann, «Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht», apéndice a la 2ª ed. de *Das Schuldprinzip*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976, pp. 272 y ss. (que subraya la conexión entre la expiación, como reconciliación consigo mismo y con la sociedad y la reinserción social); y Zipf, en Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p. 86.

ticia y no solamente de la prevención general, como estimaban los penalistas de la Ilustración (según los cuales, más eficaz que la pena severa o cruel es la pena pronta, segura y proporcionada al delito)⁶² y como señalan H. Mayer y Antón Oneca, al destacar que sólo la pena justa es ejemplar⁶³. Si la pena rebasa la gravedad del delito, en virtud de las exigencias de la prevención general, el delincuente es utilizado como medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Esto implica un desconocimiento de su dignidad humana⁶⁴. Si la pena rebasa la gravedad del delito en virtud de las exigencias de la prevención especial, el delincuente no es utilizado como medio o instrumento, sino considerado como un fin, siempre que se trate de curarle, corregirle o enmendarle. No así, en cambio, si se trata de apartarle de la sociedad (inocuidización). No obstante, en aquellos casos la pena es también injusta porque rebasa la medida de la culpabilidad. La pena puede ser, sin duda, inferior a la gravedad del delito, si la aplicación de la pena justa no es necesaria para el mantenimiento del orden social. Si los fines de la prevención general y la prevención especial no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el tribunal puede aplicar una pena inferior (dentro del margen de arbitrio judicial reconocido por el Código), o dejar de aplicarla (condena condicional o suspensión de ejecución de la pena)⁶⁵.

⁶² Véanse, por ejemplo, Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, Capítulo 6, «Proporción entre los delitos y las penas», pp. 35 y ss.; Capítulo 19, «Prontitud de la pena», pp. 60 y ss., y Capítulo 27, «Dulzura de las penas», pp. 71 y ss.; véase, también, Antón Oneca, «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *lug. cit.*, pp. 415 y ss., especialmente pp. 420 y 426.

⁶³ Véanse H. Mayer, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, F. Enke Verlag, Stuttgart 1936, pp. 34 y 49 y ss.; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1953, pp. 23 y 25; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1967, pp. 21-22; y Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 93 y ss.; y «Die modernen Straftheorien in den lateinischen Ländern», p. 457. Luzón pretende deducir, incluso, de la simple intimidación la proporcionalidad de la pena «a la gravedad del injusto y a la normal o menor culpabilidad»; véase D. M. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, ob. cit., pp. 38-39, y «Prevención general y psicoanálisis», *lug. cit.*, p. 145.

⁶⁴ Véanse Kant y Hegel, *lug. cit.*, en la nota 34; y Roxin, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *lug. cit.*, pp. 19 y ss. («Sentido y límites de la pena estatal», *lug. cit.*, pp. 26 y ss.); «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander v. Humboldt Stiftung, Carl Heymanns Verlag, 1974, p. 285 («Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», trad. por F. Muñoz Conde, en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, p. 47); «La culpabilidad como criterio limitativo de la pena», conferencia pronunciada en el Coloquio internacional de Derecho Penal, celebrado en Santiago de Chile del 4 al 12 de abril de 1973, organizado por el Instituto de Ciencias Penales de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, 3.ª época, enero-abril, 1973, n.º 1, t. XXXII, p. 19, y «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1987, fasc. 4.º, p. 365 («¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», trad. de J. M.ª Silva Sánchez, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 30, 1986, p. 681) y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p. 50 (n.º 31). El principio de la proporcionalidad de las penas y los delitos aparece también, por ello, como una garantía política; véase, a este respecto, Rodríguez Mourullo, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», pp. 9 y ss.

⁶⁵ Véanse, en este sentido, Roxin, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *lug. cit.*, p. 24 («Sentido y límites de la pena estatal», *lug. cit.*, p. 30); «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *lug. cit.*, pp. 307 y 308 («Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», *lug. cit.*, pp. 185-186); «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», pp. 373 y ss. («¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», p. 689), y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 57 (n.º 48) y 59 (n.º 53); el párrafo 2.º del art. 59 del Proyecto Alternativo de Código penal alemán y la fundamentación de este precepto y del art. 2.º, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil,

La proporcionalidad del delito y de la pena es una exigencia de la justicia, pero sirve, sin duda a la prevención general, que consiste primordialmente en la ejemplaridad y sólo en segundo término (cuando se trate de infracciones de carácter político o económico irrelevantes desde el punto de vista ético-social o cuya relevancia sea escasa) en la intimidación⁶⁶. La proporcionalidad del delito y de la pena sirve también en muchos casos a la prevención especial. Una pena justa, adecuada a la gravedad del delito es más favorable a la corrección o enmienda del delincuente que una pena desproporcionada o injusta. El esfuerzo por conseguir la corrección o enmienda del delincuente es, por otra parte, en nuestra época, como ha señalado Antón Oneca, una exigencia de la ejemplaridad de la pena y por tanto, de la prevención general⁶⁷.

La pena no puede encontrar su fundamento únicamente en los fines preventivos, de la prevención general y de la prevención especial. Un Derecho penal basado en la prevención general, aun no concebida ésta como mera intimidación, daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves, o de los que se cometen con mayor frecuencia. Se llegaría fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito.

Si la pena persiguiese únicamente el fin de la prevención especial — como pretende el sector más radical de la nueva defensa social — el Derecho penal no podría cumplir su misión de protección de los bienes jurídicos⁶⁸. La inmensa mayoría de la criminalidad (el 80 ó 75 por 100, según Frey)⁶⁹ está constituida por los delincuentes ocasionales, en los que no cabe apreciar una peligrosidad criminal, es decir, una probabilidad mayor o menor de que vuelvan a delinquir. Estos delincuentes no están necesitados de un tratamiento correctivo de prevención especial. Habría que prescindir, por ello, en estos casos de toda sanción, con grave menoscabo de la función de protección de los bienes jurídicos, propia del Derecho penal. Las exigencias de la prevención especial podrían dar lugar, además, en casos de delincuentes peligrosos que

pp. 31 y 109. De otra opinión, Zipf, en Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 88 y ss., que considera que la pena no puede ser inferior al límite mínimo del marco fijado por la medida de la culpabilidad (teoría del marco de la culpabilidad o del margen de arbitrio).

⁶⁶ Véase, en este sentido, Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pp. 95-97.

⁶⁷ Véanse, Antón Oneca, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, p. 95; y «Die modernen Strafrechtstheorien in den lateinischen Ländern», p. 457.

⁶⁸ En este sentido también Frey, «Strafrecht oder Soziale Verteidigung?», *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1953, tomo 68, pp. 410, 418 y 425-426; «Die Rolle der Kriminologie als "Führerin und Ratgeberin" der Strafrechtsreform», en *Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform*, Freiburg i. Br., 1958, pp. 41 y 45. La imposibilidad de orientar la sanción exclusivamente en los fines de la prevención especial es admitida por algunos representantes moderados del movimiento de defensa social, véanse, por ejemplo, Olivecrona, «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», *Z. Str. W.*, tomo 69, 1957, pp. 400 y ss.; Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 1981, p. 197; y Graven, «Droit pénal et défense sociale», *Revue pénale suisse*, 1955, fasc. 1.º, pp. 1 y ss., especialmente 41 y ss.

⁶⁹ Véase Frey, «Strafrecht oder Soziale Verteidigung?», *Schw. Z. f. Straf*, 1953, tomo 68, pp. 425-426. El 20 o el 25 por 100 restante está integrado por los delincuentes reincidentes de criminalidad temprana (10 ó 15 por 100) y los delincuentes ocasionales en los que juegan un papel criminógeno decisivo factores biológicos, especialmente perturbaciones psicógenas.

sean autores de delitos de escasa gravedad, a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito y por tanto injustas⁷⁰.

En el artículo 25, apartado 2, de la Constitución española se dispone que las penas privativas de libertad «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Esta exigencia sólo puede tener el sentido de que éste sea uno de los fines esenciales de estas penas, de modo que siempre que fuera necesario se haga todo lo posible para conseguir la reeducación y reinserción social del delincuente⁷¹. Más correcta me parece, por ello, la redacción del artículo 1.º de la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, que asigna a las Instituciones Penitenciarias «como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la *retención y custodia* de detenidos, presos y

⁷⁰ Nos hallamos, por otra parte, en un momento de escepticismo y sentimiento de frustración en cuanto a las posibilidades de la prevención especial. Se habla del abandono de la ideología del tratamiento. Se considera que el tratamiento debe realizarse, cuando sea necesario, si el delincuente lo acepta voluntariamente, pero nunca se puede justificar una sanción por las exigencias del tratamiento, dada la escasa eficacia de sus resultados. Se rechaza, además, la posibilidad de justificar las sanciones por las exigencias de la inocuización, pues esto implicaría el castigo por un delito que el sujeto aún no ha cometido, pero cuya comisión futura se considera probable. En este sentido se manifiesta el Informe n.º 5, *A New Penal System. Ideas and Proposals*, del Comité Nacional Sueco para la prevención del delito publicado en Estocolmo, Suecia, en julio de 1978 (véase la traducción castellana por José Luis Díez Ripollés y mi introducción a este interesante Informe, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, fasc. 1.º, pp. 179 y ss.). Véanse, también, a este respecto, Jescheck, «Die Krise der Kriminalpolitik», *Z. Str. W.*, 1979, fasc. 4, pp. 1037 y ss. (traducción castellana, por Julio B. J. Mayer, «La crisis de la política criminal», publicada en *Doctrina Penal*, enero-marzo 1980, n.º 9, pp. 45 y ss.) y Peter J. Lejins, «La crise actuelle de la politique criminelle aux États-Unis», *Archives de Politique Criminelle*, 4, 1980, pp. 45 y ss. No sólo los medios, sino el objeto y las metas de la resocialización han sido puestos, además, en tela de juicio, principalmente por la criminología crítica, de inspiración marxista; véanse, a este respecto, Francisco Muñoz Conde, «La resocialización del delincuente, Análisis y crítica de un mito», en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 61 y ss.; «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 87 y ss., y Antonio García-Pablos de Molina, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal», en *Estudios Penales*, pp. 17 y ss.

⁷¹ Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, al analizar este precepto constitucional, consideran que: «Esta orientación ha de extenderse a las restantes penas y no excluye, claro está, los fines de prevención general»; véase *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 883. Córdoba Roda, «La pena y sus fines en la Constitución», en *La reforma del Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 151 y ss., después de señalar los inconvenientes de una interpretación estricta del precepto constitucional, en el sentido de que el único fin de la pena y de las medidas de seguridad privativas de libertad sean la reeducación y reinserción social, considera que: «El artículo 25 de la Constitución admite, sin embargo, una segunda interpretación menos radical. Cabe aquí argumentar que el propósito al que la referida norma parece responder no es otro que el de dar entrada a un principio de humanización que proscriba la imposición de sanciones inútiles inspiradas en un simple fin de castigar, por la crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males» (p. 158). Luzón Peña considera que la «declaración inicial del art. 25.2 pese a la generalidad de su formulación, está fundamental y específicamente referida a la fase de ejecución de la pena, como lo demuestra el contexto global de ese apartado 2 [...]» y «así entendida, esta declaración significa que el fin primordial de la ejecución de las penas privativas de libertad (y medidas) es la resocialización y es perfectamente compatible y coherente con que la prevención general sea otro o incluso el principal fin en las fases anteriores: de conminación e imposición de la pena»; véase Diego Manuel Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, pp. 47-48. Para Boix Reig: «Se trata, únicamente, de la expresión constitucional si bien muy imperfectamente formulada, de derechos del condenado que se proyectan sobre la dimensión ejecutiva de las penas (privativas de libertad) y de las me-

penados»⁷². De la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que inspira la Constitución (art. 1.1), no es posible derivar la exigencia de que la reeducación y reinserción social del delincuente constituya el *único* fin de la pena y ni siquiera que deban atribuirse a la misma funciones *exclusivamente* preventivas (prevención general y prevención especial)⁷³. La concepción del Estado social y democrático de Derecho es incompatible únicamente con las teorías absolutas de la pena. Una concepción unitaria de la pena, que encuentre su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro, satisface en mayor medida las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas⁷⁴.

El nuevo Código penal de 1995 se inspira en una teoría unitaria de la pena, que aúna los fines de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución), de la prevención general y de la prevención especial⁷⁵. En la Exposición de Motivos se declara que: «El Código penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal» y, al mismo tiempo, se resalta en ella la «reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna»⁷⁶.

didas de seguridad, señalando unas orientaciones o tendencias»; véase M. Cobo del Rosal y J. Boix Reig, «Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social», en *Comentarios a la Legislación Penal, I, Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 217 y ss., especialmente p. 223, y J. Boix Reig, «Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)», en *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 111 y ss. El Tribunal Constitucional considera, en línea con el pensamiento de Luzón y Boix Reig, que «el art. 25.2 contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad [...], pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad» (Sentencia 150/1991, de 4 de julio, Fundamento jurídico 4b).

⁷² La cursiva ha sido añadida.

⁷³ Como estima Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 29 y ss., y *Derecho Penal*, Parte General, p. 73.

⁷⁴ Mercedes Pérez Manzano considera que «el marco valorativo constitucional avala una teoría mixta de la pena»; véase *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 239 y ss., y especialmente pp. 247-248.

⁷⁵ El Código penal de 1848 se inspiraba en un principio en el eclecticismo de Rossi y de Pacheco, que aunaba las ideas de la retribución y la prevención general y en él se fueron introduciendo, en sucesivas reformas, instituciones orientadas en los fines de la prevención especial (por ejemplo, la libertad condicional, la condena condicional y la redención de penas por el trabajo); véase, a este respecto, la edición anterior (4.ª) de este *Curso*, I, p. 34.

⁷⁶ El Proyecto de Código Penal de 1992, que sirvió inmediatamente de base al de 1994, se inspiraba también en una teoría unitaria de la pena. En la propia Exposición de Motivos se aludía a los fines de prevención general y especial, y retribución: «Esta es, pues, la primera decisión de un nuevo Código post-constitucional: la de resolver si además de las penas privativas de libertad previstas en la Constitución hay otro tipo de penas que, sin menoscabo de sus fines de prevención o retribución, se oriente mejor a la reeducación o reinserción»; véase *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992, p. 15. Ésta era ya la orientación del Proyecto de 1980, en cuya Exposición de Motivos se declaraba que: «El nuevo Código concibe la pena como un cas-

La orientación básica del nuevo Código penal, en cuanto a la teoría de la pena, me parece correcta. Es lamentable, sin embargo, que no se haya logrado una mayor armonía entre los diversos fines de la pena. En ocasiones se pone excesivamente el acento en la prevención general, mientras que en otros preceptos se atiende en exceso a las exigencias de la prevención especial, con grave quebranto de la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico.

La pena de prisión tiene, en general, un límite máximo de duración de veinte años (art. 36), pero, aparte de los supuestos de concurso de delitos (art. 76), en algunas figuras delictivas se establecen penas de mayor gravedad. En el delito de rebelión (art. 473), en el homicidio del Rey, sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte, el consorte de la Reina, los regentes o el príncipe heredero de la Corona (art. 485) y el homicidio de un Jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado (art. 605.1) se pueden imponer penas de prisión de hasta veinticinco y treinta años, en los de terrorismo (art. 572) y genocidio (art. 607.1.º⁷⁷) de hasta treinta años y en el asesinato (art. 140) de hasta veinticinco años. Este límite máximo de veinticinco o treinta años es demasiado elevado⁷⁸. Hay que tener en cuenta que en el nuevo Código penal no se incluye la redención de penas por el trabajo (que se regulaba en el art. 100 del viejo Código penal), que permitía reducir en un tercio la duración efectiva del cumplimiento de la pena, al abonarse un día de cumplimiento de la pena por cada dos días de trabajo. En la moderna Ciencia del Derecho penal se considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir un grave deterioro de la personalidad del recluso⁷⁹. Una pena de prisión de treinta y aun de veinticinco años —por la concesión de la libertad condicional (art. 90.1.2.ª)⁸⁰ dejaría sólo de cumplirse generalmente una cuarta parte de la misma⁸⁰— podría considerarse,

tigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y que deberá orientarse, siempre que sea posible, a finalidades preventivas [...]; véase «Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 17 de enero de 1980, n.º 108-1, p. 161.

⁷⁷ Según el artículo 70.2: «Cuando, en la aplicación de la regla establecida en el subapartado 1.º del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores: 1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.»

⁷⁸ De otra opinión, José Luis Manzanares Samaniego, «Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (n.º 1, 1992)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2, 1992, p. 398.

⁷⁹ Véase Marino Barbero Santos, «La pena de muerte, problema actual», en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, p. 169, y Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 905.

⁸⁰ Hay que tener en cuenta, además, que si bien, según el artículo 91, se puede conceder excepcionalmente la libertad condicional a los condenados que hayan cumplido las dos terceras partes de la pena privativa de libertad, en el artículo 78 se dispone que: «Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 (referente al concurso de delitos) la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.» El reo podría quedar excluido en estos casos de la libertad condicional

por ello, contraria al precepto constitucional (art. 15) que prohíbe las penas inhumanas⁸¹.

Desde el punto de vista de la prevención especial hay que destacar el acierto de la supresión de las penas de prisión de duración inferior a seis meses (art. 36)⁸² y de la previsión de la posibilidad de sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por las de arresto de fin de semana o multa, «aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales» (art. 88.1, párrafo 1.º), así como la posibilidad de sustituir, previa conformidad del reo, las penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.2). Me parece rechazable, en cambio, por poner excesivamente el énfasis en la prevención especial, con grave quebranto de las exigencias de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico, la posibilidad de que el juez o tribunal pueda sustituir las penas de prisión de hasta dos años de duración, por las de arresto de fin de semana o multa, a los delincuentes no habituales, «cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social» (art. 88.1, párrafo 2.º). Hay que tener en cuenta que la pena de prisión de seis meses a dos años es una pena menos grave, con la que se sancionan delitos (menos graves), no faltas y que en el artículo 88 no se hace referencia a las penas de prisión abstractas, establecidas en la Ley para las diversas figuras delictivas, sino a las penas *impuestas*, por tanto, a las penas concretas, con lo que el ámbito de aplicación del mencionado precepto se extiende a los delitos graves.

Desde el punto de vista de la prevención especial constituye, sin duda, un acierto que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas se pueda cumplir en régimen de arresto de fin de semana y que, previa conformidad del penado, el Juez o Tribunal puedan acordar su cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53)⁸³.

Merecedora de elogio es también la inclusión en la condena condicional de elementos de la *probation* anglosajona, llegándose así a una figura híbrida, como en otros países del continente europeo, y a la que se denomina simplemente suspensión de la ejecución de la pena (arts. 80 y ss.)⁸⁴. No se interrumpe el procedimiento, como en la *probation* anglosajona, después de la constatación de la culpabilidad, pero una vez declarada la firmeza de la sentencia condenatoria y acordada la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de aquélla se llevará a cabo en una sección espe-

y cumplir íntegramente la pena de veinticinco o treinta años. La duración efectiva de la pena depende, además, de la peligrosidad del delincuente, criterio científicamente inaceptable, pues la medida de la pena sólo debe estar en función de la gravedad del delito.

⁸¹ Véase, en este sentido, Escrivá Gregori, «Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución», *Papers, Revista de Sociología*, 13, 1980, p. 160.

⁸² Véase, a este respecto, mi *Lección inaugural del Curso académico 1993-1994*, en la Universidad de Zaragoza, *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, pp. 20-21.

⁸³ Véase, a este respecto, mi *Lección inaugural, Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, pp. 31-32.

⁸⁴ Véase, a este respecto, mi *Lección inaugural, Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*, pp. 33 y ss.

cial, separada y reservada, del Registro Central de Penados y Rebeldes (art. 82). Si el sujeto no delinque en el plazo de prueba, el juez o tribunal acordará la remisión de la pena y ordenará la cancelación de la inscripción de la sentencia en la sección especial del Registro, no pudiéndose tener en cuenta este antecedente a ningún efecto (art. 85.2). Muy importante es la posibilidad de que el juez o tribunal puedan imponer al reo, cuando la pena suspendida sea de prisión, la observancia de determinadas reglas de conducta durante el período de suspensión de la condena (art. 83). No se prevé, sin embargo, como en el Proyecto de 1980 (art. 92), la posibilidad de que se le preste ayuda al delincuente durante el período de prueba por los organismos asistenciales de instituciones penitenciarias. Falta, pues, un elemento esencial del tratamiento en libertad.

La ampliación de la posibilidad de concesión, con carácter general, de la suspensión de la ejecución de la pena hasta las penas privativas de libertad de dos años de duración (arts. 80.1 y 81.2.^a) implica, a mi juicio, un grave menoscabo de las exigencias de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico en aras de la prevención especial. Hay que tener en cuenta aquí también que en el artículo 80.1 y en el artículo 81.2.^a se hace referencia no a la pena abstracta, sino a las penas impuestas, concretas, con lo que la posible concesión de la suspensión de la ejecución de la pena se extiende a los delitos graves.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En el Derecho penal moderno la pena no es la única consecuencia del delito, a ella se añaden las medidas de seguridad y reinserción social⁸⁵. Estas medidas se orientan exclusivamente en los fines de la prevención especial (advertencia individual, corrección o enmienda del delincuente, inocuización)⁸⁶ y se aplican a los delincuentes peligrosos, es decir, a los delincuentes en los que cabe apreciar una probabilidad mayor o menor de que vuelvan a delinquir. La pena ajustada a la gravedad del delito, a la medida de la culpabilidad, resulta o puede resultar insuficiente para hacer frente a la peligrosidad de estos delincuentes. Su campo principal de aplicación son los delincuentes de estado o condición que, como dice Welzel, se diferencian claramente

⁸⁵ En nuestro país se las suele denominar exclusivamente medidas de seguridad, término demasiado angosto, pues en muchas de ellas predomina la idea de corrección o de curación. Véase, a este respecto, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 994-995; y Beristain, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Reus, Madrid, 1974, pp. 73-74 y 67 y ss. En la Ley General Penitenciaria (arts. 1.º, 8.º, 11 y 63) se las denomina «medidas penales» (véase Carlos García Valdés, *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, p. 34). Este término, propuesto por Beristain, en el *luc. cit.*, no me parece adecuado, pues se presta a crear una confusión entre las penas y las medidas. La palabra «pena» y el adjetivo «penal» llevan implícita una alusión a los efectos aflictivos e intimidantes, que son ajenos a la esencia de las medidas de seguridad y reinserción social.

⁸⁶ El mandato constitucional de que las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2) implica la exigencia de que nunca deje de prestarse atención, ni se regateen esfuerzos para tratar de conseguir la reeducación y la reinserción social de los delincuentes peligrosos. No puede interpretarse en el sentido de que sean anticonstitucionales las medidas de seguridad cuyo fin primordial sea el aseguramiento de la sociedad, o la aplicación de cualquier medida cuando las posibilidades de reeducación o reinserción social sean escasas.

por su origen, carácter y condiciones de vida de los delincuentes ocasionales⁸⁷. Sus familias están taradas por graves anomalías de carácter (psicopatías) o por el delito. Ellos mismos presentan con frecuencia graves anomalías de carácter. No han recibido una educación adecuada, han abandonado tempranamente la escuela, carecen de profesión u oficio y realizan sólo trabajos de tipo ocasional. Faltos de los vínculos de la profesión y la familia, su vida asocial les lleva a la comisión de una cadena ininterrumpida de delitos, iniciada ya la mayor parte de las veces a una edad muy temprana⁸⁸. La índole y la duración de las medidas están en función de la peligrosidad y por tanto, de la personalidad del delincuente. Los efectos afflictivos o intimidantes de las medidas, que deben ser reducidos al mínimo⁸⁹, son ajenos a su esencia⁹⁰.

Las medidas de seguridad se introducen en las legislaciones penales modernas a raíz del Anteproyecto de Código penal suizo de Stoos de 1893, por influencia de la escuela positivista italiana (que vinculaba la pena a la peligrosidad del delincuente). En Alemania se introdujeron por la Ley de 24 de noviembre de 1933 y en Italia en el Código de 1930. En nuestro país las medidas de seguridad aparecen por primera vez con este nombre en el Código penal de 1928 (arts. 90 y ss.)⁹¹. En la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, se incluía un amplio catálogo de medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales, lo mismo que en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970. Medidas de seguridad predelictuales son las que se establecen para las personas que no han realizado aún una conducta delictiva pero se considera probable que lleguen a realizarla en el futuro. Las medidas de seguridad postdelictuales se establecen para hacer frente a la peligrosidad puesta de manifiesto por la realización de una conducta delictiva.

La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 presentaba graves defectos. Confundía la peligrosidad criminal y la peligrosidad social⁹². La peligrosidad criminal consiste en la probabilidad de que un sujeto realice en el futuro una conducta delictiva. «La peligrosidad social», —dice Landecheo— es la posibilidad o realidad, de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un parásito,

⁸⁷ Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 7 y ss.

⁸⁸ Frey puso de manifiesto que la inmensa mayoría de los delincuentes reincidentes iniciaron a una edad muy temprana su carrera delictiva; véase Frey, *Der frühkriminelle Rückfallsverbrecher*, Basilea, 1951. En esta criminalidad temprana los factores biológicos desempeñan, según Frey, un papel criminológico decisivo.

⁸⁹ Véase, en este sentido, Rodríguez Mourullo, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 370-371.

⁹⁰ Roxin considera, en cambio, que las medidas de seguridad están orientadas también a la prevención general, de modo que, según él (que asigna a la pena exclusivamente fines preventivos), las penas y las medidas de seguridad no se diferencian por sus fines; véase *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p. 60-61 (n.º 55-56).

⁹¹ En realidad había ya medidas de seguridad en los Códigos penales de 1848 y 1870, aunque no llevasen ese nombre (por ejemplo, en el n.º 1.º del art. 8.º del Código penal de 1848, internamiento del loco o demente declarado exento de responsabilidad criminal en un hospital, del que no podía salir sin autorización del tribunal).

⁹² Véase, en este sentido, Carlos M.ª de Landecheo, «Peligrosidad social y peligrosidad criminal», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 248 y ss., 252 y ss., 254 y ss.

molesto para la convivencia social y que sea por tanto un asocial, aunque no suele cometer delitos propiamente dichos»⁹³. Sólo para los antisociales, es decir, los peligrosos criminalmente, deben establecerse en la Ley medidas de seguridad. A la mera peligrosidad social hay que hacerla frente con medidas preventivas de carácter asistencial, al margen del Derecho penal⁹⁴.

Por otra parte, la aplicación de medidas de seguridad a personas cuya peligrosidad criminal no se ha puesto de manifiesto a través de la realización de una conducta delictiva, a personas que no han delinquido aún, implica un grave riesgo para la seguridad jurídica, aunque se lleve a cabo, como sucedía en España, por los órganos de la jurisdicción criminal. Rodríguez Mourullo señalaba, con razón, que la exigencia de la previa comisión de un delito «cumple una triple función garantizadora: refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece la vigencia del principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva»⁹⁵. El establecimiento de medidas de seguridad predelictuales no es, además, en rigor necesario para el mantenimiento del orden social⁹⁶.

Me parece un acierto, por ello, que en el nuevo Código penal se incluyan únicamente medidas de seguridad postdelictuales y se exija que la realización del hecho previsto como delito revele la peligrosidad criminal del sujeto (arts. 6.1 y 95)⁹⁷.

La supresión de las medidas de seguridad postdelictuales⁹⁸ supondría, en cambio,

⁹³ Landecheo, *lug. cit.*, p. 251.

⁹⁴ Landecheo, *lug. cit.*, p. 251; véase también, en este sentido, Juan Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 125 y ss. y 129 y ss. Beristain considera que la mera peligrosidad social no puede servir de fundamento para aplicar medidas de seguridad, pero estas medidas deben tratar de corregir no sólo la peligrosidad criminal, sino también, en algunos casos, salvando los derechos de la persona, la peligrosidad social; véase Beristain, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, p. 51.

⁹⁵ Véase Rodríguez Mourullo, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 363 y ss., y ya antes en «Legalidad (Principio de), (Derecho Penal)», *NEJ Setx*, XIV, 1971, p. 891. Olesa Muñido estimaba, en cambio, que la imposición de medidas de seguridad predelictuales no implica una lesión de los derechos del individuo; véase Olesa Muñido, *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 142.

⁹⁶ En este sentido, Beristain, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, p. 80. No me convence, en cambio, su argumento de la falta de proporción, pues en algún caso puede haberla entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en los bienes jurídicos del sujeto.

⁹⁷ La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias quedaron derogadas al entrar en vigor el nuevo Código [disposición derogatoria 1.c)]. Con ello quedaron suprimidas en nuestro país las medidas de seguridad predelictuales. El mismo criterio seguía el Proyecto de Código penal de 1992 (arts. 4.1 y 96), la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (art. 87) y el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 (art. 131).

⁹⁸ Sugerida por Rodríguez Devesa, en «Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, fasc. 1.º, pp. 5 y ss. y en Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 987-988; Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, ob. cit., p. 56 («con excepción de las aplicables a las personas jurídicas en función de la acción sintomática realizada por quien actúa en su nombre y en ciertos casos de personas inimputables»), y Carlos M.ª Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 85 y ss., y especialmente 95-96 (con excepción de las aplicables a inimputables y semiimputables), e implícita en las propuestas del Informe n.º 5, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y

un grave error desde el punto de vista político-criminal (piénsese, por ejemplo, en la delincuencia habitual o profesional) e implicaría un retroceso al Derecho penal del siglo XIX. El que los éxitos conseguidos hasta ahora en el tratamiento hayan sido escasos no quiere decir que no puedan ser mayores en el futuro, mediante el desarrollo de nuevas clases o formas de ejecución de las medidas de seguridad y la creación de centros adecuados, dotados de personal especializado. Me parece censurable, por ello, que no se incluyan en el nuevo Código penal medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave (internamiento en un centro de terapia social e internamiento en un centro de custodia)⁹⁹.

En la moderna Ciencia del Derecho penal se estima que no bastan las consideraciones utilitarias para justificar las medidas de seguridad y reinserción social, es preciso que tengan una justificación ética. Welzel considera que las medidas de seguridad se basan en el principio ético-social de que sólo puede participar sin restricciones en la vida social aquél que es capaz de regirse por las normas de la comunidad. La libertad exterior encuentra únicamente justificación en la libertad interior, es decir, en la capacidad de regirse por las normas de la Ética social. Cuando esta capacidad falta, como en los enfermos mentales, o está considerablemente disminuida como consecuencia de las disposiciones, vicios o hábitos, el sujeto no puede exigir la plena libertad exterior. La medida de seguridad estará en estos casos éticamente justificada si la disminución de la libertad exterior no es superior a la disminución de la libertad interior del sujeto. A este criterio general se añaden, según Welzel, otros también de carácter ético, como el derecho y el deber del Estado de curar y ayudar a los enfer-

propuestas», publicado por el Comité Nacional Sueco para la prevención del delito, en Estocolmo, Suecia, en julio de 1978 (véase la traducción castellana por José Luis Díez Ripollés y mi introducción a este interesante Informe en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, fasc. 1.º, pp. 179 y ss.).

⁹⁹ Véase, a este respecto, mi artículo, «Algunas observaciones al Proyecto de Código penal de 1992», en mi libro *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 208 y 210-211, y mis *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, pp. 37 y ss. La supresión de las medidas de seguridad postdelictuales fue propuesta, sin éxito, por Rodríguez Devesa en el seno de la Sección 4.ª de la Comisión General de Codificación en la elaboración del Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal, de 1979. En favor del mantenimiento de las medidas de seguridad postdelictuales se pronunciaron, en cambio, M. Barbero Santos y J. M.ª Morenilla Rodríguez, en su importante dictamen, que pusieron a disposición de la ponencia redactora del Anteproyecto de 1979, que se convertiría posteriormente en el Proyecto de nuevo Código Penal de 1980 «La Ley de Peligrosidad y rehabilitación social: su reforma», publicado en *Doctrina Penal*, abril-junio 1979, n.º 6, pp. 221 y ss., y en M. Barbero Santos, *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 158 y ss.; véase también, en este sentido, Agustín Jorge Barreiro, «La reforma de 1978 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social», en *Comentarios a la Legislación Penal*, II, «El Derecho penal del Estado democrático», Edersa, Madrid, 1983, pp. 491-2 y 529, que señala, con razón, que «las medidas de seguridad postdelictuales pueden y deben asumir un importante cometido de prevención especial insustituible frente a un sector de la delincuencia como son los inimputables, semiinimputables e incluso en ciertos casos frente a los delincuentes especialmente peligrosos (reincidentes y habituales)» (p. 491), y en Alemania recientemente Kaiser, *Befinden sich die Kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, C. F. Müller, 1990, según el cual: «Cualquiera que sea el sentido en que se hable de "crisis" —como notoria insuficiencia para realizar los fines de política jurídica y el programa normativo, como expresión de una configuración defectuosa en función de un programa alternativo implícito, o de una mayor necesidad de legitimación— no se advierte razón alguna que obligue a abandonar las medidas de seguridad y el sistema de la doble vía» (p. 51).

mos mentales o a los drogadictos y de educar a los menores y a los vagos¹⁰⁰. Esta fundamentación sólo es válida, sin embargo, para las medidas de seguridad aplicables a los inimputables o semiinimputables, es decir, a las personas a las que el Derecho penal reconoce su incapacidad o la disminución de su capacidad de culpabilidad. En los demás casos el reconocimiento de la disminución de la libertad interior implica únicamente, como ha señalado Stratenwerth, la afirmación de la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir, de su condición de peligroso¹⁰¹. Según Stratenwerth, la justificación ética de las medidas de seguridad puede hallarse únicamente en el interés social preponderante de la prevención del delito¹⁰². Este es el criterio del Proyecto Alternativo del Código penal alemán (art. 2.º, párrafo 2.º)¹⁰³, del antiguo Código penal alemán (art. 42 a, párrafo 2.º) y de la nueva Parte General del Código penal alemán (art. 62)¹⁰⁴, que establecen el principio de la proporcionalidad. Sólo estará éticamente justificada una medida de seguridad, según los preceptos mencionados, si guarda proporción con la gravedad de los delitos cometidos y con aquellos cuya comisión se quiere precaver y con la peligrosidad del delincuente¹⁰⁵. En nombre del principio de la proporcionalidad se rechaza en Alemania la aplicación de la custodia de seguridad a los delincuentes habituales de criminalidad leve (art. 66.I.3) y se ha suprimido el internamiento en casas de trabajo. En el nuevo Código penal español de 1995 se formula el principio de la proporcionalidad de otro modo: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor» (art. 6.2). Con arreglo a este criterio se condiciona la posibilidad de aplicar medidas de seguridad privativas de libertad a que el delito cometido esté sancionado con una pena privativa de libertad y la duración de la medida no puede exceder de la de la pena que le hubiera sido impuesta al sujeto de haber obrado culpablemente o de la prevista por el Código para el delito de que se trate (arts. 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104)¹⁰⁶. El criterio me parece erróneo, porque las medidas de

¹⁰⁰ Véase Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 245; en este sentido también, Rodríguez Mourullo, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», pp. 27 y ss.; «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», pp. 367 y ss., y Agustín Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 84 y ss.

¹⁰¹ Véase Stratenwerth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, p. 27 (n.º 35).

¹⁰² Véase Stratenwerth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, p. 28 (n.ºs 36-37), y «Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Maßnahmen», *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1988, fasc. 1.º, pp. 114 y ss.; en el mismo sentido, Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, p. 63; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, p. 461; y Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 61-62 (n.ºs 57-58).

¹⁰³ Véase *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, pp. 7 y 31.

¹⁰⁴ Aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969.

¹⁰⁵ El principio de la proporcionalidad se formulaba también en estos términos en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (art. 88.1).

¹⁰⁶ En el nuevo Código se establece como límite de duración de la medida de internamiento para los semiinimputables la pena abstracta, señalada al delito correspondiente (art. 104), en lugar de la pena impuesta, como sucede en el número 1.º del artículo 9.º del Código penal vigente. Para los inimputables el límite está representado, en cambio, por la pena concreta que les habría sido impuesta de haber obrado culpablemente (arts. 101.1, 102.1 y 103.1). La formulación del principio de la proporcionalidad en el nuevo Código penal se basa en el pensamiento de Muñoz Conde; véase Muñoz Conde, «Adiciones» a la traducción de la 3.ª ed. del *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, de Jescheck, I, p. 124; «Introduc-

seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente¹⁰⁷. La referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, sólo puede tener el sentido de que se trata de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado o desvirtuado por otros. El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves. Precisamente por evitar este malentendido me parece preferible la formulación del principio de la proporcionalidad en el artículo 133 del Proyecto de Código penal de 1980, donde se exigía únicamente que las medidas de seguridad guardasen proporción «con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer»¹⁰⁸.

LA REPARACIÓN

En la moderna Ciencia del Derecho penal alemana, Roxin ha propuesto introducir la reparación a la víctima del delito como una tercera vía, es decir, como una tercera consecuencia jurídico-penal (aunque contenga elementos del Derecho civil) del delito, junto a las penas y medidas de seguridad. Al poder cumplir, según

ción» a *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, recopilación de artículos de C. Roxin, Madrid, Reus, 1981, p. 28; «Monismo y dualismo en el Derecho penal español», en *Estudios penales y criminológicos*, VI, Universidad de Santiago de Compostela 1983, pp. 236-237; «Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANC: ¿monismo o dualismo?», en *V Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 6, monográfico, 1983, pp. 502-503 y 505-506; «Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo», en *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 69 y ss. y 74 y ss., y «Vorschlag eines neuen Maßregelensystems», en W. Hassemer, *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Verlag Peter Lang, Frankfurt, a. M./Berna/Nueva York, pp. 119 y ss.

¹⁰⁷ Véase también, en este sentido, Luis Gracia Martín, «Culpabilidad y prevención en la moderna forma penal española», pp. 567-568. De otra opinión, J. Cuello Contreras (*El Derecho penal español, Curso de iniciación*, Parte General, pp. 101 y ss.), para el que «la peligrosidad» que se considera a efectos de la medida es la misma que se considera a los efectos de la pena: *la que cabe extraer del anterior delito cometido* y no la que pueda tener su origen en una suerte de añadido asociado a la personalidad anormal del autor o a sus circunstancias sociales» (lug. cit., p. 103, la cursiva en el original). En Cuello Contreras este criterio es consecuente con su renuncia a la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad. No es posible, sin embargo, fundamentarlas en el juicio de culpabilidad y ni siquiera con referencia al mismo, como pretende Cuello Contreras, que se ve obligado a reconocer que: «Otras veces la medida no se relaciona con la culpabilidad del autor, sino con la prevención del delito» (p. 101).

¹⁰⁸ Véase también, en este sentido, Carlos M.º Romeo Casabona, «El Anteproyecto de Código penal de 1992», en *Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 12-13. La fórmula del art. 133 del Proyecto de 1980 se adoptó como consecuencia de una enmienda que presenté en la Sección 4.ª de la Comisión General de Codificación. En el dictamen de la ponencia especial integrada por Marino Barbero Santos y José M.º Morenilla Rodríguez (art. 128), que hizo suyo en este punto, con ligeras modificaciones en la redacción, la ponencia redactora del Anteproyecto de 1979 (en el art. 130 del segundo borrador del Título VI), se exigía, en cambio, que las medidas de seguridad guardaran proporción «con la gravedad del hecho cometido y del que se teme que el sujeto pueda cometer»; véase M. Barbero Santos y J. M.º Morenilla Rodríguez, «La Ley de Peligrosidad y rehabilitación social: su reforma», en *Doctrina Penal*, abril-junio 1979, n.º 6, p. 227, y en M. Barbero Santos, *Marginación social y Derecho*

él, plenamente, en muchos casos (salvo en los delitos más graves) los fines de la pena (prevención general positiva y prevención especial) podría dar lugar a una sustitución o atenuación de la misma, que estaría legitimada por el carácter subsidiario del Derecho penal¹⁰⁹. Sus ideas hallaron acogida en el Proyecto alternativo de la reparación¹¹⁰.

En el Proyecto alternativo de la reparación se preveía que ésta pueda dar lugar no sólo a una atenuación o suspensión, sino también, en ciertos casos, a la renuncia a la pena, una vez constatada la culpabilidad (art. 4.º). La reparación ha de tener un carácter voluntario, aunque se considera que no es obstáculo para ello el conocimiento de la amenaza de un proceso penal (art. 1.º). Por otra parte, dada la existencia de delitos sin víctima (tentativa de delito, por ejemplo), o en que la víctima no acepte la reparación, o sin víctima de carácter personal (cuando el portador del bien jurídico protegido sean la sociedad o el Estado) se prevén formas de reparación simbólica (prestación de trabajos o abono de cantidades a instituciones de utilidad pública). La reparación puede tener también un carácter inmaterial y consistir en pedir disculpas o perdón, o en mantener una conversación tendente a conseguir la reconciliación (art. 2.º). La reparación es concebida como una tercera vía, a la que se debe recurrir siempre que no sea imprescindible la aplicación de una pena desde el punto de vista de la prevención general o de la prevención especial. En caso de reparación plena sólo debe aplicarse la pena si el delincuente, en caso de que no hubiera llevado a cabo la conducta reparadora, hubiera merecido una pena privativa de libertad de duración superior a un año (art. 4.2). Salvo en casos excepcionales el delincuente debe llevar a cabo la conducta reparadora antes de la apertura del juicio oral (art. 16).

La Ley alemana de lucha contra el delito de 28 de octubre de 1994 (que entró en vigor el 1 de diciembre) rechaza expresamente, en la Exposición de Motivos, que la reparación constituya una nueva consecuencia jurídica, una consecuencia jurídica autónoma, pero introdujo en el Código penal un nuevo artículo, el 46 a, que faculta al tribunal a disminuir la pena, según lo dispuesto en el artículo 49.I, o a prescindir de

represivo, pp. 166-167. La introducción del principio de la proporcionalidad en el texto del Anteproyecto de 1979 fue consecuencia del dictamen de Barbero Santos y Morenilla Rodríguez (véase M. Barbero Santos, «Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal», en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 103-104) y de la enmienda que presenté al art. 131 del primer borrador del Título VI. El principio de intervención mínima, cuya introducción fue propuesta también en el dictamen de Barbero Santos y Morenilla Rodríguez (en el art. 128: «imponiéndose la que signifique la intervención mínima indispensable para prevenir la comisión de infracciones penales») es en este caso una consecuencia del de la proporcionalidad.

¹⁰⁹ Véanse Roxin, «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», pp. 47 y ss. y especialmente 51 y ss.; su informe final de síntesis en *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium im Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Freiburg i. Br. 1990, p. 370; «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, n.º 8, pp. 19 y ss., y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 64-65 (n.ºs 63-65). En nuestro país admiten la posibilidad de sustituir la pena, en ciertos casos, por la reparación a la víctima, Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 15, y G. Quintero Olivares, «La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena», en *Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 589 y ss., especialmente 599 y ss.

¹¹⁰ Véanse *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Verlag C. H. Beck, München, 1992; Heinz Schöch, «Vorläufige Ergebnisse der Diskussionen zu einem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer», en *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, pp. 78 y ss., y Roxin, «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», pp. 23 y ss.

la misma, según lo previsto en el artículo 60¹¹¹. Es preciso, para ello, que la pena, si es privativa de libertad no sea de duración superior a un año y si es de multa no rebase los trescientos sesenta días y que concurra alguno de los supuestos siguientes: 1.º Cuando el autor, en el esfuerzo por lograr una compensación con el ofendido (compensación entre autor y víctima) haya reparado el hecho por completo o en gran parte, o haya pretendido seriamente su reparación. 2.º Cuando el autor, en el supuesto en que la reparación del daño requiera de él considerables méritos o renunciaciones personales, haya indemnizado al ofendido por completo o en gran parte.

La reparación del perjuicio causado a la víctima, objeto de la responsabilidad civil derivada del delito, contribuye también, a mi juicio, parcialmente a la realización de los fines de la pena. La reparación voluntaria del perjuicio causado a la víctima contribuye a la reafirmación del ordenamiento jurídico y pone de manifiesto, además, una menor necesidad, o incluso la falta de necesidad, de pena desde el punto de vista de la prevención especial, sobre todo cuando obedezca a un móvil de arrepentimiento. Desde el punto de vista de la prevención general, la reparación no puede satisfacer plenamente la función de ejemplaridad de la pena, pues el bien jurídico lesionado es siempre un bien del Derecho, aunque su portador sea un particular. El delito implica siempre una lesión de intereses sociales, pues atenta contra las condiciones mínimas de la vida en sociedad. La eficacia intimidante de la reparación es, por otra parte, escasa e inferior, sin duda, a la de la pena¹¹². Al no poder cumplir plenamente los fines de la pena, la reparación sólo debe dar lugar a una atenuación, aunque sea considerable, de la misma, pero no a su sustitución¹¹³. En el nuevo Código penal español de 1995 se ha introducido una circunstancia atenuante de reparación del daño ocasionado a la víctima, o de disminución de sus efectos, que podría aplicarse, en su caso,

¹¹¹ Bundestag Drucksache 12/6853. Información facilitada por mi discípula M.ª del Carmen Alastuey Dobón, que está ultimando una tesis doctoral sobre la reparación a las víctimas del delito, elaborada, en gran parte, en el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, de Friburgo en Brisgovia. Por la mencionada Ley se introdujeron también algunas reformas en la regulación de la condena condicional (arts. 56 y 56b del Código penal alemán) con el fin de conceder mayor relevancia a la reparación a las víctimas del delito en la decisión sobre su concesión o como carga impuesta al sometido a prueba. También se acentuó la importancia de la reparación, como carga, en la advertencia con reserva de pena (arts 59-59c del Código penal alemán).

¹¹² Véase asimismo sobre las limitaciones de la reparación desde el punto de vista de la prevención general positiva y negativa (intimidación), Fritz Loos, «Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung"», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1993, fasc. 2.º, pp. 52-54.

¹¹³ Rechazan asimismo la posibilidad de sustituir la pena por la reparación, con otros argumentos, Hirsch, «Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht, Über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, pp. 708 y ss. («La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 42, 1990, pp. 561 y ss.), y «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», *Z. Str. W.*, 1990, fasc. 3.º, pp. 540 y ss.; Lampe, «Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, fasc. 11, pp. 485 y ss.; F. Loos, «Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung"», pp. 54 y ss.; Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p. 7; y Josep M. Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima en el Derecho Penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994, pp. 171 y ss. Una réplica a los argumentos de Hirsch en Roxin, «Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem», *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, 22. Juni, 1992, Verlag Ernst y Werner Giesecking, 1992, pp. 243 y ss.

como muy cualificada y dar lugar a una disminución de la pena en uno o dos grados (art. 66, regla 4.ª). No hay inconveniente tampoco en que se incluya, como se hace en el nuevo Código, entre las condiciones necesarias para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la de que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito, «salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas» (art. 81.3.ª)¹¹⁴.

La reparación del daño causado a la víctima puede estar indicada también como sustitutivo de una medida de seguridad de carácter educativo, especialmente para los jóvenes delincuentes. Me parecen acertadas, por ello, las disposiciones de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, que prevén la posibilidad de que el juez, a propuesta del fiscal, pueda dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones, cuando el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima (art. 2.º, apartado Dos.1.6.ª) y la inclusión de la reparación extrajudicial como una carga o tarea en la suspensión del fallo (art. 2.º, apartado Tres.1.3). Al estar orientadas las medidas de seguridad exclusivamente hacia los fines de la prevención especial, no tropieza aquí la reparación con los inconvenientes que presenta desde el punto de vista de la prevención general.

¹¹⁴ En la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Proyecto de Código penal de 1994 se incluía, en cambio, siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de 1992, como una de las reglas de conducta que podía imponer el juez o Tribunal, la de «reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con la audiencia del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo» (art. 84.1.4.º).